

El deber de evitar el daño. El art. 1710 inc. B del CCyC. Su interpretación y justificación normativa.

Por María Pilar Moyano¹

Sumario: Introducción. I. La función preventiva del derecho de daños. Consideraciones generales. I.1. Precisiones terminológicas. I. 2. La función preventiva como función autónoma del derecho de daños. Posiciones a favor y en contra. I. 3. Función preventiva estado actual de la prevención en el derecho de daños a nivel legislativo. Breve reseña sobre el derecho comparado. I.4. La función preventiva en el derecho argentino. Evolución y desarrollo. I.4.A. La prevención a nivel constitucional. La acción de amparo del art. 43. I.4.B. Figuras preventivas en el derecho privado argentino. I.4.C. Código Civil y Comercial.

II. El deber de evitar el daño. II.1. El art. 1710 del CCyC. Interpretación del enunciado normativo del inc. b. II.1.A. Interpretación auténtica. II.1.B. Interpretaciones doctrinales sobre el art 1710 inc. b. II.2. Técnicas interpretativas y problemas semánticos. Entre posturas escépticas y argumentativas. II.2.A. Interpretación declarativa. II.2.B. Los problemas semánticos de interpretación y las teorías escépticas. II.2.C. La identificación del deber de evitar el daño en la “lectura en cadena”. II.2.D. El deber de adoptar “medidas razonables”. La razonabilidad como parámetro interpretativo en el derecho de daños. Los estándares genéricos de conducta.

III. La acción preventiva de daños. III.1. Presupuestos de la acción. III.1.A. Amenaza de daño. III.1.B. Acción u omisión antijurídica. III.1.C. Relación de causalidad y previsibilidad. III.1.D. ¿Factor de atribución? III.2. Legitimación. III.2.A. Legitimación activa. Delimitación. III.2.B. Legitimación pasiva. Delimitación. El “deber de no dañar” diferentes supuestos.

IV. Hacia una justificación del deber de evitar el daño del art. 1710 inc. b. Breves reflexiones. IV.1. Los deberes positivos de Conducta, Autonomía y Liberalismo. IV.1.A. Deberes positivos de conducta: desde la ética al Derecho positivo. IV.1.B. Los esquemas liberales y la imposición de deberes de conducta. Autonomía y el principio de daño. IV.1.C. El esquema liberal argentino. IV.2. La justificación en el

¹ Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Magister en Derecho de Daños por la Universidad de Girona (UdG), Magister en Derecho y Argumentación Jurídica por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Empleada del Poder Judicial de Córdoba. El presente trabajo es una condensación de la tesis de maestría de Derecho Argumentación Jurídica, aprobada en septiembre de 2024 con calificación diez (10).

Palabras clave:

Derecho de daños, Función preventiva, interpretación normativa, deber de evitar el daño, acción preventiva de daño, deberes positivos de conducta, liberalismo, principio de daño, dignidad humana.

Keywords: Tort law, preventive function, normative interpretation, duty to avoid damage, preventive action, positive duties of conduct, liberalism, harm principle, human dignity.

derecho penal, el mandato penal de socorro y el tránsito hacia el derecho de daños. IV.2.A. El mandato penal de socorro, su justificación desde el derecho penal. El ordenamiento argentino. IV.2.B. La omisión de auxilio desde la función preventiva del derecho de daños.

Conclusión. Referencias. Jurisprudencia referida

Resumen: El presente trabajo aborda el deber de evitar el daño contenido en el art. 1710 inc b del CCyC. Se tratan dos problemas metodológicamente, uno de interpretación normativa, acerca de cuál es el deber contenido en la disposición. El otro de justificación normativa, procurando analizar si se encuentra justificada la imposición de un deber de esta índole en el ordenamiento jurídico argentino. Previo a ingresar al tratamiento de ambos problemas se exponen consideraciones generales acerca de la función preventiva de daños.

Abstract: This paper addresses the duty to avoid damage as established in Article 1710(b) of the Civil and Commercial Code (CCyC). Two issues are methodologically discussed: one of normative interpretation, concerning the specific duty contained in this provision, and another of normative justification, aiming to assess whether the imposition of such a duty is justified within the Argentine legal system. Prior to addressing these issues, general considerations about the preventive function of damage are presented.

Introducción

En agosto de 2015 entró en vigor el Código Civil y Comercial argentino (en adelante CCyC) en el cual se incorporaron una serie de novedades a los derechos y deberes reconocidos en el anterior Código Civil de Vélez Sarsfield. Entre otras, se encuentra la incorporación de manera expresa en el derecho privado de la “función preventiva del derecho de daños”, en pie de igualdad con la clásica función resarcitoria la que está inspirada en exigencias de justicia correctiva. Concomitantemente al reconocimiento de la función preventiva en el art. 1708 del CCyC, se ha legislado un deber preventivo genérico en el art. 1710 del CCyC y una acción sustancial preventiva de daños en el art. 1711 del CCyC cuyo único objeto es evitar la producción, agravamiento o continuación de un daño, sin requerir la presencia de otro medio más idóneo.

Si bien desde la doctrina y jurisprudencia ya se hacía alusión a la existencia del *alterum non laedere*, que implica no dañar a otros con omisiones o acciones (dolosas, culposas o riesgosas); y se postulaba que tal deber era parte del sistema jurídico argentino, en el art. 1710 del CCyC se esquematiza toda una serie de supuestos que ameritan su estudio. Dentro de los deberes comprendidos, llama la atención el dispuesto en el inc. b del artículo referido que impone un deber, en cabeza de todos, “a toda persona” de “evitar” que se produzca un daño. Con ello, la orden preventiva se dirige no ya a impedir una conducta comisiva del sujeto, sino a exigir un determinado deber u obligación de hacer a los fines de evitar un perjuicio. La interpretación de este precepto normativo en el sentido de determinar cuál es la conducta exigida, la justificación normativa a la que responde, las consecuencias

jurídicas de ello y su armonización con el ordenamiento jurídico argentino tornan encomiable un análisis profundo del texto normativo en cuestión.

Desde estas coordenadas, el presente trabajo se enfoca en explorar las posibles interpretaciones del deber de evitar daños, consagrado en el art. 1710 inc. b, con el propósito de identificar lo exigido por la norma y evaluar, al menos tentativamente dada su complejidad, si esta se encuentra justificada dentro del ordenamiento jurídico argentino. La relevancia de esta investigación estriba en que aun cuando se han encontrado diversas posiciones y sugerencias sobre el alcance del deber comentado, no se evidencia un abordaje sistemático que considere el texto normativo desde las diversas técnicas interpretativas. En este aspecto, se pretende brindar una mayor claridad al respecto, al igual que las implicancias que conlleva delinear el contenido del deber de una u otra manera. Es por ello por lo que la última parte del trabajo se orienta hacia el problema de justificación de la norma en el esquema de derecho argentino, a fin de evaluar el rendimiento que presentan diversas estrategias de fundamentación normativa, cuestión sobre la que no se han hallado trabajos previos y abocados específicamente a tal cometido.

La exposición se encuentra estructurada sobre la base de cuatro capítulos. De manera previa al abordaje del deber de evitar el daño, eje del presente trabajo de investigación, se brindan en el capítulo I ideas y consideraciones generales acerca de la función preventiva de daños, que sirven para introducir y situar el art. 1710 inc. b del Código Civil y Comercial. Seguidamente, el capítulo II se centrará en la interpretación normativa del art. 1710 inc. b, desde el análisis del texto normativo, considerando luego las interpretaciones doctrinarias brindadas en torno a tal artículo y las distintas técnicas interpretativas a las que se puede acudir para determinar el significado del enunciado normativo en cuestión. En el capítulo III se tratará la posibilidad de incoar una acción preventiva de daños frente a la omisión del deber estipulado en el art. 1710 inc. b, para lo cual resulta pertinente repasar los presupuestos de la acción, así como los sujetos legitimados para incoarla.

Finalmente, en el capítulo IV se abordará sucintamente la cuestión de la justificación de un deber preventivo como el contenido en la disposición del art. 1710 inc. b. Aun cuando se reconoce que la temática requiere de un estudio más profundo que excede con creces las posibilidades y extensión de este trabajo, se presentarán ciertas ideas generales en torno a la naturaleza de ese deber y su relación con los principios liberales y el principio de daño milleano. También, se realizará un paralelismo con el delito de omisión de auxilio del derecho penal y las distintas justificaciones esbozadas para este, con el objetivo de evaluar la aplicabilidad de tales argumentos respecto al deber establecido en el art. 1710 inc. b. Desde allí, se intentará determinar cuál es la interpretación del deber que encuentra mayor encaje para fundar su consagración en un ordenamiento jurídico como el argentino. Asimismo, se considerará la posibilidad de instaurar valores como la solidaridad en el derecho de daños (concretamente con el deber preventivo), y se analizará en qué sentido este valor puede albergarse por el pensamiento y la sociedad liberal.

En suma, el presente contribuirá a una comprensión más profunda de la función preventiva del derecho de daños y del deber de evitar el daño, ofreciendo un análisis exhaustivo del artículo 1710 inciso b del CCyC, y explorando su justificación en el marco jurídico argentino.

I. La función preventiva del derecho de daños. Consideraciones generales

Para iniciar el estudio del deber de evitar el daño resulta conveniente, de manera preliminar, comprender algunos lineamientos generales acerca de la función preventiva del derecho de daños. Ello permitirá precisar conceptos importantes y contextualizar la disposición normativa objeto de este trabajo. Con este propósito, en este primer capítulo se expondrán de manera introductoria ciertas nociones relacionadas con el marco teórico y conceptual de la función preventiva de daños, así como sus antecedentes legislativos.

I.1. Precisiones terminológicas

El concepto de “función” en el Derecho puede implicar dos ideas diferentes: por un lado, el término da cuenta de un tipo de relación específica entre la norma y las consecuencias sociales que trae aparejadas; por el otro, se alude al término función haciendo referencia a un propósito o finalidad.

En este sentido, Acciarri señala que es posible distinguir aquellos casos en los cuales se considera la finalidad tenida en mente por los legisladores materiales o formales al crear la norma o instituto, de aquellos casos en los cuales quien invoca la finalidad de la norma postula propósitos que se consideran valiosos, en tanto entiende que la norma o institución es la adecuada para alcanza dicha finalidad y, por ende, elige la interpretación que tiende a ese propósito.² A su vez, las nociones de función/relación y función/finalidad se interrelacionan entre sí cuando, por ejemplo, una norma que no fue pensada para prevenir, consideradas sus consecuencias, lo efectúa, y cuando se contempla que la posibilidad de alcanzar las metas contenidas en la función/finalidad depende de que los medios empleados guarden una función/relación con tales metas (relación instrumental).

Con respecto al término “prevención”, es este un concepto utilizado en varias disciplinas científicas, generalmente con una acepción similar. En su etimología, deriva del latín *praeventious*, donde *prae* significa antes, y *eventious* significa evento, es decir, un acontecimiento o suceso. En el lenguaje corriente, el sentido que se le asigna alude a la actividad de evitar un suceso que se considera negativo (enfermedad, accidente, desastre natural, entre otros hechos). Por su parte, en el ámbito del derecho privado, se refiere tanto al efecto preventivo de las normas como a la finalidad que tienen ciertas herramientas en un caso particular.

Asimismo, Acciarri diferencia dos sentidos que se le asignan a la palabra prevención: “prevención general” y “prevención específica”.³ La primera, en el derecho de daños se refiere al efecto disuasivo que conllevan las normas de responsabilidad sobre los agentes, quienes, se suponen, ajustarán su conducta teniendo en cuenta la consecuencia establecida en la norma. Es decir, ante la posibilidad de enfrentarse al pago de una indemnización, cada persona decidirá si prefiere ello o adoptar las medidas de prevención que reducen la probabilidad de daño y, por ende, la probabilidad correlativa de ser condenado al pago de la indemnización correspondiente (o su magnitud). En la prevención específica, en cambio, un funcionario estatal decide sobre la posibilidad de realización o continuidad de una actividad potencialmente dañosa.

En esta senda, Kemelmajer de Carlucci afirma que la prevención del daño puede actuar tanto como “preventiva de la indemnización”, así también como “preventiva

² ACCIARRI, Hugo, Funciones del Derecho de Daños y de Prevención, *TR LALEY AR/DOC/179/2013*.

³ ACCIARRI (n.2), p. 4.

del daño”.⁴ En el primer caso, se procura disuadir al agente de la realización del daño, haciendo hincapié en la consecuente responsabilidad indemnizatoria que se genera con su producción. En el segundo, se busca evitar los daños mediante acciones civiles compatibles con la normativa administrativa y penal. La prevención abarcaría todos los instrumentos tendientes a evitar o disminuir los daños que amenazan a las personas o a los bienes. La prevención entendida como “preventiva del daño” es la que interesa a los fines de la presente exposición.

Por su parte, Papayannis distingue la función preventiva de la función disuasoria, y destaca que, si bien en ambos casos se trata de que el daño no ocurra, en la disuasión se deja libertad de acción al agente, mientras que en la prevención se le niega.⁵ Es decir, en el caso de la función disuasoria se ofrecen incentivos al agente para que opte por un modo de actuación más segura, en cambio, en la preventiva propiamente dicha se intenta suprimir la fuente generadora de riesgo.

Hablar de la función preventiva nos lleva a la discusión sobre la polifuncionalidad del derecho de daños.⁶ Esto hace referencia a la evolución que ha experimentado el derecho de la “responsabilidad civil” en la inclusión de otras finalidades además de la resarcitoria. Relacionado con lo anterior y en línea con la necesidad de distinguir ciertos términos, el uso que se hace de la expresión “derecho de daños” y de “responsabilidad civil” requiere de sus precisiones. Señala Picasso que, mientras una parte de los autores emplea ambas expresiones como sinónimos, otro sector de la doctrina tiende, en cambio, a darle un alcance más abarcador a la primera, que incluiría otras “funciones” como la preventiva o la punitiva.⁷ Otros autores, incluyen nuevas finalidades de prevención y punición en la clásica denominación “responsabilidad civil”. En este orden de ideas, Grondona, hace referencia a la “polifuncionalidad de la responsabilidad civil” identificando tres funciones: una función compensativo – preparatoria, una función preventiva o disuasiva y una función sancionatorio – punitiva.⁸

Del mismo modo, debe destacarse que a pesar de las múltiples funciones que se le atribuyen a la responsabilidad civil o al derecho de daños, Papayannis pone de relieve que la mayoría no son distintivas de la práctica conceptualmente (ni siquiera la clásica función compensatoria) puesto que podrían conseguirse las mismas finalidades con igual o mayor éxito mediante otras instituciones jurídicas o,

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación, en *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, dir. Peyrano, J.W., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, pp. 363-365.

⁵ PAPAYANNIS, Diego M., Responsabilidad civil (funciones), *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 2022, pp. 307-327.

⁶ SOZZO, Gonzalo, Arquitectura de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012: post-derecho de daños, *Revista de Derecho de Daños*, 3, 2012, pp. 563-635.

⁷ PICASSO, Sebastián, Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación, *RCyS*, IV, 2015. También se conciben otras funciones como la demarcatoria, vindicatoria y la admonitoria. Para un detalle de todas las funciones que se le asignan, véase. Picasso (2005) la obra referida. Por otra parte, y esta es una cuestión que excede este trabajo, en materia ambiental suele distinguirse el principio preventivo del precautorio, contemplado en el art. 4 de la Ley General del Ambiente. La doctrina especializada alega que el factor principal que distingue a ambos es el carácter del riesgo. En los supuestos de precaución este último no estaría comprobado aún, y sí, en cambio, en el de prevención. BERGEL, Salvador Darío, Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil, en *Derecho Privado*, vol. I, coord. Ameal, J., Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

⁸ GRONDONA, Mauro, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui “risarcimenti punitivi”*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2017, p. 105.

ser excluidas de su ámbito de incumbencia.⁹ La única que señala como genuinamente distintiva, que necesariamente es satisfecha por la responsabilidad civil es la realización de la justicia interpersonal, finalidad que no puede ser alcanzada con mecanismos alternativos. Ello por cuanto solo un sistema de responsabilidad civil es capaz de expresar la estructura normativa de las interacciones respetuosas entre personas libres e iguales, y nos permite relacionarnos con otros en un verdadero pie de igualdad.

Por último, a los fines de clarificar conceptos, parece adecuada la postura que distingue entre “responsabilidad civil” y “derecho de daños”, ya que el término “daños” es más amplio y alude a todo el fenómeno, sea desde su faz resarcitoria, preventiva y punitiva. De hecho, esta es la postura de Picasso para quien en el ámbito de la teoría general del derecho la “responsabilidad” se asocia usualmente, de acuerdo con una concepción kelseniana, con la imposición a una persona “responsable” de una sanción como consecuencia de la comisión de una conducta normativamente prohibida (un acto ilícito).¹⁰ Por ello, se propone reservar la denominación “responsabilidad” estrictamente para los casos en los cuales se alude a la reparación de un daño, y enmarcar la función preventiva en el “derecho de daños”.¹¹

I.2. La función preventiva como función autónoma del derecho de daños. Posiciones a favor y en contra

En un primer momento, se consideró a la prevención compulsiva de los daños como incumbencia directa del derecho administrativo, constituyendo una obligación del Estado la gestión de esta. Posteriormente, con la aparición de nuevos riesgos, la crisis del Estado liberal, la creciente masificación de damnificados, la evolución del derecho ambiental (entre otros fenómenos), hubo un viraje en la clásica responsabilidad civil y se empezaron a analizar las ventajas de utilizar las herramientas que brinda el derecho privado a los fines de evitar estos males y disuadir conductas lesivas. Por tal motivo, se pretendió ampliar esta rama del derecho de manera que incluya, además de la función resarcitoria, la preventiva y la punitiva.

La incorporación de la prevención como una nueva función del derecho de daños, al pie de igualdad con la clásica función resarcitoria, resulta una postura que tiene adeptos y detractores. En términos generales, se acepta que toda norma de responsabilidad civil tiene algún efecto disuasorio y de prevención, aunque se lo considera un efecto secundario. El debate se centra, entonces, en si acaso puede o no reconocerse la función preventiva como una función principal del derecho de daños, posicionada en la misma jerarquía que la función resarcitoria; o, al menos, como una función complementaria, aun cuando no sea distintiva conceptualmente.

⁹ PAPAYANNIS, Diego M., coord., *Manual de derechos de daños extracontractuales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022. Papayannis muestra como la compensación podría verse reemplazada por un sistema de seguros o fondos de compensación; la finalidad disuasoria, lograrse con una combinación de normas del derecho penal y derecho administrativo; y la prevención, de igual modo, a través del derecho administrativo.

¹⁰ PICASSO (n.7)

¹¹ Asimismo, destaca PICASSO (n.7) que el sentido que se le atribuye a la palabra “responsabilidad” en el lenguaje corriente (no técnico) coincide con el que maneja la teoría general del derecho. A ello se suma que la idea de que la “responsabilidad civil” consiste en la obligación de reparar un daño está arraigada en la dogmática civilista desde hace siglos.

La tesis que propugna por el establecimiento de una función preventiva en el derecho privado, si bien se ha extendido mayormente en los últimos tiempos, ya había sido postulada en el siglo XX por el jurista húngaro Marton (1938), para quien la prevención debía ser el primer principio, no solo de la represión penal, sino también de la represión civil.¹² A su vez, autores como Tunc (1990) ya habrían incluido entre las funciones de la responsabilidad civil la de “prevención de comportamientos antisociales”.¹³

Quienes defienden la postura de considerar a la prevención como una función autónoma del moderno derecho de daños proponen principalmente el fundamento que atiende a las ventajas que conlleva prevenir sobre curar, especialmente ante la dificultad de resarcir de manera plena ciertos perjuicios. De acuerdo con estas ideas, prevenir el daño es mucho mejor que resarcirlo y sostener lo contrario atentaría contra el sentido común.¹⁴ La necesidad de evitar el daño, acrecentada con la aparición de nuevos supuestos de responsabilidad, hace que se replantee la distinción entre derecho público y privado, derecho administrativo y derecho civil, lo que busca romper con el monopolio preventivo del Estado. Señala la doctrina en esta dirección que: “El derecho civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora frente al daño y renunciar a la prevención del mismo. Pretender que permanezca impasible ante la inminencia de un daño, de su agravación o de su repetición, es tanto como crear y justificar un ‘derecho a perjudicar’”.¹⁵

En esta posición se enrola también la jurista cordobesa Zavala de González, para quien, si bien tanto la función preventiva como la resarcitoria tienen la misma relevancia, la regla de no dañar es prioritaria a la de quien daña injustamente y repara, ya que resulta preferible conservar y proteger los intereses valiosos, en lugar de recomponerlos después de su menoscabo.¹⁶

En síntesis, quienes están a favor de la función preventiva de daño indican que confluyen para su justificación razones éticas, económicas y sociológicas, entre otras. Éticas, dada la importancia de la preservación del valor vida y de la integridad física como un *prius* de toda actividad o ciencia humana, a la vez que ayuda a salvaguardar la conservación de un patrimonio de la humanidad para las generaciones futuras. Económicas, en consideración a lo que implica para la microeconomía como la macroeconomía, la pérdida de vidas humanas, el potencial del trabajo, y de bienes. Finalmente, entre las causas sociológicas, la prevención se justifica en la medida en que contribuye a una concientización a nivel individual y

¹² MARTON como se citó en TRIGO REPRESAS, Félix A. La prevención y el Daño punitivo, *Revista de Derecho de Daños*, 2, 2008, pp. 27-28.

¹³ TUNC como se citó en LLAMAS POMBO, Eugenio, *Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de Daños*, en ed. Moreno Martínez, J.A., *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 42.

¹⁴ CODERCH, Pablo Salvador y CASTIÑEIRA, María Teresa, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997. De manera similar Pizarro y Vallespinos expresan lo siguiente: “la prevención del daño ocupa un rol fundamental. Prevenir es siempre mejor que reparar, tanto cuando la situación es mirada desde el punto de vista de la posible víctima, cuanto del potencial dañador y de la sociedad toda. La prevención del daño es uno de los grandes rasgos que presenta el derecho de nuestro tiempo y su valor se potencia en la medida en que mayor sea la repercusión de la acción dañosa”. PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G. *Instituciones de derecho privado*, 2º ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 96.

¹⁵ LLAMAS POMBO (n.13), p. 35.

¹⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Función preventiva de daños, *LA LEY* 03/10/2011.

colectivo de la importancia de respetar los bienes y derechos de los demás, abandonando una actitud meramente pasiva —*neminem laedere*— para pasar a adoptar una posición activista de solidaridad y cooperación.¹⁷

Por su parte, Llamas Pombo entiende que la función de la responsabilidad civil es puramente resarcitoria, pero se requiere de un instrumento preventivo de daños en el Derecho Civil que supere la prevención indirecta a partir del mecanismo indemnizatorio.¹⁸ Para ello, se muestra a favor de la construcción de una tutela civil inhibitoria aplicada al daño, la cual no tiene cabida en el derecho de la responsabilidad civil, sino dentro del ‘moderno’ derecho de daños, el que se asienta sobre dos pilares: i) la inhibición del daño amenazante, la prevención a través de la llamada tutela civil inhibitoria; ii) la responsabilidad por el daño irrogado, la reparación, mediante la llamada tutela resarcitoria. En palabras del autor: “El principio *alterum non laedere* preside el Derecho de daños, pero no debe traducirse sólo como ‘el que causa un daño debe repararlo’ sino también como ‘el que teme un daño tiene derecho a exigir la adopción de medidas que lo eviten’”.¹⁹

Algunos autores han llegado incluso a sostener que la prevención del daño debe primar por sobre la reparación. En esta dirección, Keating entiende que la responsabilidad o los “remedios” son la segunda mejor opción de cumplir con las obligaciones primarias de respetar los derechos ajenos.²⁰ Ello es así ya que el derecho a un cuidado razonable se preserva de mejor manera cuando uno no es dañado, en comparación a cuando se daña a una persona y luego se la compensa. En esta entelequia, los remedios de la responsabilidad son obligaciones secundarias que derivan de los derechos sustantivos, y los fortalecen. Pero, de manera previa a dichos remedios, los sujetos tienen obligaciones primarias de no dañar a las personas en determinadas circunstancias, y de respetar los derechos que ellas tienen sobre su persona y posesiones.²¹ Para este autor, la justicia correctiva no es lo central para el derecho de daños, y solo interviene una vez que se ha producido el daño.²² El rol primordial del derecho de daños es establecer y reforzar los derechos que tienen las personas de no ser dañados, y de que su libertad no se vea vulnerada de diversos modos. Según esta tesis, para que los derechos sean efectivos se requiere de remedios que los restablezcan ante su vulneración, y allí es donde entra la justicia correctiva en funcionamiento; no obstante, los derechos siempre son anteriores a los remedios, y los remedios son gobernados por los derechos.

De manera similar, Papayannis postula la existencia de un deber de no dañar por conductas dolosas, culposas y riesgosas en la gran mayoría de los sistemas

¹⁷ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, La función preventiva de la responsabilidad civil, *LA LEY* 11/05/2015.

¹⁸ LLAMAS POMBO (n.13).

¹⁹ LLAMAS POMBO (n.13), p. 50.

²⁰ KEATING, Gregory C., The Priority of Respect Over Repair, *Legal Theory*, 18(3), 2012, pp. 293-337.

²¹ En la misma línea para Papayannis: “Los derechos de indemnidad son bienes primarios que gozan del mismo estatus que la riqueza, el ingreso y las libertades más básicas (...). La función de los derechos de indemnidad es otorgar un valor mayor o menor al resto de los bienes primarios, y el incremento de valor en los bienes primarios es algo que todos deseáramos para poder llevar adelante el plan de vida elegido”. PAPAYANNIS, Diego M. *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 322.

²² Concretamente, aquí KEATING (n.20) discute con tesis como las de Coleman o Weinrib para quienes la justicia correctiva es el principio soberano del derecho de daños.

jurídicos liberales modernos, lo que hace que la práctica sea más inteligible.²³ Apunta así a que muchos rasgos que se consideran centrales en el derecho de daños solo cobran sentido cuando son puestos en relación con el principio de *alterum non laedere*, resultando en una práctica más valiosa. El autor afirma, incluso, que la práctica jurídica se articula en torno a la evitación del daño y que tal reconstrucción es coherente con la concepción según la cual el mundo normativamente ideal es aquel en el cual el daño no tiene lugar.

Por otro lado, contrario a las ideas expuestas hasta aquí, entre quienes se oponen a asignar una función distinta a la resarcitoria puede mencionarse a Pantaleón, quien considera 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”.²⁴

En la misma línea, Pena López ha dicho que la finalidad de la responsabilidad civil es fijar la distribución o el reparto de daños ocasionados en la vida social, siendo la finalidad objetiva y última del “derecho de daños” puramente reparadora.²⁵

Otra de las críticas que se le hace a la incorporación de nuevas funciones es que estas constituirían un exceso, una “esquizofrenia de fines y objetivos”²⁶ que impide reconducir la explosión de ese sector del derecho hacia un fundamento unitario y tener en cuenta principios operativos unitarios. Si bien admiten que las normas de responsabilidad civil cumplen un rol preventivo, entienden que este es solo secundario o circunstancial.²⁷

Finalmente, no puede dejar de señalarse a Weinrib, para quien el derecho privado se comprende a través de la justicia correctiva y ella sola es suficiente tanto a nivel explicativo como justificativo. Para el autor “el aparato conceptual e institucional del derecho privado es así la expresión de una normatividad bilateral en la que la responsabilidad de un demandado en particular es siempre responsabilidad frente a un demandante en particular”.²⁸ Desde esta posición monista del derecho privado, la prevención no podría ser jamás una función autónoma, ni complementaria ya que ello afectaría la coherencia interna del derecho de daños (y del derecho privado en general).

En síntesis, más allá del debate doctrinario sobre la función preventiva como una función autónoma dentro del derecho de daños, lo cierto es que cada vez se establecen más figuras legales cuya finalidad es la de evitar algún tipo de perjuicio. La mayoría de los ordenamientos contemplan algún tipo de tutela típica, sobre todo para derechos de la personalidad, tales como la intimidad y los de propiedad intelectual. Ello hace que sea innegable su existencia y la importancia de su

²³ PAPAYANNIS, Diego M. La práctica del *alterum non laedere*, *Isonomía*, 40, 2014, pp. 19-68.

²⁴ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual*, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 173.

²⁵ PENA LÓPEZ, José María. *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Cálamo, Barcelona, 2004.

²⁶ BUERES como se citó en PICASSO (n.7), p. 3.

²⁷ CASTRONOVO y BUERES, como se citaron en PICASSO (n.7). En este sentido también Reglero señala que: “la responsabilidad civil no está llamada a cumplir una función preventiva ni punitiva, pero lo cierto es que una y otra aparecen desempeñando un papel secundario complementario” REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel, coords., *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 55.

²⁸ WEINRIB, Ernest J., *La idea de derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 16.

estudio. Por otra parte, aun cuando no sea la función distintiva del derecho de daños, en el sentido de que sus cometidos podrían ser conseguidos mediante otras herramientas (*v.g.* el derecho administrativo), su implementación en la práctica hace que esta sea más valiosa. En una interpretación de la práctica del derecho de daños en su mejor luz,²⁹ la función preventiva se revela como una función autónoma e independiente que persigue sus propios objetivos y propugna por un mundo normativamente ideal y mejor que aquél en el cual el daño se manifiesta contribuyendo así a refinar la imagen de la práctica de daños.

I.3. Función preventiva estado actual de la prevención en el derecho de daños a nivel legislativo. Breve reseña sobre el derecho comparado

Si bien ya en tiempo de los romanos se conocían algunos interdictos con finalidad preventiva, Llamas Pombo indica que el proceso de generalización hacia una tutela civil inhibitoria se inició en Alemania, donde por vía jurisprudencial se elaboró la tutela inhibitoria en torno al art. 1004 del BGB, en el cual se regulaba la acción negatoria del propietario, que luego se extendió a toda amenaza de daño.³⁰ Paralelamente, en el Derecho anglosajón la prevención se desarrolló a través de medidas preliminares como las *injunctions*, las cuales son ordenadas por el juez en el marco de un proceso y cuya protección se extiende a cualquier derecho e interés, más allá de los de propiedad. Por otro lado, en el Derecho italiano, la doctrina sobre la tutela inhibitoria se ha construido a partir de normas procesales, como el art. 700 del CPC, fundamento de la cautelar innominada; y la acción declarativa, como forma de obtener una tutela final luego de la cautelar.³¹

Ya en Latinoamérica, el ordenamiento pionero en el tema ha sido el brasileño. Este también partió de una medida procesal, la acción cautelar innominada, que luego pasó a funcionar como técnica de suma del proceso de conocimiento “para suprimir su ineptitud para alcanzar la tutela preventiva de los derechos”.³² Posteriormente, se incorporó en el CPC brasileño la tutela anticipatoria, que facultaba al juez mediante un proveimiento liminar para anticipar la tutela final en el procedimiento común de conocimiento.³³ A su vez, se ha consagrado la tutela inhibitoria en el Código de Defensa al Consumidor, como un instrumento eficaz para la protección preventiva de los derechos de los consumidores.³⁴

²⁹ Sobre a la interpretación constructiva de la práctica jurídica se volverá en el Capítulo II exponiéndose la tesis de Dworkin al respecto. DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1986.

³⁰ LLAMAS POMBO (n.13)

³¹ Veáse MARINONI, Luiz G., *Tutela inhibitoria*, Marcial Pons, Madrid, 2014. Marinoni deja en claro que el art. 700 se trata de una norma cautelar, no inhibitoria, utilizada por la jurisprudencia ante la ausencia de regulación de una tutela inhibitoria atípica.

³² MARINONI, Luiz G., La evolución de la Técnica Anticipatoria y de la Tutela Preventiva en Brasil, *Revista de derecho procesal*, 2(7), 2014, p. 979.

³³ MARINONI (n. 32) cuenta que: La norma del art. 273° del Código de Proceso Civil pasó a admitir la anticipación de la tutela en dos hipótesis: i) delante de un fundado peligro de daño irreparable y de difícil reparación y, ii) en caso de “abuso de defensa o manifiesto propósito dilatorio del demandado”.

³⁴ El art. 84° del CDC brasileiro dispone: “En la acción que tenga por objetivo el cumplimiento de obligación de hacer o no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o determinará providencias que aseguren un resultado práctico equivalente al del pendiente. § 2. La indemnización por pérdidas y daños se hará sin perjuicio de la multa (art. 287° del Código de Proceso Civil). § 3. Siendo relevante el fundamento de la demanda y habiendo recelo justificado de ineficacia del proveimiento final, es lícito al juez conceder la tutela liminarmente o después de justificación previa, citado el inculpado. § 4. El juez podrá, en la hipótesis del §3 o en la sentencia, imponer multa diaria

En otros códigos civiles decimonónicos de Latinoamérica, como el de Chile, se consagran reglas con acciones populares que tienen carácter preventivo. Tal es el caso de la acción popular frente al “daño contingente” prevista en el art. 2333 del CCCh frente a una acción que por imprudencia o negligencia de alguien amenaza a personas indeterminadas o determinadas. Una acción por daño contingente está presente también en Ecuador (art. 2236), Colombia (art. 2359) y El Salvador (art. 2084).

En Argentina, se ha consagrado la función preventiva del derecho de daños de manera genérica en el Libro III, Título V referido a “Otras fuentes de las Obligaciones” del Código Civil y Comercial (CCyC). Dentro de la regulación, destacan el deber preventivo del art. 1710 y la acción preventiva, los que serán tratados en los capítulos II y III. Por otra parte, debe mencionarse que además de normas de tutela inhibitoria típica, para la evitación del daño en Argentina ha sido clave el desarrollo de la acción de amparo, con sustento en el art. 43 de la Constitución Nacional.

A nivel comunitario, se ha redactado el “Proyecto de modelo de acciones colectivas para Iberoamérica” en el cual se incluyen normas que estatuyen la tutela jurisdiccional preventiva a los fines de garantizar la efectividad de los derechos transindividuales. Lo que se busca en el proyecto es la construcción de herramientas procesales que posibiliten la protección de los derechos materiales colectivos reconocidos en cada ordenamiento.³⁵

En el continente europeo, se encuentran los “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL) y el “Marco Común de Referencia” (DFCR), en donde expresamente se incorporaron normas referidas a la prevención. En los PETL se prevé un deber de “proteger a los demás de daños”, en el art. 4.103; y también el resarcimiento por los gastos preventivos en que hubiere incurrido una persona para evitar la causación de un daño, siempre que estos fueran razonables (art. 2.104). No obstante, hay quienes interpretan que en realidad, más que una norma de función preventiva, lo que se contempla es un resarcimiento por el perjuicio patrimonial efectivo por los gastos incurridos frente a la amenaza de un daño, configurándose un supuesto de *pure economic loss*, o daño puramente económico, ya que no derivan o no son consecuencia de un daño a las personas o a las cosas. Bajo esta lectura, la razonabilidad de los gastos preventivos derivaría, fundamentalmente, de que su importe haya sido menor que la probabilidad de producción del daño evitado, multiplicada por su magnitud, en el caso de que hubiera llegado a producirse.³⁶ Por otro lado, en el marco común de referencia

al inculcado, independientemente de pedido por parte del autor, si fuera suficiente o compatible con la obligación, fijando un plazo razonable para el cumplimiento del precepto. § 5. Para la tutela específica o para obtención del resultado práctico equivalente, el juez podrá determinar las medidas necesarias tales como confiscación, remoción de cosas y personas, destrucción de obra, impedimento de actividad nociva, además de requisición de fuerza policial”.

³⁵ Véanse arts. 4° (efectividad de la tutela jurisdiccional), 5° (tutela jurisdiccional anticipada) y 6° (obligaciones de hacer y no hacer).

³⁶ MARTIN-CASALS, Miquel, La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual, en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Editum, Murcia, 2011, pp. 11-112. También, el mismo autor en los comentarios de los principios señala que: “(...) fuera del supuesto previsto por el art. 2:104 PETL (que establece la resarcibilidad de los gastos preventivos), los *Principios* no autorizan indemnizaciones con efectos puramente preventivos. Ciertamente, en la determinación de las cuantías indemnizatorias podrá tenerse en cuenta el argumento preventivo para que no resulte

específicamente se consagra un derecho a evitar el daño cuando la reparación de este no sea una alternativa razonable.³⁷

En definitiva, la función preventiva en el derecho de daños se manifiesta de manera transversal en numerosos institutos del Derecho, adquiriendo especial relevancia ante derechos colectivos, personalísimos y frente a la amenaza de daños irreversibles. Casi todos los ordenamientos occidentales contienen alguna norma cuyo objetivo es evitar los daños, ya sea de manera procesal (con las figuras de las *injunction* en el Derecho anglosajón u otras medidas cautelares), o de manera específica, orientadas a proteger un grupo determinado de derechos, como en casos de tutela inhibitoria típica, siendo común encontrar en los ordenamientos disposiciones normativas que habilitan la protección *ex ante*, cuando estamos ante derechos que protegen la intimidad y la imagen de las personas.

Por otra parte, son cada vez más las legislaciones que proporcionan algún tipo de tutela inhibitoria atípica y general para cualquier tipo de daño amenazante. La construcción de este tipo de figuras es una cuestión fundamental teniendo en cuenta que los argumentos sociológicos, psicológicos y económicos que se refieren a lo positivo de evitar daños en lugar de repararlos son innumerables en una sociedad en la que el riesgo está implícito en todos los ámbitos. Con más razón en daños imposibles de reparar *in natura*, como los ocasionados en la vida y salud de las personas.

I.4. La función preventiva en el derecho argentino. Evolución y desarrollo

I.4.A. La prevención a nivel constitucional. La acción de amparo del art. 43

Una de las principales herramientas utilizada para la evitación del daño en el Derecho argentino lo constituye la acción de amparo. Dicha acción fue una creación pretoriana concebida como un remedio excepcional, residual y extraordinario al que los justiciables podían acudir ante la ausencia de otros procedimientos más amplios que contemplaran el conflicto. Esta fue delineándose por la jurisprudencia a partir de los casos “Siri” y “Kot”³⁸ para luego ser expresamente incorporada en la Constitución con la reforma de 1994. Desde entonces ha quedado reconocida la posibilidad de interponer una acción de amparo, no solo ante la transgresión del derecho, sino simplemente ante su amenaza. El art. 43 de la Constitución Nacional argentina reconoce una legitimación activa amplia para incoar la acción a través de la expresión “toda persona”, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra “todo acto u omisión de autoridades o de particulares, que en forma actual o

más barato infringir un derecho que adquirirlo legítimamente (como, por ejemplo, en los supuestos de infracción de la propiedad intelectual). Mas los *Principios* no se pronuncian sobre esa posibilidad de absorción de ganancias como elemento a tener en cuenta en la indemnización porque en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos examinados esa cuestión pertenece más a otras áreas del Derecho (como, por ejemplo, el enriquecimiento injusto o la *restitution*) que al área de la responsabilidad civil (y ello a pesar de que, en ciertas ocasiones, puedan concederse *restitutionary damages*). MARTIN-CASALS, Miquel, Una primera aproximación a los *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, *InDret*, 2, 2005, p. 19.

³⁷ Véanse los artículos: VI.-1:102, VI.-6:301 y VI.-6:302 del Marco Común de Referencia.

³⁸ En el caso “Ángel Siri” de 1957, se estableció que “basta la comprobación inmediata de que una garantía constitucional se halla restringida para que surja la necesidad de que aquélla sea restablecida por los jueces en su integridad, aun en ausencia de una ley que la reglamente”. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 239, p. 459. Desde este caso se admitía la vía de amparo para todo acto u omisión que derive de una autoridad pública. Luego, con el precedente “Samuel Kot” de 1958 se extiende también para su procedencia a los actos u omisiones de particulares. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 241, p. 291.

inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley". La importancia de la acción de amparo deriva de su utilización de manera genérica para la protección, no solo de derechos constitucionales, sino de la mayoría de los derechos reconocidos por el ordenamiento. Se impone así una tesis amplia, que haría del amparo una suerte de medio de defensa de la legalidad en un sentido general, bajo el razonamiento que todo derecho aun cuando se encuentre regido por el derecho común tiene su fundamento mediato en la Constitución.³⁹

Si bien el amparo es una vía residual, que procede ante la inexistencia de otras más idóneas, dada la urgencia con la que se tramita, se ha reconocido que dentro del concepto idónea se incluyen aquellos casos en los que, a pesar de existir otro medio procesal, el tiempo que insumiría este podría tornarlo ineficaz para el caso concreto.⁴⁰ Además, tal como está regulado, la procedencia del amparo se subordina a que la amenaza de lesión sea actual o inminente. Ello lo diferencia de otras herramientas inhibitorias comunes en las que basta con la previsibilidad del perjuicio según la probabilidad de este, independientemente de su lejanía en el tiempo (a pesar de que la probabilidad aumenta según su proximidad temporal).⁴¹

1.4.B. Figuras preventivas en el derecho privado argentino.

1.4.B.a. El Código Civil de Vélez Sarsfield

En el Código Civil de Vélez Sarsfield se preveían ciertos supuestos de tutela preventiva específica, entre los que puede citarse el art. 1071 *bis* del Código Civil, norma tuitiva del derecho de intimidad, que establecía la obligatoriedad de cesar en sus actividades a aquel que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando su intimidad. Para estos casos, se le otorgaba la facultad al juez de fijar el pago de una indemnización y de ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, cuando la medida fuera procedente, para una adecuada reparación. Por otro lado, se encuentran supuestos también en el marco de los derechos reales, como la denuncia de daño temido regulada en el art. 2499 y 2500 del CC que facultaba a denunciar y a solicitar medidas preventivas, entre las que se reconocía la posibilidad de suspender una obra a quien "tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes". Esta disposición fue aplicada con posterioridad en materia ambiental para suspender las actividades contaminantes del medio ambiente, hasta la comprobación pericial de que se ha introducido algún sistema de anti polución.⁴² Asimismo, en el libro dedicado a los derechos reales, se regulaban los casos de

³⁹ BIDART CAMPOS, como se citó en MARIANELLO, Patricio Alejandro, El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales, *IUS*, 27(5), 2011, p. 18.

⁴⁰ Haro señala: "(...) si la remisión a esas vías ordinarias no constituye un efectivo remedio, y puede producir un grave e irreparable daño, deberá darse curso sin más trámite a la demanda de amparo por ser el trámite eficaz para la debida garantía del derecho vulnerado (...)" y pese a ello aclara también que "hemos sostenido que la expresión no se debe entender tan simplemente como 'la vía más rápida o expeditiva' para resolver las pretensiones jurídicas, sino aquélla que, atendiendo a la naturaleza de la cuestión planteada, permita al tribunal realizar en el menor tiempo posible, 'la mejor justicia' en el caso concreto". HARO, Ricardo, *A medio siglo de la creación de la acción de amparo en la República Argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008, p. 19 y 27.

⁴¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ (n.16).

⁴² ZAVALA DE GONZÁLEZ (n.16).

inmisiones inmateriales entre fundos vecinos en el art. 2618, por el cual se podía solicitar la cesación de las molestias a través de un juicio sumario.⁴³ También, mediante las acciones reales, se buscaba evitar posibles perjuicios o el cese de actividades.⁴⁴ Además, entre los derechos que gozaba el acreedor hipotecario, se le reconocía el de asegurar su crédito, pudiendo solicitar medidas contra actos del deudor que “directamente tengan por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado” (arts. 3157 y 3158).

I.4.B.b. Antecedentes en leyes especiales

Es posible encontrar normas de tutela preventiva en la legislación que regula materias especiales. Entre ellas puede citarse el art. 79 de la Ley n.º 11.723 de propiedad intelectual (aún vigente), donde se contemplan una serie de medidas preventivas que puede solicitar el interesado como la suspensión de un espectáculo teatral, cinematográfico, filarmónico u otro análogo que se lleve a cabo sin su respectiva autorización. Igualmente, la ley le permite al interesado petitionar un embargo sobre el eventual producido que arrojaré la reproducción de la obra cuyos derechos invoque. A la vez, se admite de manera genérica (*numerus apertus*), cualquier otra medida que sea de utilidad para resguardar los derechos del autor. Por otra parte, el art. 72 *bis* de la misma ley reglamenta la posibilidad de solicitar en sede comercial o criminal el secuestro de todo lo difundido sin autorización, siempre que medie un ilícito penal.

Se encuentran ejemplos también en la anterior ley de propiedad horizontal n.º 13.512 en la que se facultaba al juez para adoptar todas las medidas necesarias para quien perturbe con ruidos o de cualquier otra manera la tranquilidad de los vecinos, ejerza actividades que comprometan la seguridad del inmueble, o deposite mercaderías peligrosas o perjudiciales para el edificio (arts. 6 y 15). Igualmente, la ley n.º 18.248, de registro de estado civil y nombre de las personas contemplaba, en el art. 20º, una serie de acciones para el reconocimiento del nombre, y para prohibir toda impugnación para quien lo niegue, pudiendo también solicitar la publicación de la sentencia a cargo del demandado; así como también, en el art. 21, el cese para los casos en que el nombre que pertenece a una persona fuese usado por otra, para su propia designación.

Por otro lado, en caso de competencia desleal, la Ley anterior n.º 22.262 establecía que podía disponerse la orden de no innovar o el cese o abstención de determinadas conductas (art. 3). De manera similar, la actual ley de defensa de la competencia, n.º 27.442, en su art. 44, confiere al Tribunal la facultad de ordenar el cese u abstención de las conductas tipificadas en los capítulos I y II e incluso ordenar las medidas que, según las circunstancias, fueren más aptas para prevenir la lesión y, en su caso, la remoción de sus efectos.

Como supuesto de prevención en ley especial cabe mencionar también la ley antidiscriminación, en la cual se obliga a quien realice actos discriminatorios a dejarlos sin efecto o a cesar en ellos.

Finalmente, debe destacarse la ley de defensa al consumidor, que posibilita la iniciación de acciones, no solo cuando los intereses de los consumidores se vean afectados, sino también cuando sean amenazados (art. 52 y art. 55). En esta línea,

⁴³ En el artículo se enumeraba (de manera enunciativa a juicio de la doctrina) las molestias ocasionadas por el humo, el calor, los olores, la luminosidad, los ruidos y las vibraciones.

⁴⁴ Véase acción reivindicatoria (art. 2788), la confesaría (art. 2795 a 2799) y la negatoria (art. 2800 a 2804).

en los art 5 y 6 se estatuye el deber de seguridad, de manera que los productos y servicios comercializados no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores y usuarios.

Las disposiciones normativas referenciadas denotan cómo se estipulaban mecanismos de tutela para situaciones especiales antes del tratamiento de la prevención a nivel general en el Código Civil y Comercial, los que servirán luego de base para la construcción de una función preventiva independiente en el derecho de daños.

1.4.C. Código Civil y Comercial

En el Código Civil y Comercial encontramos una regulación genérica con respecto al derecho de daños en los arts. 1708, 1710, 1711, 1712 y 1713 ubicados el Título V del cuerpo legal. Asimismo, también hay ciertas disposiciones dispersas en distintos institutos que refieren a la prevención. Así, el art. 10, segundo párrafo, establece la obligación del juez⁴⁵ de ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación abusiva; y, cuando correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior. Por su parte, el art. 52, con el título “afectaciones a la dignidad”, dispone que la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, pueda reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos. También, al regular el derecho a la imagen, se establecen excepciones a la necesidad de contar con el consentimiento de la persona para captar o reproducir una imagen cuando exista un interés científico, cultural o educacional prioritario y “se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario” (art. 53).

Por otro lado, en el art. 54 se contemplan los contratos que tienen por objeto la realización de actos peligrosos que no son exigibles, excepto cuando correspondan a la actividad habitual de la persona y se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias. En adición, el art. 59 dispone la excepción a la obligación del médico de recabar el consentimiento informado cuando se trate de una actuación urgente que tenga por objeto evitar un mal grave al paciente.

Otro ejemplo de disposición tendiente a evitar un daño la encontramos en el art. 722 respecto a las medidas provisionales que pueden adoptarse en el caso de divorcio o nulidad del matrimonio, para evitar que la disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro o defraudar los derechos patrimoniales de otro.

En el caso de los contratos, el art. 1032 otorga la facultad a las partes de suspender su propio cumplimiento cuando sus derechos sufriesen una “grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia”. Con relación a los derechos de los consumidores, en el art. 1102 se les otorga legitimación para solicitarle al juez “la cesación de la publicidad ilícita”. Asimismo, el art. 1673 permite al fiduciario ser beneficiario, imponiéndole el deber de evitar cualquier conflicto de intereses y de obrar privilegiando a los restantes sujetos intervinientes en el contrato. Por su parte, el art. 1718 contempla el estado de necesidad y justifica un hecho que causa un daño cuando es realizado para evitar un mal actual o inminente, de otro modo inevitable.

⁴⁵ La disposición dice, expresamente, que el juez “debe” y no que el juez “puede”, de allí que constituya una obligación para el magistrado.

No pueden pasarse por alto disposiciones referidas a la prevención en los derechos reales. Entre ellas se destacan los arts. 1982 y 2035 que tratan sobre las inmisiones materiales producidas por ramas de arbustos o plantas, previendo la posibilidad de que sean cortadas para evitar las molestias. También, el art. 2242 confiere una acción para mantener la posesión ante actos turbatorios o desapoderamiento, y da la facultad de su ejercicio de manera preventiva cuando hubiere una amenaza fundada. La sentencia que haga lugar a la demanda en tales casos debe ordenar el cese de la turbación y adoptar las medidas pertinentes para impedir que vuelva a producirse.

Sin lugar a duda, la introducción más destacada en materia de prevención en el Código Civil y Comercial lo constituye el llamado deber preventivo del art. 1710, y la acción preventiva de daños regulada en los art. 1711 y siguientes. Como ya se hizo referencia, el eje de la presente investigación está constituido por las cuestiones asociadas a la interpretación y justificación del art. 1710 inc. b, en el cual se centrarán los siguientes capítulos.

El próximo capítulo se avocará al estudio del texto normativo del referido artículo 1710 inc. b, en el que se expondrán distintas teorías interpretativas y se procurará desentrañar el sentido de los términos utilizados en la disposición, poniendo de manifiesto los problemas interpretativos que puedan presentarse y sus posibles soluciones.

II. El deber de evitar el daño

El objetivo de este capítulo es identificar el deber estipulado en el art. 1710 inc. b del CCyC argentino, explorando las posibles interpretaciones que surgen del texto normativo. Con este propósito, se analizará el texto del artículo y se brindarán ciertas nociones básicas sobre las teorías de interpretación de textos legales exponiendo las distintas posturas que existen acerca de la interpretación y los métodos propuestos por cada una de ellas. Con tales herramientas, se considerarán las soluciones interpretativas que se desprenden para el artículo bajo estudio.

II.1. El art. 1710 del CCyC. Interpretación del enunciado normativo del inc. b

Una de las disposiciones normativas novedosas introducidas en el Código Civil y Comercial de la Nación ha sido la del art. 1710, referida anteriormente. En el texto legal bajo el título “deber de prevención” se disponen diversos supuestos:

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.

El primer inciso se ha visto como la consagración del principio de no dañar a otro, *alterum non laedere*, al que se ha hecho referencia en el primer capítulo. Por su parte el inciso c. no se halla en el ámbito de la prevención pura, sino que supone una situación dañosa ya concretada e impone el deber de no aumentar sus consecuencias lesivas. El segundo inciso, el “b”, es el más complejo y extenso, y, por ello, será el centro del presente análisis, sobre todo en lo que respecta a la primera parte.

Se describe en el inc. b una conducta a seguir, y un derecho para la parte que cumplió con éxito tal conducta a obtener un reembolso por los gastos incurridos conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. La descripción genérica de la conducta contenida en el texto de dicho artículo lleva al interrogante acerca de qué es lo que se exige en concreto y, a su vez, cuál es la consecuencia ante su incumplimiento.⁴⁶ De ello se desprende la pregunta, también, de si puede incoarse la acción preventiva de daños del art. 1711 del CCyC, y, si para el caso que el daño no se hubiere evitado, puede responsabilizarse civilmente a quien no ejerció la conducta preventiva.⁴⁷ El problema se centra, entonces, en identificar cuál es la norma contenida en el texto legal teniendo en miras el enfoque preventivo del derecho de daños. Para esto, se abre un abanico de posibles interpretaciones que resultan interesantes de explorar.

Siguiendo a la escuela genovesa, en particular a Ricardo Guastini, la expresión “interpretación jurídica”, “interpretación de normas” y otras voces similares, denotan la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico.⁴⁸ El autor distingue entre diversas acepciones respecto de lo que implica la actividad interpretativa. Indica, así, que existe un concepto restringido de interpretación que se refiere a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación. De acuerdo con esta noción, solo se interpretan aquellos textos oscuros en una situación dudosa. A su vez, señala que este modo de entender la actividad interpretativa trae aparejadas dos asunciones. La primera es que a partir de estas ideas se distinguen entre dos tipos de formulaciones normativas; aquellas que tienen un significado claro y no controvertido, y, las que presentan un significado equívoco que despierta perplejidad. La segunda asunción que conlleva es la distinción entre casos claros y casos difíciles, los primeros son supuestos de hechos en los que la aplicación de la norma resulta pacífica y los otros aquellos en los que la aplicación de cierta norma es dudosa o controvertida. Por otra parte, Guastini enseña que existe un sentido amplio de “interpretación” que se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa.⁴⁹ De acuerdo con ello, todo texto requiere de una interpretación. Así, la interpretación es el presupuesto necesario de aplicación de una disposición normativa en un caso. En función de esta noción amplia es que se funda la diferencia entre los conceptos de “disposición normativa” como el texto interpretado (el objeto de la interpretación), de su resultado (el significado adscrito al texto), “la norma”. Sin perjuicio de no adscribir a una postura escéptica de interpretación, esta será la distinción y terminología a la que se adscribe en este trabajo de investigación.

⁴⁶ Se asume que se trata de un deber jurídico por lo que ante su incumplimiento deviene aparejada una “sanción” en términos kelsenianos. “Decir que un individuo tiene la obligación jurídica de realizar una determinada conducta equivale a decir que una norma jurídica ordena determinada conducta de un individuo, que es tanto como decir que una norma jurídica enlaza al comportamiento opuesta con una sanción”. MORESO, Juan José y VILAJOSANA, Josep M., *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 134. No obstante, la cuestión acerca de la discusión sobre los deberes jurídicos excede los alcances de la presente investigación.

⁴⁷ En el presente trabajo se hará hincapié en el aspecto preventivo del deber, por lo cual la cuestión acerca de la responsabilidad por su incumplimiento no será desarrollada en esta oportunidad.

⁴⁸ GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999.

⁴⁹ GUASTINI (n.48).

Detrás de la discusión acerca de qué implica interpretar, se distinguen, en palabras de Guastini, tres “familias” de teorías o posturas: las cognoscitivas, las escépticas y las intermedias.⁵⁰ A su vez, dependiendo de la postura que se adopte es posible entender la discrecionalidad de una manera distinta. Para la primera familia la interpretación —como su nombre indica— es una actividad de tipo cognoscitivo en la que se pretende verificar el significado objetivo del texto normativo. Entienden a la vez que el texto normativo admite solo una interpretación “verdadera”. Dentro de esta corriente, quedan abarcadas tanto las doctrinas positivistas y formalistas, así como también, otras diametralmente opuestas como la de Ronald Dworkin.

En contraposición, para las escépticas la interpretación es una actividad de valoración y decisión y no de conocimiento, de manera que todo texto puede ser entendido de diversos modos, lo que dependerá de la postura valorativa de los intérpretes. Esta posición sigue una concepción amplia de la actividad interpretativa y no se considera que las palabras posean un significado “propio” o “intrínseco”, sino que estas solo tienen el significado que les viene atribuido por quien las utiliza o las interpreta. Como consecuencia, el significado es mutable y la decisión interpretativa es siempre, aunque en diversa medida, arbitraria. De ello se deriva que para teorías escépticas o críticas los enunciados interpretativos no pueden ser ni verdaderos ni falsos ante la inexistencia de un criterio de corrección objetivo externo que lo determine.

Finalmente, para la teoría intermedia de interpretación, cuyo expositor más conocido ha sido el filósofo británico Herbert L. Hart, la interpretación es a veces una actividad de conocimiento y otras, una actividad discrecional, dependiendo de las características del texto normativo, dentro del cual se puede distinguir entre una zona de certeza y una zona de penumbra.⁵¹ A partir de allí se esboza la división entre casos fáciles y casos difíciles, a la que se ha hecho referencia anteriormente. Siguiendo esta línea, solo ante los casos difíciles, cuando la aplicación de la norma resulta controvertida, tendría el juez discrecionalidad para encontrar la solución.⁵² La referencia a las tres familias de teorías que existen acerca de la interpretación y la concepción de la discrecionalidad judicial a la que cada una de ellas adscribe es importante para la identificación del deber bajo estudio, si se atiende que, tal como se pondrá de relieve a continuación, un importante sector de la doctrina deja librado a la decisión judicial la determinación de cuál es la conducta exigida en el caso concreto.

Para comenzar, se desarrollará, a manera de discurso descriptivo, cómo ha sido interpretada la disposición por la Comisión redactora del Código Civil y Comercial, y, seguidamente, se expondrá lo que ha dicho la doctrina sobre el texto normativo. Luego se considerará la disposición desde distintas técnicas interpretativas, empezando por aquellas que se centran en el lenguaje literal de los términos, las que, siguiendo a Ross, traen aparejado “problemas semánticos de interpretación”.⁵³

⁵⁰ GUASTINI (n.48), p. 13.

⁵¹ HART, Herbert Lionel A., *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

⁵² Uno de los rasgos distintivos de la teoría de HART (n.51) en lo que a la discrecionalidad respecta, reside en la creación del derecho por parte de los jueces en los casos difíciles. No obstante, aun en estos casos la elección del juez, o su margen de discrecionalidad está restringido a ciertas opciones. Se brinda el ejemplo en que hay una regla que prohíbe entrar con vehículos en el parque, será discutible si un triciclo es o no un vehículo, pero el juez no podrá decir que un camión no lo es, por lo que allí su decisión sería arbitraria.

⁵³ ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Alveroni, Córdoba, 1997.

En este sentido, cabe evaluar cuáles son las opciones o posibilidades que tiene el intérprete ante tales problemas. La elección por una u otra técnica dependerá del tipo de postura que se adopte acerca de qué implica interpretar. Es por ello por lo que, después de considerar el problema desde una visión escéptica, se analizarán otras respuestas que se caracterizan por buscar la solución a partir de la argumentación.

II.1.A. Interpretación auténtica

La interpretación auténtica, según Guastini es una de las variantes de la llamada “intención del legislador”, que procura identificar cuál ha sido la voluntad de quienes históricamente participaron activamente en la redacción y aprobación del documento normativo que se trate.⁵⁴

Uno de los recursos con que se cuenta para desentrañar el significado del art. 1710 inc. b son las explicaciones brindadas al respecto por la comisión redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial en los llamados “Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial” (en adelante Fundamentos). Dicha pieza se puede asimilar a lo que Guastini llama los “trabajos preparatorios” de cierta legislación.⁵⁵ Aquí, debe hacerse la salvedad de que la pauta interpretativa conocida como la “voluntad del legislador” o las “interpretaciones originalistas” han sido dejadas de lado por el Código Civil y Comercial en función de lo dispuesto por su art. 2. Se entiende que, en su lugar, se ha decantado más bien por una interpretación evolutiva, la que estaría en consonancia con lo que viene sosteniendo la CSJN, desde el precedente “Kot”, y en línea también con la Corte Interamericana de derechos humanos y el Tribunal Europeo de derechos humanos.⁵⁶ De todos modos, para el presente objetivo puede resultar útil leer los motivos y explicaciones brindados por quienes redactaron el artículo.

De este modo, en los Fundamentos se indicó que se tomó de base el proyecto de Código Civil de 1998 y que:

Se consagra el deber de prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) en cuanto dependa de ella, es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control, ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad; b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que obrara de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o de no agravarlo, si ya se ha producido; c) se reconoce el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha ocurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa.⁵⁷

Como puede verse, no se brindaron mayores precisiones para la delimitación del deber impuesto, aunque sí se destacó que la frase “en cuanto ella dependa” implica que la posibilidad de prevenir debe encontrarse en la esfera de control del sujeto, y

⁵⁴ GUASTINI (n.48).

⁵⁵ GUASTINI (n.48), p. 33.

⁵⁶ HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Salvador, dirs., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IV, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2015, comentarios al art. 2.

⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo L., HIGHTON DE NOLASCO, Elena y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de La Nación*, Alveroni, Córdoba, 2018, p. 218.

que el deber no debe ser una carga excesiva que afecte la libertad.⁵⁸ Asimismo, para evaluar las diligencias que deben tomarse para prevenir un daño, se hizo remisión al concepto de buena fe. Este último, concebido tradicionalmente como un principio general del derecho, ha tenido una especial recepción en el Código Civil y Comercial, y se encuentra presente en varias de sus disposiciones. Ya en el primer título del cuerpo legal, el art. 9 establece que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. La explicación de la inserción de tal principio en el texto de los primeros artículos es brindada por la comisión redactora en los Fundamentos aduciendo que, si bien las cláusulas generales como las de buena fe han tenido un proceso histórico de generalización creciente, no se condecían con la ubicación metodológica en el Código Civil velezano, sino que seguían siendo específicas y sectoriales, por lo que se proponía su incorporación en la parte preliminar, indicando que de tal manera “se están suministrando pautas generales para el ejercicio de los derechos que tienen una importancia fundamental para dar una orientación a todo el código”,⁵⁹ Concomitantemente, en lo que respecta al derecho de las obligaciones, en el art. 729 del CCyC se establece el deber de acreedor y deudor de obrar con “cuidado” y “previsión” según las exigencias de la buena fe.

A pesar de las aclaraciones realizadas sobre la inserción metodológica de la buena fe y de su importancia como pauta para el ejercicio de los derechos, cabe observar que en los Fundamentos no se propone un significado concreto de este concepto, sino que se alude a él como un estándar o pauta hermenéutica que sirve para delimitar el deber en particular, de la misma manera que parece funcionar la expresión “medidas razonables” sobre las que se volverá más adelante.

En definitiva, de los Fundamentos no surgen demasiadas precisiones que permitan delinear el contenido del deber descrito en el 1710 inc. b. Ante la falta de mayores detalles es que en el siguiente apartado se procederá a reseñar la opinión doctrinaria sobre el texto legal.

II.1.B. Interpretaciones doctrinales sobre el art 1710 inc. b⁶⁰

Uno de los primeros aspectos que se señalan es que lo establecido en la disposición legal es un deber genérico que puede hacerse valer *erga omnes*, es decir, no solo frente a quien causó el daño por medio de alguna acción suya, sino también contra todo aquel que pueda prevenir el perjuicio o evitar que se agrave, siempre que hacerlo se encuentre en su esfera de actuación.⁶¹ Se postula entonces que se trata de un deber de carácter universal que implica un “juicio de evitabilidad” o de “mitigación” en concreto.⁶²

De igual manera, para distinguir entre el deber impuesto en el inc. a del art. 1710 y el del inc. b, López Herrera indica que se debe interpretar el inc. a como dirigido al

⁵⁸ En torno a qué conducta dentro del curso de acciones posibles exigidas al sujeto para prevenir “afectar la libertad” constituye una cuestión vinculada a la justificación de la norma, lo que será tratado en el último capítulo.

⁵⁹ LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO y KEMELMAJER DE CARLUCCI (n.57), p. 19.

⁶⁰ En este punto se desarrolla, en términos de GUASTINI (n.48) “un discurso descriptivo de otras interpretaciones”.

⁶¹ HERRERA, CAMELO Y PICASSO (n.56), p. 410 y ss.

⁶² MARCELLINO, Leonardo, El deber de prevención en el C.C.C.N., en *Jornadas de Derecho Civil de La Plata. Derecho de Daños: Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil*, La Plata, 2017.

autor de la conducta que genera el peligro, y el inc. b, referido a terceros que no causaron el peligro, pero pueden evitarlo.⁶³

Se alega también que la conducta que se impone no es “heroica” o de abnegación, aun cuando esta pudiera existir con las consecuencias comprendidas en el segundo párrafo del art. 1719 del CCyC.⁶⁴ Con ello, el primer límite a la exigencia del deber sería relativo a aquellos escenarios en los que la realización de la conducta requerida coloque al sujeto en una situación de peligro de daño potencial para él o para terceros.⁶⁵ Respecto a la locución “en cuanto de ella dependa”, se ha apuntado que debe ser calibrada de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, siempre tomando como pauta el principio de buena fe, que es invocado también como una regla de interpretación. Se suma, a la vez, como parámetro interpretativo el “principio de razonabilidad”.⁶⁶ Este criterio de razonabilidad —sobre el que se volverá luego en este capítulo— debe ser evaluado por los jueces en el caso concreto conforme a las posibilidades reales de actuación y además tiene que ser acorde a la magnitud del daño, previsible y eficaz para una prevención adecuada. Se alude también a que debe haber una ponderación de los principios y los valores en juego, el ejercicio legítimo de los derechos y la mayor o menor certeza acerca de la previsibilidad del daño.⁶⁷

Por otro lado, la noción de antijuridicidad es fundamental para evaluar si es necesario que la conducta preventiva deba estar detallada con anterioridad para ser exigible, e igualmente, si ello es requerimiento para endilgar responsabilidad a quien incumple con dicho deber. De tal guisa, cabe considerar cuándo una omisión resulta antijurídica.

En esta dirección se observa que la antijuridicidad, en su papel de presupuesto de la obligación preventiva puede también consistir en no eliminar el riesgo creado por otro o por un suceso natural.⁶⁸ En línea similar, Cossari, considera que “(...) la antijuridicidad se predica de una conducta que viola el deber genérico de prevención y hace previsible el acaecimiento de un daño sin que esa conducta se encuentre amparada por una causal de justificación”.⁶⁹

A pesar de esto, el concepto de antijuridicidad en materia de prevención presenta el inconveniente de que, según la letra del Código Civil y Comercial, se requiere de un daño para su configuración, indicándose que “toda acción u omisión que causa un daño es antijurídica si no está injustificada”. Dado que en la prevención pura el daño aún no ha acontecido, resulta difícil equiparar la situación cuando no hay una norma específica que prohíba determinada acción o castigue una omisión. De todos

⁶³ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Función preventiva y punición excesiva, en dirs. Rivera, J.C. y Medina, G., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2015.

⁶⁴ OSSOLA, Federico Alejandro, El deber del acreedor de prevenir y no agravar el daño, *Revista de Derecho de Daños*, 2, 2016, p. 55. El artículo 1719 dispone que: “La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal”.

⁶⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Alveroni, Córdoba, 2015.

⁶⁶ SEGUÍ, Adela M., Responsabilidad civil: La función preventiva, en dir. Rivera, J.C., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 871.

⁶⁷ COSSARI, Maximiliano, *Prevención y punición en la responsabilidad civil*, El Derecho, Buenos Aires, 2017, p. 64.

⁶⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ (n.65).

⁶⁹ COSSARI (n.67), p. 79.

modos, cabe resaltar la posición de Vázquez Ferreyra, quien para el caso específico de la acción preventiva se inclina por una noción de antijuridicidad formal, más restringida, en la que se incluye las conductas abusivas, sin considerar que la amenaza de daño pueda ser por sí misma una conducta antijurídica.⁷⁰ Otros, aun cuando adscriben a una antijuridicidad material y amplia también para el caso de la función preventiva, entienden que para cuando se trate de una omisión, debe haber un deber legal de actuar para prevenir el daño que puede emanar de una ley, reglamento, tratado o “tendencia jurisprudencial”.⁷¹ Con esto, pareciera que el art. 1710 inc. b resulta suficiente como deber general que prescribe determinado actuar y su omisión deviene antijurídica. A pesar de ello, se reconoce que la conducta se ha moldeado a partir de “criterios sumamente laxos, que dependen de una ponderación fáctica y normativa que puede variar radicalmente según el intérprete”.⁷² Igualmente, se ha comentado, específicamente sobre este artículo, que es necesario un deber que obligue al sujeto a actuar de una determinada manera indicando que: “De lo contrario no habría límite para la responsabilidad civil, pues siempre sería posible predicar que los daños suceden porque todos hemos faltado al deber de evitarlos”.⁷³ Con ello, pareciera que, para este enfoque, el inc. b del art. 1710 por sí solo resultaría insuficiente para considerar que su omisión resulta antijurídica, requiriéndose de otra fuente jurídica que precise un deber en concreto.

Entre quienes se posicionan a favor de extender el concepto de antijuridicidad material para los casos de función preventiva del daño abarcativo del deber de prevención, se aduce que el aspecto central a considerar sería el hecho de si la omisión se encuentra justificada en el ordenamiento o no. En términos de Zavala de González: “(...) los terceros solo soportan la carga de detener cursos causales nocivos, si no están justificados por el ordenamiento jurídico, porque nadie tiene atribuciones, ni soporta deberes, para interferir en un regular ejercicio de derechos, ni para coartar una conducta legítima, así afecte a otras personas”.⁷⁴

Aun así, la zona de las omisiones justificadas, donde por ende no habría un deber de actuar para prevenir el daño, parece más difícil de determinar que aquella de las acciones justificadas en las que se ejecuta una conducta dañosa pero concurre una causa de justificación. Se torna necesario para ello tomar en cuenta cuáles son las

⁷⁰ VÁZQUEZ FERREYRA (n.17). La diferenciación entre antijuridicidad formal y material parte desde el derecho penal. Concretamente se le atribuye Von Liszt, quien consideraba que la acción es formalmente antijurídica en tanto es una transgresión a una norma establecida por el Estado que existe y se expresa sólo a través de preceptos particulares que castigan las acciones respectivas, mientras que una acción es materialmente antijurídica en cuanto es contraria a la sociedad, sin necesidad de que se la declare mediante preceptos legales especiales. NÚÑEZ, Ricardo C. *Tratado de derecho penal*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, p. 299.

⁷¹ LÓPEZ HERRERA (n.63). En esta misma posición, pero que expresamente se opone a que una tendencia jurisprudencial sea tenida en cuenta para evaluar la antijuridicidad PIZARRO, Ramón, Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales. *La Ley Online*, AP/DOC/708/2017.

⁷² PIZARRO (n.71), p. 2.

⁷³ LÓPEZ HERRERA (n.63), p. 1013.

⁷⁴ ZAVALA DE GONZÁLES (n.65), p. 185. En la consideración de si la omisión se encuentra o no justificada por el Ordenamiento, pueden mencionarse también FIORENZA, Alejandro Alberto. *La antijuridicidad como presupuesto de la obligación preventiva de daños*, en www.saij.gov.ar, 2018; y COSSARI (n.67).

causas de justificación.⁷⁵ Según Orgaz se trata de factores axiológicos que excluyen la antijuridicidad, razones excepcionales que legitiman el acto y ponen de relieve que, a pesar del mal inferido por la persona, su conducta es autorizada y justificada por el ordenamiento jurídico.⁷⁶ De manera novedosa, las causas de justificación han sido específicamente detalladas en el art. 1718 del CCyC, similar a como lo están en el derecho penal. El texto normativo contempla el ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad, mientras que el art. 1719 CCyC excluye como justificación a la asunción de riesgos. Finalmente, el art. 1720 CCyC establece los requisitos que debe reunir el consentimiento del damnificado para actuar como causa de justificación. De las causales enumeradas, parece que la que mejor se ajusta al caso de una omisión pura es la del ejercicio regular del derecho ya que la legítima defensa y el estado de necesidad justifican una acción positiva que causa un daño, siempre que se den determinadas condiciones. Paralelamente, el ejercicio regular de un derecho se relaciona con la doctrina del abuso del derecho, con lo dispuesto en el art. 10 del CCyC, y los criterios de razonabilidad, entendiéndose que habría un abuso del derecho del deber de abstenerse a actuar cuando, siendo posible y sin que implique daño alguno para el sujeto, no se tomen las medidas “razonables” para evitar un perjuicio.

En esta línea, existe bibliografía en la que se entiende que, si bien la antijuridicidad en materia de omisiones es material y atípica, la existencia de un previo deber de actuar tiene que ser evaluada en cada caso sobre la base de las pautas que proporciona el propio artículo, remitiendo específicamente a las expresiones “en tanto dependa de ella” y “medidas razonables”, así como al principio de buena fe. A partir de este último, nuevamente, se considera que la cuestión se conecta con la teoría del abuso del derecho, ya que, de acuerdo con el art. 10 del CCyC, este se configura cuando se exceden los límites impuestos por la buena fe. Se indica asimismo que, para el caso de las omisiones puras, existe un deber de actuar para evitar daños cuando la abstención puede configurar un abuso del derecho de no actuar. Tal situación se presenta, por regla, cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, puede con su accionar evitar un daño a un tercero. La omisión en este caso implicaría una infracción del deber preventivo contenido en la disposición.⁷⁷

En definitiva, para posturas de antijuridicidad material como las descriptas queda librado a la decisión del juez determinar la existencia o no de un deber de prevención frente a un caso determinado con fundamento en el art. 1710 inc. b, siempre teniendo en cuenta los parámetros interpretativos aludidos anteriormente. En palabras de Leiva: “a la hora de precisar si una acción o una omisión reviste carácter antijurídico a los fines de la prevención, el operador del derecho deberá situarse en el caso concreto, centrando la atención en si existe o no un deber de prevención”.⁷⁸ A mayor abundamiento se preconiza una “interpretación criteriosa”

⁷⁵ Especialmente sobre las causas de justificación se ha ocupado extensamente la doctrina penalista. Han sido así caracterizadas por un sector de la doctrina como circunstancias particulares que tornan un hecho jurídicamente perjudicial, que ataca un interés prevaleciente, en un hecho jurídicamente permitido, porque a costa del daño que ocasiona se resguarda otro interés, que en esas circunstancias prevalece a la evitación de aquel. NÚÑEZ (n.70).

⁷⁶ ORGAZ, Alfredo, *La ilicitud extracontractual*, Lerner, Buenos Aires, 1974.

⁷⁷ PICASSO, Sebastián, La antijuridicidad en el Proyecto de Código, *La Ley Online*, LL 2013-E, 2013, 1.

⁷⁸ LEIVA, Claudio Fabricio, La delimitación de la función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial Argentino, *Revista Ius*, 14(46), 2020, p. 255.

ya que de lo contrario “se puede terminar convirtiendo a cualquier persona en protagonista activo y destinatario del deber de evitar, en cuanto de ella dependa, daños que no serían causados por ella, ni por terceros por cuyo hecho debe responder, ni por cosas de las que es dueña o guardián”.⁷⁹

Como corolario de lo expuesto, se advierte que, aun cuando la doctrina establece ciertos lineamientos, no se brinda una identificación certera de la norma remitiendo tal tarea a la decisión del juzgador frente a un caso concreto. Ello responde a su vez a una de las características de la interpretación doctrinal, a la que se orientan los textos, es decir en abstracto, sin tomar en consideración un caso determinado.⁸⁰ No obstante, el grado de indeterminación de la disposición, dada por la gran vaguedad de los términos utilizados, podría ser visto como perjudicial para la seguridad jurídica y la predictibilidad de las decisiones judiciales. Por otro lado, frente a las objeciones de tal índole se encuentran argumentos que apuntan a las ventajas de flexibilidad y adaptación al caso específico que traen aparejadas dejar librada la decisión a un magistrado en el caso concreto. La discusión se asemeja a la imperante entre estándares de diligencia genéricos vs. estándares de diligencia específicos, cuestión que será abordada más adelante. El trasfondo del debate oscila entre diversas miradas del derecho: escépticas, positivistas e iusnaturalistas o neoconstitucionalistas.

En los siguientes apartados, en el afán de identificar la norma contenida en el art. 1710 inc. b. se considerarán posibles técnicas interpretativas para el texto normativo bajo análisis y cómo puede analizarse la cuestión desde una teoría escéptica o desde una teoría cognoscitiva como la de Dworkin.⁸¹

II.2. Técnicas interpretativas y problemas semánticos. Entre posturas escépticas y argumentativas

II.2.A. Interpretación declarativa

La interpretación literal o declarativa es una de las técnicas más conocidas y utilizadas. Sin embargo, es cuestionada desde posturas críticas aduciendo que se basa en una idea ingenua y falaz de que las palabras están dotadas de un significado “propio”, intrínseco e independiente de los usos que se hagan de ellas. Es por ello que, asumiendo que cada palabra es susceptible de varios usos, de una manera más aceptable puede decirse que interpretación literal es aquella que atribuye a una disposición el significado más inmediato que se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas.⁸² Aun cuando no sea posible establecer con nitidez el significado de los términos, e incluso este dependa de la competencia lingüística de cada uno (cuestión que es subjetiva), en cierta manera puede apelarse a cierto consenso general sobre lo que implican las expresiones utilizadas en el ámbito jurídico. Ello evoca al argumento del lenguaje común, dentro del que podemos distinguir entre el uso cotidiano que se le da a los términos, es decir, su uso ordinario que normalmente se define en diccionarios de la lengua, y, el uso tecnificado por el discurso jurídico, aun cuando este no sea unívoco y se

⁷⁹ PIZARRO (n.71), p. 10.

⁸⁰ GUASTINI (n.48).

⁸¹ DWORKIN (n.29).

⁸² GUASTINI (n.48). También Ross sostiene que “La creencia en una “interpretación literal” es una ilusión. La interpretación se apoya siempre en otros factores; en particular, en conjeturas acerca de la “idea”, el “propósito” o la “intención” asociados a la obra”. ROSS (n.53), p. 156.

aprecien diversas corrientes dentro de la dogmática o la jurisprudencia respecto al significado de un término.

Si se atiende a las interpretaciones doctrinales descritas en el apartado anterior, puede advertirse que esta ha sido la técnica interpretativa mayormente utilizada. Se ha entendido que la expresión “toda persona” incluye un sujeto pasivo universal, y que “en cuanto de ella dependa” supone que el hecho está dentro de su esfera de control. Luego, se hace remisión a principios jurídicos como los de buena fe y razonabilidad, los que han tenido un extenso tratamiento en el mundo del derecho y son utilizados en sí como pautas interpretativas o estándares de conducta a rellenar en el caso concreto.

Un argumento que se utiliza dentro de la interpretación literal es el “argumento a contrario”. Se sirve de este para circunscribir la norma solo al sentido propuesto en el texto “s1” y excluir otro posible “s2”.⁸³ Con ello se busca limitar el significado del texto a su sentido más inmediato, dejando fuera otro supuesto “x”, en el entendimiento de que, si se hubiera querido, se lo habría incluido expresamente. Un ejemplo de cómo podría utilizarse tal argumento en la disposición bajo comentario, sería para delimitar al sujeto obligado en solamente aquel que puede factiblemente adoptar las medidas razonables, o a quien le sea más fácil, descartando otros sujetos pasivos posibles. No obstante, no se avizora de manera inmediata otra construcción de un argumento de esta índole para un tipo de disposición como la presente, la que de por sí, a primera vista, parece incluir un sinnúmero de posibilidades.

Cuando se acude al significado inmediato o común de los términos pueden surgir ciertos problemas de interpretación, los llamados “problemas semánticos”. Para afrontarlos se acude a la utilización de otras técnicas interpretativas distintas a las del “lenguaje común” que atiendan a otros propósitos, cuestión que será revisada con atención en el siguiente apartado.

II.2.B. Los problemas semánticos de interpretación y las teorías escépticas

En la interpretación de normas pueden surgir tanto problemas lógicos⁸⁴ como problemas semánticos. Estos últimos se refieren al significado de las palabras individuales o de las frases. El nudo del problema viene dado porque la mayor parte de las palabras son ambiguas, y todas ellas son vagas o de un campo indefinido. Se habla así de que las palabras presentan un núcleo o zona central y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre. Entonces, para precisar el significado de una palabra ante una situación específica debe evaluarse la expresión como un todo contextualizada. Para las teorías críticas, las características apuntadas de las palabras hacen que siempre sea necesaria la actividad interpretativa a los fines de determinar cuál es la norma, además de que para determinar su significado se requiere de un acto de voluntad. Esta postura contrasta con las de tipo formalistas o intermedias referidas con anterioridad. De este modo, la administración de justicia se presenta como una actividad interpretativa cuyas notas sobresalientes son los sujetos u órganos que realizan la interpretación del texto legal, y, que

⁸³ GUASTINI (n.48), p. 28.

⁸⁴ Se entiende por problemas lógicos de interpretación a aquellos que se refieren a las relaciones de una expresión con otras expresiones dentro de un contexto. Según Ross, tienen especial importancia la inconsistencia, la redundancia y las presuposiciones, que no serán objeto de tratamiento en esta exposición. Para una mayor profundización sobre el tema véase ROSS (n.53), p. 164 y ss.

además de los procesos cognoscitivos para determinar los hechos del caso y el contenido de las normas jurídicas, requieren de un acto de decisión. El margen de discrecionalidad del acto de decisión parece que aumenta ante disposiciones como las presentes, en donde se utilizan términos de gran vaguedad.⁸⁵ Frente a este panorama, y ya que la indefinición de las palabras resulta insuperable, cabe preguntarnos en qué otros procesos o elementos puede fundarse la decisión del juzgador en un caso concreto.

Aparece así la necesidad de indagar cuáles han sido los propósitos sociales tenidos en cuenta para la sanción de la ley, dado que no basta con el significado de las “palabras de la ley” de forma aislada. De esta manera, no será suficiente aludir al significado del lenguaje natural de las expresiones utilizadas, basado en factores puramente lingüísticos, sino que entran en consideración los llamados “factores pragmáticos”, los que en la administración de justicia son consideraciones basadas en una valoración de la razonabilidad práctica del resultado, apreciado en relación con ciertas valoraciones fundamentales presupuestas. Se tiene en cuenta entonces las consecuencias que tendrá cierta interpretación de acuerdo con los valores fundamentales del sistema jurídico. Se trata de razonamientos “basados en consideraciones prácticas (razón)”, los que son utilizados por el discurso jurídico político al proponer soluciones “*lege ferenda*” e igualmente, aunque limitado por las propias palabras de la ley, en “*sentencia ferenda*”.⁸⁶

Dentro de las valoraciones que se realizan en la interpretación pragmática, entran en juego distintos factores, como los efectos sociales previsibles de la interpretación, la finura técnica de la interpretación y su concordancia con el sistema jurídico, y las ideas culturales sobre las que el sistema reposa.⁸⁷ Es decir, hay una multiplicidad de valoraciones a considerar dentro de la interpretación pragmática, para las que se pueden usar técnicas de interpretación especificadora, extensiva o restrictiva. En primer lugar, la interpretación especificadora es aquella en la cual hay varias interpretaciones posibles y razonables dentro del significado natural, porque hay dudas de naturaleza sintáctica, lógica o semántica (ambigüedad y vaguedad), y se elige una de ellas de acuerdo con las consideraciones pragmáticas aludidas. Por otro lado, se considera restrictiva a aquella interpretación que excluye la aplicación de una regla según el “sentido lingüístico natural”, circunscribiendo más el ámbito comprendido en la norma. Por su parte, la interpretación extensiva o por analogía es aquella en la cual se utilizan las consideraciones pragmáticas para aplicar la regla a situaciones que, de acuerdo

⁸⁵ ROSS (n.53). Apunta el autor que: “La interpretación (en sentido propio, es decir, como actividad cognoscitiva que sólo busca determinar el significado en tanto que hecho empírico) tiene que fracasar. Pero el juez no puede dejar de cumplir su tarea. Tiene que decidirse, y esta elección ha de originarse, cualquiera sea su contenido, en una valoración. Su interpretación de la ley (en un sentido más amplio) es, en esta medida, un acto de naturaleza constructiva, no un acto de puro conocimiento”. ROSS (n.53), p. 172.

⁸⁶ ROSS (n.53), p. 180.

⁸⁷ Señala Ross (n.53) que esta llamada interpretación “pragmática” no debe confundirse con la mentada interpretación teleológica de la ley, ya que esta última más acotada, puede haber más de un propósito o dirección en la ley, este puede ser ambiguo e incluso puede haber leyes a las que sea imposible atribuirle un propósito.

con el “sentido lingüístico natural”, se encuentran fuera de su campo de referencia.⁸⁸

Al respecto, Guastini señala dentro de las técnicas interpretativas a la “interpretación correctora” cuando se le atribuye a un texto normativo, no su significado literal más inmediato, sino un significado distinto.⁸⁹ Alude también a la “interpretación sistemática” como aquella técnica por la cual el significado de una disposición se deduce de su colocación en el “sistema” del derecho: “unas veces, en el sistema jurídico en su conjunto; más frecuentemente, en un subsistema del sistema jurídico total, es decir, en el conjunto de las disposiciones que disciplinan una determinada materia o una determinada institución”.⁹⁰

Cabe preguntarse entonces cuál de todas estas técnicas debe ser la utilizada luego por el magistrado para subsumir un caso en la norma. Siguiendo a Ross, no existe ningún criterio externo que indique cuál es la correcta.⁹¹ Para las posturas críticas sobre la interpretación, en definitiva, lo que las técnicas interpretativas hacen es habilitar al juez a alcanzar la conclusión que considere deseable según las circunstancias, manteniendo la ficción de que solo se está obedeciendo la ley y los principios objetivos de interpretación.

Trasladados estos lineamientos al análisis de la disposición bajo estudio, desde una postura escéptica (como la de Ross y Guastini), el juez entonces en un caso concreto buscará la solución que más justa le parezca, y podrá respaldarla luego, conforme a cualquiera de las técnicas expuestas. Una vez identificada la norma a través de la labor interpretativa, le quedará analizar el caso traído a su jurisdicción y decidir entonces si resulta aplicable o no.⁹²

A pesar de ello, en función de las características que presenta un texto normativo como el que aquí se analiza, se puede vislumbrar que algunas técnicas usualmente serán más utilizadas que otras, dado que la vaguedad de sus términos es una cuestión innegable, ya sea que se adopte una postura escéptica, cognoscitiva o intermedia. La amplitud de los vocablos permite englobar numerosos supuestos, con lo cual no cabría una interpretación extensiva que abarque una situación que estuviera excluida *prima facie* por el sentido natural de los términos. El universo de los casos posibles ya es lo suficientemente vasto como para incluir interpretaciones analógicas. Es decir que, más allá de la existencia de numerosas técnicas de interpretación, parece ser que determinadas características del texto determinan la elección de una por sobre las otras. Por el contrario, puede verse cómo la doctrina ha limitado, con base en las expresiones “de en cuanto de ella

⁸⁸ ROSS (n.53), p. 186 y ss. Dentro de la interpretación restrictiva puede utilizarse el argumento contrario, conjugado con la intención del legislador, argumentando que el legislador ha dicho lo que quería decir y no otra cosa, es decir que si hubiera querido contemplar otro supuesto lo habría otro hecho. Distinto a esto es lo que Guastini denomina el argumento contrario como “productor del derecho”. Esta técnica se basa en sostener que la disposición “si F entonces G” establece “solo si F1 entonces G” y por lo tanto crea como norma nueva “si F2 entonces no-G”. GUASTINI (n.48), p. 28.

⁸⁹ GUASTINI (n.48).

⁹⁰ GUASTINI (n.48), p. 43.

⁹¹ ROSS (n.53).

⁹² GUASTINI (n.48) señala las diferencias entre interpretación y aplicación. La primera diferencia estriba en el sujeto que realiza la interpretación siendo la “aplicación” reservada únicamente para órganos de aplicación (jueces y funcionarios administrativos); por otro lado, la segunda diferencia estriba en que versan sobre objetos diferentes. El objeto de la interpretación son los textos normativos, en cambio el de la aplicación el son las normas (el texto ya interpretado). Es decir que la aplicación presupone o incluye en su parte constitutiva a la interpretación.

dependa” y “medidas razonables”, a aquellos supuestos para los que el que actuar exigido no requiera de una conducta supererogatoria. A la vez, ante la duda de si el incumplimiento del deber impuesto en el inciso b del art. 1710 habilita el ejercicio de una acción preventiva de daños del 1711, puede acudirse a la interpretación sistemática para responder afirmativamente, atendiendo a la ubicación de la disposición de manera inmediatamente después.

Las consideraciones pragmáticas, sobre todo los llamados “efectos sociales previsibles”, tendrán gran importancia para ceñir el sentido de términos como “medidas razonables”, los que pueden dar pie a una interpretación por la cual sea razonable adoptar cualquier tipo de medida que no implique un gran sacrificio, como podría ser por ejemplo dar una pequeña cantidad de dinero o alimento a cada persona que sufra hambre, poner un cartel de aviso si se advierte que hay una vereda rota, denunciar contenido ofensivo en las redes sociales, brindar algún consejo profesional, donar objetos en desuso, reciclar residuos, etc.⁹³ También, se ha planteado su aplicación para casos novedosos. Así, Chamatropulos, considera que los desarrolladores de una *Start Up* o los propietarios de alguna “inteligencia artificial” con capacidad de evitar daños podrían ser compelidos a poner su producto a favor de la comunidad en base al deber de prevención.⁹⁴ Entran en juego aquí las ideas culturales sobre las que reposa el sistema, ya que, algunos de los casos de los ejemplos brindados suceden en la práctica sin que los individuos sean conscientes de la existencia de un deber legal a tal efecto, cuyo incumplimiento deviene en una omisión antijurídica. Muchos de estos deberes, si bien son plausibles conforme a las pautas interpretativas brindadas, serían reputados de excesivos por los individuos de una sociedad, arguyéndose que resultan lesivos de otros derechos de libertad y autodeterminación. Con mayor razón en un país con grandes índices de pobreza y ciudadanos en condiciones de vulnerabilidad. En tales contextos, si bien puede argumentarse que allí es donde más se justifica la imposición de estos deberes, el contraargumento estriba en que la extensión de la pobreza y otras situaciones puede redundar en una sobre carga en las personas que tienen el deber preventivo.

⁹³ ZAVALA DE GONZÁLEZ (n.65) señala que engasta dentro del deber exigido cuidar a una criatura sin compañía cuando se encuentra en la vereda. Otros autores plantean el deber de la madre de iniciar la pertinente acción de filiación en representación del hijo cuando el padre no lo reconociera voluntariamente, y la consiguiente responsabilidad cuando no se hubiera incoado la acción. FILLIA, Laura Evangelina, El rol de la madre en la acción de daños por la falta de reconocimiento voluntario paterno, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 45(101), 2020, pp. 65-84. También pueden tomarse analógicamente los ejemplos dados en los comentarios de los PETL para el art. 4103 mencionado en el capítulo anterior y sobre el que se hará alusión nuevamente en el próximo capítulo. Así se indican casos en los que surge una “relación especial” ante una relación fáctica o social en la que se encuentran dos personas de manera fortuita y surge el deber de evitar daños a otra persona como el caso de un excursionista que le pregunta a un lugareño el camino más seguro para cruzar una montaña, quien ante una situación puede asistir a alguien llamando a una ambulancia, o a alguien que se ha caído a un pozo, o el deber de alguien consciente de un determinado peligro de advertir a otra persona que no lo es (v.g. un grito de ¡Cuidado! podría ser suficiente) (véanse los *Principios de Derecho de la Responsabilidad Civil, Texto y comentario*, coord. Martín-Casals, M., Thomson Reuters Aranzand, Navarra, 2008, p. 126-127).

⁹⁴ CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, Inteligencia artificial, prevención de daños y acceso al consumo sustentable, en *XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata, 2017. Se volverá sobre este punto al tratar la legitimación pasiva de la acción preventiva de daños.

En suma, si bien desde una postura escéptica la identificación de la norma es siempre una cuestión de discrecionalidad del juez, no puede soslayarse la existencia de otras posturas, que abogan por la búsqueda de ciertos límites a tal discrecionalidad y para las que la interpretación normativa no está absolutamente librada a la decisión judicial, sino que existen otras consideraciones que sirven de guía para la decisión.

A modo de ejemplo, se expondrá la teoría de Dworkin acerca de la interpretación jurídica y los efectos de una teoría de esta índole en la identificación de la norma contenida en el art. 1710 inc. b. Como se verá, echar mano a este recurso ofrece un valioso rendimiento interpretativo para los objetivos de este trabajo.

II.2.C. La identificación del deber de evitar el daño en la “lectura en cadena”

La propuesta interpretativa de Ronald Dworkin acerca del derecho parte de una analogía entre la actividad judicial con el arte, sobre la que finca la idea de ver al derecho como una “novela en cadena”, resaltando su carácter de práctica social. Dworkin va a discutir con las posiciones escépticas del derecho a través de una postura objetiva, en la cual la interpretación es el medio para descubrir las verdades, y no una construcción de la verdad.⁹⁵ El autor defiende así su tesis sobre la existencia de una única respuesta correcta, a la cual se llega a través de una labor argumentativa.

Para Dworkin la actividad interpretativa es una práctica social y a la vez, el derecho es una práctica interpretativa y argumentativa.⁹⁶ Al mismo tiempo, como ya se puso de relieve, se asemeja la interpretación jurídica a la que se realiza en el arte.⁹⁷ Para el filósofo, tanto en el arte como en las prácticas sociales, se lleva cabo una interpretación constructiva, lo que supone mucho más que indagar acerca de la intención del autor o de los propósitos empíricos de la obra de arte. Lo que se busca hacer es mostrar la mejor perspectiva de la artísticidad de la obra. De esta manera, se ve al derecho también como una obra colectiva escrita en cadena. Ello supone que, si bien hay un margen de interpretación, se debe mantener cierta coherencia con lo que se ha venido interpretando (pasado) y a la vez ello debe reinterpretarse siempre a “su mejor luz” (futuro) que es justamente lo que le da sentido a la interpretación. Se requiere por lo tanto una “actitud interpretativa”, una actitud crítica por la que debe tenerse en cuenta que los requerimientos de la práctica social, es decir, los comportamientos exigidos o los juicios justificados por ella, no son necesaria o exclusivamente lo que siempre se ha considerado que son, sino que tienen que ser “sensibles a su sentido”. Lo manifestado implica que las reglas deben ser entendidas, aplicadas, extendidas, calificadas o limitadas por

⁹⁵ DWORKIN (n.29).

⁹⁶ Aun cuando Dworkin señala que deben diferenciarse diversos conceptos que se utilizan para hablar sobre Derecho. En particular, considera importante distinguir un concepto “sociológico”, un concepto “taxonómico”, un concepto “doctrinal” y un concepto “aspiracional” de Derecho. En lo que la interpretación jurídica interesa el ámbito será el concepto “doctrinal” del derecho. Donde precisamente se sitúan los análisis dworkinianos respecto a las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas o proposiciones acerca de los derechos y obligaciones que establece un determinado Derecho; como se citó en LIFANTE VIDAL, Isabel, *El Derecho como práctica interpretativa*, en coord. Martínez Verástegui, A., *La Constitución como objeto de interpretación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016, p. 65.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald, *The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press, Cambridge, 1996.

dicho sentido. Este segundo elemento, que incorpora una actitud crítica, es el que da cuenta de la evolución de la práctica.⁹⁸

Así, se distinguen tres etapas en la interpretación. La primera es la “preinterpretativa”, en esta se identifican las reglas y los estándares que suministran el contenido presunto de la práctica, es decir, los materiales a interpretar. Aun cuando sea “pre” interpretativa, es necesaria también en esta etapa una interpretación para la tarea de identificación, aunque normalmente en este punto no habría controversia y se puede presuponer que las clasificaciones obtenidas son tratadas como ya dadas en la reflexión y argumentación cotidianas. Para todo lo anterior debe haber un acuerdo inicial suficiente sobre que prácticas son jurídicas. Enseguida, viene la etapa “interpretativa” propiamente dicha, en ella el intérprete identifica los valores o propósitos que justifican los aspectos más relevantes de la práctica (los principios que subyacen tras las reglas) y desde allí se aborda el material jurídico seleccionado en la etapa anterior. Esta justificación es la que constituye, para Dworkin, el “sentido” o “significado” de la práctica. Aquí se realiza un “test de adecuación” (*fit*) de los materiales con la práctica. Dado que normalmente las distintas reglas jurídicas no persiguen un único objetivo valioso, sino varios al mismo tiempo, es posible que en esta etapa nos encontremos con distintas teorías que pugnan por dar cuenta de esos materiales, siendo decisivo entonces las nociones de coherencia e integridad⁹⁹ que desarrolla el autor también en sus obras. Finalmente, se encuentra la etapa “postinterpretativa” también llamada reformadora en la que, una vez identificado el valor, se debe mostrar su objeto de la mejor manera posible. Se llevan a cabo juicios evaluativos que establecen cómo debe interpretarse el objeto en cuestión para que se lo considere como el “mejor ejemplo posible” del género al que pertenece¹⁰⁰. En este punto, es necesario hacer un “ajuste” de la práctica al sentido descubierto en la etapa anterior, aun cuando ello implique en los casos difíciles la modificación de la práctica.¹⁰¹ A pesar de la distinción que se realiza entre estas etapas, no debe pensarse que sean independientes, sino que, como Dworkin recalca, la interpretación es holística y todas las etapas están relacionadas entre sí.¹⁰²

Ahora bien, ¿cómo puede abordarse entonces el art. 1710 inc. b desde la teoría dworkiniana? Un primer aspecto puede ser el de reflexionar que la incorporación o reconocimiento del deber preventivo, ofrece una mejor versión del derecho de daños y de su práctica. En lo que respecta al texto del artículo, luego de tomar en consideración el enunciado normativo, será necesario analizar las posibles interpretaciones que pueden realizarse del texto, conforme a las distintas teorías acerca de qué implica la existencia de un deber de tal índole, hasta dónde se le puede exigir a las personas que realicen una conducta para evitar un perjuicio, y a

⁹⁸ DWORKIN (n.29), pp. 47-48.

⁹⁹ La noción de integridad se relaciona con la discrecionalidad y con la idea de adecuación ya que aceptar esta tesis implica que los elementos políticos que van a influir en la interpretación no van a ser los del intérprete, sino los de la comunidad. CALSAMIGLIA, Albert, El derecho como integridad: Dworkin, *Working Paper 25*, Universitat Pompeu Fabra, 1990.

¹⁰⁰ Así se explican los desacuerdos para Dworkin, cuando hay varias teorías acerca de cuál es la interpretación que muestra al objeto en su mejor luz. Estos desacuerdos son genuinos, por que las interpretaciones en competencia se dirigen hacia los mismos objetos o eventos de interpretación.

¹⁰¹ DWORKIN (n.29); LIFANTE VIDAL (n.96).

¹⁰² LIFANTE VIDAL (n.96).

su vez, cuáles son los valores perseguidos o en juego, tales como derechos de indemnidad, autonomía, libertad personal. A la vez, será preciso determinar cómo deben entenderse estos valores en la práctica jurídica del ordenamiento en concreto, en este caso el argentino. Finalmente, se debe decantar por una de las teorías, considerando aquella que propugne una interpretación de la disposición que conjugue a aquellos valores de la mejor manera posible. Para ello, será necesario un ejercicio reflexivo y argumentativo del intérprete. Además, esta interpretación no será simplemente estática, sino que evolucionará en el tiempo conforme se vaya aplicando a los distintos casos por los diversos operadores jurídicos, construyéndose así de manera conjunta una norma que se modificará a la par de la práctica y los valores que esta persiga. De ahí que existan elementos que un día se consideren fuera de la esfera de control de una persona, y que puedan ser tomados de distinta manera en un futuro. Igualmente, las medidas razonables, o las conductas tildadas de supererogatorias en un momento dado, pueden ir variando en su apreciación a través del tiempo, conforme a la construcción de la interpretación sucesiva de la norma por los jueces y demás sujetos que integran la práctica.

Aquí puede verse como el plano descriptivo de la interpretación normativa se une con la de su justificación al ponderar los valores en juego. En términos de José Juan Moreso y Jahel Queral, en la teoría dworkiniana los jueces siempre han de tener en cuenta dos dimensiones para resolver los casos:¹⁰³ Por una parte, la adecuación, en la cual deben reconstruir el caso que resulte compatible y coherente con la historia legislativa y jurisprudencial de la jurisdicción; y, por otra, la moralidad política o la unidad del valor para la resolución de un caso en particular se debe argumentar o fundamentar conforme a la mejor teoría político-moral del derecho existente.

Desde esta óptica, también se puede responder a las posibles objeciones que pueden alzarse en contra de un texto normativo como el analizado, basadas en el gran margen de discrecionalidad que se deja a los jueces por la gran vaguedad e indeterminación de los términos utilizados. En la filosofía del derecho de Dworkin, el concepto de discreción no equivale a una libertad sin límites no susceptible de críticas. La utilización de estándares y principios no determinan un único resultado, pero orientan la decisión y permiten un control intersubjetivo. El juez no está solo, sino que forma parte de una empresa colectiva en donde la actividad interpretativa es una labor conjunta que funciona como una “novela en cadena”, en la cual los materiales deben leerse a su mejor luz e interpretarse en un sentido que sean “sensibles a la práctica”.¹⁰⁴ Por otra parte, el magistrado tiene la obligación de fundamentar y argumentar sus decisiones, deber que ha quedado positivizado en el Código Civil y Comercial en el art. 3 que impone la obligación del juez de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción, mediante una decisión razonablemente fundada. Es decir, el juez deberá mostrar mediante la argumentación que la interpretación que se hace de los conceptos abiertos de la norma, los medios adoptados y la condena impuesta son los que *mejor encajan* con la experiencia y las exigencias de la comunidad en lo que a evitar un daño supone.

¹⁰³ MORESO, José Juan y QUERAL, Jahel. Bosquejo de Dworkin: la imbricación entre el Derecho y la Moralidad. *ISONOMÍA*, 41, 2014, pp. 143-174.

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012, p. 61 y ss. Ver también, DWORKIN (n.97).

Siguiendo con esta línea de pensamiento, consecutivamente se mostrará cómo interpretar el sentido de la expresión “medidas razonables” presente en el art. 1710 a partir de la argumentación.

II.2.D. El deber de adoptar “medidas razonables”. La razonabilidad como parámetro interpretativo en el derecho de daños. Los estándares genéricos de conducta

Dentro de los vocablos de mayor laxitud en el enunciado normativo del art. 1710 inc. b, y que por ende más dudas acarrearán acerca de cuáles son los casos que quedan englobados en la norma, se encuentran las expresiones “en cuanto de ella dependa” y “medidas razonables”. Esta última se relaciona especialmente con la noción de razonabilidad, término que ha tenido una profunda investigación y sobre el cual se han desarrollado extensas discusiones en el ámbito filosófico-teórico y dogmático-jurídico, tanto en el Common Law como en el Civil Law. Al vocablo, de origen romano según se indica, se le asignan varias acepciones en el mundo jurídico, funcionando como un parámetro dúctil y heterogéneo.¹⁰⁵ Su indeterminación, consideran Kemelmajer de Carlucci y Jaramillo, es encomendable y utilizada de manera intencional, ya que así se pretende captar la evolución de cada tiempo y ser flexible logrando una “adaptabilidad diacrónica y sincrónica”.¹⁰⁶ Así, se alude al concepto de razonabilidad para referirse al mismo tiempo a los procedimientos de la argumentación racional (y sus resultados),¹⁰⁷ como a la experiencia práctica. Simultáneamente se representa como un criterio guía en las decisiones en circunstancias controvertidas.¹⁰⁸ En cuanto a la razonabilidad en las decisiones, señala Fernández que la doctrina y jurisprudencia normalmente aluden a ella como una característica o exigencia contraria a la “arbitrariedad” y la relacionan con el deber del juez de fundar las resoluciones.¹⁰⁹ A su vez, el vocablo adquiere diversas connotaciones dependiendo de la rama del derecho en la que se utilice (derecho constitucional, penal, civil, comercial).¹¹⁰ Concomitantemente, dentro de una misma rama se le atribuyen también distintos significados, de acuerdo con

¹⁰⁵ Stamile cita también la “definición” de Baldassarre para quien “la razonabilidad resulta una ‘lógica de los valores’, que rechaza cualquier tipo de descripción normativa, formalista, abstracta, rígida y, por eso, cierta y de aplicación controlable; fundamentalmente caracterizada por flexibilidad y ductilidad; impredecible en sus especificaciones; e intrínsecamente proclive a todo lo que concierne a la facticidad y los intereses”. BALDASSARRE como se citó en STAMILE, Natalina, Razonabilidad (Principio de), *Eunomía*, 8, 2015, p. 223).

¹⁰⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y JARAMILLO, Carlos Ignacio, *El criterio de la razonabilidad en el derecho privado el “estándar de la persona razonable” y su aplicación en las decisiones judiciales*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2021.

¹⁰⁷ En el ámbito de la filosofía del derecho hace referencia sobre todo a la estructura de la argumentación jurídica, destacando en este ámbito la teoría de Robert Alexy del discurso racional y de la ponderación de principios. Véase: ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

¹⁰⁸ STAMILE (n.105).

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ, Raúl E., *Impugnaciones ordinarias y extraordinarias en el CPCC de Córdoba*, Alveroni, Córdoba, 2022.

¹¹⁰ Un estudio acabado que procure identificar todos los usos del principio de razonabilidad en el derecho argentino excede el marco de esta tesis. No obstante, dada su importancia cabe señalar que en el derecho constitucional la razonabilidad se vincula a aquello que es ajustado a la Constitución. BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho constitucional*, t.1, Ediar, Buenos Aires, 1964, pp. 228-230. Conjuntamente la CSJN ha anclado la noción de razonabilidad a la de “igualdad” (CSJN, 24/4/12, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, LL, 2012- C-220; 2012-C-257, y 2012-C-390.)

la función del término en la disposición, por ejemplo, en el derecho privado italiano se utiliza como parámetro de tiempo, cantidad o idoneidad.¹¹¹ Por otro lado, aunque a veces se hace referencia a ellos de manera distinta, se ha señalado la necesidad de diferenciar el concepto de “razonabilidad” con el de “racionalidad”, explicando que cada uno responde a realidades distintas. Se indica así que entre lo racional y lo razonable existe una diferenciación dada por el carácter sistemático, lógico, metódico, deductivo, riguroso, cierto del primero; que contrasta con el de inducción, oportunidad, moderación, medida, pragmatismo, flexibilidad, empirismo y experiencia, del segundo.¹¹²

En el CCyC argentino se encuentran numerosos artículos que contienen el término “razonable” o alguno de sus derivados¹¹³ Kemelmajer de Carlucci cataloga algunos de los sentidos brindados de acuerdo con las disposiciones en que es empleado.¹¹⁴ Distingue así en los siguientes grupos: (a) la manera que es utilizada por el art. 3 como un *límite a la arbitrariedad*, exigiendo una motivación razonable, referido también a los motivos y argumentación; (b) vinculados *a la buena fe y al abuso del derecho*; (c) disposiciones que hacen referencia al *tiempo y a la información razonable*; (d) vinculados a la *mensura y proporcionalidad*; (e) como un *patrón para gastos, precio, montos e intereses razonables*; (f) vinculados al *principio de apariencia*; (g) dentro de este grupo alude al sentido “*utilizado en el derecho de daños dentro del régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual*” aunque no brinda para el mismo una acepción específica, cita aquí algunas disposiciones como los son los artículos 134 (rendición de cuentas), 1710 inc. b (deber de evitar el daño), 1712 (legitimación acción preventiva de daños), 1739 (indemnización por pérdida de chance), 1746 (indemnización en caso de lesiones); (h) vinculado a la noción de *diligencia*; (i) artículos referidos implícitamente al *hombre razonable*, y finalmente, el grupo (j) caracterizado por la utilización del término por su *opuesto*, lo irrazonable (arts. 1655, 1685 y 1714).

En el derecho de daños, las nociones de “medidas razonables” y “persona razonable” se encuentran fuertemente entrelazadas con el análisis de los factores subjetivos de atribución, especialmente la culpa. La razonabilidad constituye un parámetro esencial sobre el cual se asientan los llamados “estándares de diligencia” que sirven para determinar cuándo una persona ha obrado con o sin

¹¹¹ La doctrina italiana distingue así de acuerdo la función que cumple la palabra razonabilidad en las aplicaciones concretas identificando tres funciones específicas 1) Como un modelo que define el grado y el tipo de empeño debido o que es posible pretender de un sujeto al momento de realizar un determinado fin (en particular, en el cumplimiento de un deber o en la observancia de una carga); 2) como fórmula de imputación de la responsabilidad por incumplimiento de un deber o la imputación de la inobservancia de una carga; 3) como criterio de garantía o salvaguarda del equilibrio entre intereses que se contraponen en un contrato o en otra relación jurídica, que responde, por tanto, a una exigencia de moderación y equilibrio de los intereses en conflicto. TROIANO como se citó en STAMILE (n.105). Para un estudio del criterio de “razonabilidad” en el derecho de los contratos argentinos véase KEMELMAJER DE CARLUCCI y JARAMILLO (n.106).

¹¹² NICOLAU, Noemí Lidia, El principio de razonabilidad en el Derecho Privado, *Revista de derecho privado*, 94(1), 2010, pp. 3-25.

¹¹³ A modo de ejemplo, arts. 3°, 32, 67, 107, 133,134, 194, 367, 389, 409, 434, 482, 553, 589, 847, 859, inc. b, 961, 974, 998, 1011, 1019, 1026, 1088, 1141, inc. b, 1156, inc. b, 1183, 1184, 1185, 1256 incs. a y e, 1279, 1317, 1324, inc. b, 1328, inc. a, 1357, 1360, 1428, y 1494 inc. e, 1710, 1712, 1714, 1739, 1746, 1781, 1792, 1931 inc. c) 1994, 2392, 2525, 2602, 2629, entre otros, citados por KEMELMAJER DE CARLUCCI y JARAMILLO (n.106).

¹¹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI y JARAMILLO (n.106).

negligencia (y, por ende, con o sin culpa)¹¹⁵ y sobre los que giran desacuerdos evaluativos acerca de la concurrencia o no de este factor subjetivo de atribución de responsabilidad. Al respecto, señala Diego Papayannis que la mayoría de los sistemas jurídicos “incluyen una norma de diligencia genérica que, más allá de sus distintas formulaciones, establece que en el ámbito de nuestras interacciones potencialmente dañosas la conducta exigible es la de una persona razonable en las circunstancias en que se halla”.¹¹⁶ Las reflexiones vertidas sobre esta terminología en torno a los estándares de diligencia y al juicio de “razonabilidad” de la conducta pueden ser traspaladas a la interpretación de la disposición de tipo preventivo, eje del presente trabajo en lo que respecta a la determinación de las “medidas razonables” que se exigen adoptar a “toda persona” para evitar un daño.

A pesar de lo sostenido inicialmente acerca de la vaguedad del término razonabilidad, Papayannis sostiene que los estándares de diligencia basados en esta noción no están tan indeterminados como usualmente se piensa, a la vez que destaca la ventaja de que con ellos se promueven valores importantes para la autonomía personal.¹¹⁷ Otra ventaja que presentan estos estándares genéricos unidos a la noción de razonabilidad es que con ellos se evitan los problemas de sobreinclusión y subinclusión.¹¹⁸ Esto, por cuanto que es a partir de la noción de razonabilidad que se evalúa si una norma específica es sub o sobre incluyente, y, dado que los estándares aluden a la “razonabilidad”, no pueden tener tales problemas.

Sentado lo anterior, cabe hacerse los siguientes interrogantes: ¿Cómo se pueden interpretar los estándares de diligencia basados en la razonabilidad? ¿Funcionan estos estándares también para la función preventiva en un deber, como el del 1710 inc. b?

Para interpretar qué es lo razonable, una primera opción, según señala Papayannis, es utilizar un enfoque empírico, indagando así acerca de cuál es la idea de razonabilidad socialmente imperante.¹¹⁹ El problema es que tampoco resulta sencillo determinar cuál es la concepción de razonabilidad en una sociedad. No es posible basarse en la idea de un consenso *a priori* dado que el discurso moral resulta controvertido y por ende no puede hacerse referencia a la existencia de un acuerdo unánime sobre una concepción de racionalidad en determinada comunidad, ya que sería muy difícil que este existiese. Por otra parte, también debe descartarse la posibilidad de considerar la idea de razonabilidad conforme a la concepción aceptada por la mayoría de los individuos o un determinado sector. No hay una manera certera de corroborar que la porción seleccionada efectivamente comparta la misma concepción de razonabilidad, sin que sea posible tomar en

¹¹⁵ La doctrina también alude al obrar con imprudencia o impericia para indicar que ha habido culpa.

¹¹⁶ PAPANANNIS, Diego M., Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia, *Isonomía*, 55, 2021, p. 63.

¹¹⁷ PAPANANNIS (n.116). Indica el autor que estos estándares de diligencia genéricos se refuerzan mutuamente con los estándares específicos de conducta, brindando una guía óptima de conducta acerca de los riesgos que nos imponemos unos a otros.

¹¹⁸ Este tipo de problemas, propios de todas las reglas, fueron designados por SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid, 2004. Hay sobre inclusión: cuando la razón subyacente de una regla abarca supuestos que no deberían ser considerados por ésta, y sub inclusión, cuando, a su vez, la razón subyacente de una regla deja de lado supuestos que sí deberían ser considerados por ésta por compartir los mismos principios morales o sentidos valorativos.

¹¹⁹ PAPANANNIS (n.116).

cuenta las coincidencias existentes sobre determinados juicios respecto a ciertas conductas, ya que puede llegarse a dicha coincidencia aun cuando se tengan concepciones de razonabilidad diversas.¹²⁰ En todo caso, se arriba a los acuerdos luego de contraponer argumentos como resultado del ejercicio de una deliberación moral en conjunto, lo que denota que no hay un consenso empírico previo. Asimismo, se rechaza la posibilidad de averiguar la existencia de un consenso empírico a través de un método de encuestas, dadas las dificultades que ello conllevaría para justificar la elección del grupo de referencia encuestado, el porcentaje tomado como mayoritario y, en general, la instrumentación de una encuesta de esta índole.¹²¹ En definitiva, para el autor, la mera invocación a una noción consensual empírica de “razonabilidad”, en realidad, lo que hace es sortear la exigencia de una argumentación acerca de los juicios de diligencia, con lo cual, socava la propia discrecionalidad que dice evitar ya que parte de una decisión arbitraria de lo que son los “estándares de la comunidad”.¹²² En este sentido, podría decirse que, paradójicamente, aludiendo a los criterios de razonabilidad aceptados socialmente como una afirmación autoevidente se descuida la necesidad de brindar las “razones” que apoyen determinada conclusión y la exigencia de una “decisión razonablemente fundada”, tal como exige el art. 3 del Código Civil y Comercial.

Otra alternativa a las indicadas por Papayannis paradeterminar el concepto de razonabilidad es suponer que los estándares de diligencia genéricos toman como referencia a las convenciones específicas existentes en una comunidad, y de allí ponderar cuáles son las medidas que deben adoptarse en ciertas circunstancias para no dañar a otros.¹²³ Llevando esta opción a la interpretación del deber consagrado en el inc. b. del art. 1710, habría que analizar las convenciones específicas de una comunidad que exigen un accionar determinado a un individuo, y de allí, derivar cuáles son las circunstancias por las que se requiere que un tercero realice una conducta positiva para evitar daños a otras personas. Dado que no está todo reglado por estándares específicos de conducta, hay convenciones específicas respecto de quién debe adoptar qué medidas y en qué circunstancias. Si bien las convenciones de precaución son arbitrarias, una vez que están vigentes hay una razón de peso para observarlas, ya que, al mismo tiempo, generan expectativas sobre el comportamiento ajeno. Estas convenciones contribuyen a determinar parcialmente un juicio genérico de diligencia. Del hecho de que el juicio de diligencia se encuentre solo parcialmente determinado por las convenciones específicas se sigue que persisten otros cursos de acción que pueden ser también razonables y exigibles a los sujetos. A su vez, los jueces deben evaluar la razonabilidad de las convenciones a los fines de depurar el sistema de aquellas que se presenten como irracionales.¹²⁴

¹²⁰ PAPANANNIS (n.116) además muestra el problema de lo difícil que resulta justificar que se tome en cuenta solo la concepción de un sector de la sociedad (v.g. el sector de los jueces).

¹²¹ PAPANANNIS (n.116) cita también “The Reasonable Person” de Alan Miller y Ronen Perry (2012) quienes, a través de un teorema análogo a otro muy famoso, arguyen que no existe ningún método estadísticamente correcto para “construir” la figura de la persona razonable sobre la base de la mera observación social.

¹²² PAPANANNIS (n.116).

¹²³ PAPANANNIS (n.116).

¹²⁴ Indica que una convención específica que tiene las siguientes características: “1) es primeramente una *regla social*; por lo tanto, *normalmente* los miembros del grupo se conforman a ella pues la entienden vinculante; 2) los miembros del grupo consideran que existe una *razón* para seguir la

Nuevamente, teniendo en miras ahora lo dispuesto en el art. 1710 inc. b, cuando las convenciones refieren a un tercero ajeno a la causación de la amenaza de daños, y a pesar de su carácter de “tercero”, persiste la convención de que ante un escenario particular se le impone un deber de actuar hay una razón para considerar la existencia del deber. Se entenderá que es razonable exigir que se observe determinada conducta para evitar un perjuicio porque es lo que se espera de los otros en la sociedad. Tenemos entonces herramientas para evaluar cuándo se ha cumplido con el deber de “adoptar las medidas razonables” para evitar que se produzca un daño, estando aquí también parcialmente determinado el estándar genérico contenido en la norma, aun cuando no esté agotado. Igualmente, las expectativas sociales acerca de qué es razonable esperar que haga alguien en una situación determinada sirven también como guía para juzgar la conducta y brindan una razón para actuar a aquel que tiene la posibilidad de evitar un daño en ciertas circunstancias.

La tesis expuesta difiere de posturas escépticas como las de Ross y Guastini desarrolladas anteriormente.¹²⁵ Esto por cuanto aun cuando no se pueda brindar una fundamentación objetivamente fundada del parámetro de razonabilidad, ni una determinación total de los casos que quedan abarcados, o cuáles son las convenciones que tomar en cuenta, se indican ciertas pautas o elementos para tener presentes al momento de identificar, en una situación determinada, el deber exigido por la norma, sin considerar que este haya sido impuesto por una decisión puramente arbitraria del intérprete. A través de la deliberación y la argumentación sería factible determinar, al menos en parte, cuáles son las “medidas razonables” que debe adoptar la persona para evitar un perjuicio a un tercero.

Como colofón, han quedado expuestas distintas maneras o teorías desde las cuales abordar la tarea interpretativa del art. 1710 del CCyC inc. b. Se ha procurado así mostrar cuál ha sido la interpretación de la comisión redactora y los comentarios de la doctrina sobre tal disposición. Asimismo, se han puesto de relieve las posibles técnicas interpretativas que pueden utilizarse para la identificación del deber preventivo, y se indicó de qué manera podría considerarse la cuestión y las distintas soluciones a la que se llega, según se adopte una u otra de las posturas de las teorías escépticas, formalistas o cognoscitivas. De esta última resulta innegable el rol de la argumentación para delinear el contenido del deber.

Relacionando las ideas expuestas en el último apartado del presente capítulo con la postura de la interpretación jurídica de Dworkin, se advierte que, en la búsqueda de la identificación de la norma, a partir de la adecuación de la interpretación, que muestre a la disposición en su mejor luz, la razonabilidad juega también un rol. De esta manera, dentro de las diversas teorías interpretativas que concurren, aquella que brinde una interpretación más “razonable” debe ser la elegida. Igualmente,

convención, aun cuando no sepan exactamente cuál es, ni conozcan todos sus alcances; 3) las convenciones tienen típicamente un carácter *arbitrario*. Esto significa que al menos debe existir una regla alternativa para alcanzar los mismos fines, de tal modo que si los miembros del grupo se conformasen a la regla R2 en lugar de la regla R1, ello les daría una razón suficiente para actuar según R2 (y no R1). A fin de cuentas, es posible que los agentes tengan sus propias preferencias respecto de una regla por sobre la otra. No obstante, en una convención las razones para actuar en sinfonía son más fuertes que las preferencias sobre las distintas alternativas”. PAPAYANNIS (n.116), p. 70.

¹²⁵ ROSS (n.53) y GUASTINI (n.48).

desde el punto de vista opuesto, la que se revele como irrazonable implica un límite directo a la discrecionalidad debiendo desecharse tal opción.

En el siguiente capítulo se contemplará la acción preventiva de daños consagrada en el art. 1711 del CCyC examinando sus requisitos y presupuestos con la finalidad de determinar la aplicación de la acción para el supuesto del deber preventivo del art. 1710 inc. b.

III. La acción preventiva de daños

Sentadas las bases para la interpretación del art. 1710 inc. b del CCyC, resulta pertinente evaluar la posibilidad de incoar de manera preventiva la acción prevista en el art. 1711 del CCyC ante la omisión del deber en cuestión. Es por ello que en el presente capítulo se sistematizarán los presupuestos que se requieren para la acción preventiva de daños, destacando las particularidades que presentan para el deber preventivo referido. Asimismo, se revisará lo relativo a la legitimación activa y pasiva de la acción, aspectos que se relacionan con el problema de justificación de la norma a tratar en el capítulo IV.

El punto de partida será entonces el texto del propio art. 1711^o, donde se prevé la acción preventiva de daños de la siguiente manera:

ARTICULO 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.

Se establece de tal modo una acción sustancial¹²⁶ mediante un proceso autónomo, cuyo único objeto es evitar la producción, agravamiento o continuación de un daño, sin requerir la presencia de otro medio más idóneo.¹²⁷ De acuerdo con la redacción del texto normativo, es posible distinguir dos supuestos: de un lado, uno de prevención pura antes de la producción del daño (incluso cuando se trate de un daño repetido y se buque evitar una nueva reiteración del perjuicio); y de otro, ante un caso de daño continuado, para determinar el cese de este o impedir su agravamiento. Para el caso del 1710 inc. b nos hallaríamos en el primer supuesto, ya que se analiza la procedencia de la acción frente a la omisión de una persona de adoptar las medidas razonables para evitar un daño. Se torna necesario, de este modo, examinar los presupuestos de la acción (amenaza de daño, relación de causalidad, antijuridicidad) y relacionarlo con las ideas expuestas acerca del deber

¹²⁶ En lo que respecta a las cuestiones procesales sobre su tramitación, se trata de una figura nueva que no está completamente delineada en todos los ordenamientos procesales. Señalaba Peyrano (2016) que genera un proceso de conocimiento y de condena atípico, el cual, dado su finalidad, debe ser breve y expeditivo. PEYRANO, Jorge Walter, La acción preventiva: certezas y dudas, en dir. Peyrano, J.W., *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, pp. 19-24. Debido a esto, el jurista referido proponía que se tramite a través del juicio sumarísimo hasta que obtenga su regulación específica y autónoma. De todos modos, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se ha modificado el art. 321 previendo el trámite sumarísimo del art. 498 para: "Cuándo se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección".

¹²⁷ AZAR, Aldo M., OSSOLA, Federico A., *Tratado de Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Responsabilidad Civil*, dir. Sánchez Herrero, La Ley, Buenos Aires, 2016.

de evitar el daño para reflexionar si es procedente esta acción ante una omisión como la referida.

III.1. Presupuestos de la acción

III.1.A. Amenaza de daño

Se exige una situación de la que pueda predicarse que es previsible la causación de un perjuicio o una actividad ya lesiva cuya continuación genere nuevos daños o agrave los ya acaecidos. Nuevamente, para el caso del art. 1710 inc. b se supone que el daño aún no ha sucedido, y que el tercero está en posición de realizar una conducta que lo evite.

Cabe aclarar que el concepto de daño ha sido muy debatido en la doctrina argentina. En un primer momento, con Alfredo Orgaz como máximo exponente, se diferenció entre daño jurídico y daño de hecho.¹²⁸ Según esta postura, el daño se configura cuando se lesiona un derecho subjetivo, ya sea patrimonial (generando daño patrimonial) o extrapatrimonial (generando daño moral), y todo acto ilícito produce un daño que obliga a su autor al restablecimiento de la situación. Sin embargo, estas ideas fueron objeto de crítica en tanto del daño a un derecho patrimonial pueden derivarse daños extrapatrimoniales. Por este motivo, y retomando la idea de De Cupis quien planteaba que aquello que el daño en realidad afecta es el interés tutelado por el ordenamiento jurídico, Zannoni y Bueres simplificaron la idea de daño como el “menoscabo o lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial”.¹²⁹ En conclusión, bajo esta mirada, la lesión a todo interés que no sea ilegítimo plantea un supuesto de resarcibilidad y, de este modo, todo daño es jurídico.

Otras posiciones distinguen entre el daño en sentido amplio, como lesión a un interés —según el alcance explicado supra—, del daño resarcible constituido por la totalidad de las consecuencias o repercusiones perjudiciales o disvaliosas en concreto, derivadas de dicha lesión. En esta línea, Zavala de González y Pizarro, entendieron como daño el resultado de la lesión, y a esta como el evento fáctico disvalioso de un suceso.¹³⁰ Es decir que esta sería para ellos la postura seguida en el Código Civil y Comercial argentino en función de los arts. 1737 y 1738,¹³¹ desdoblándose el daño en sentido amplio del daño resarcible constituido por las consecuencias de la lesión (arts. 1726, 1727, 1738, 1740 y 1741 del CCC).¹³²

Por otro lado, y en un sentido contrario al de esta interpretación, desde un plano prescriptivo, Juárez Ferrer manifiesta que:

¹²⁸ ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Lerner, Buenos Aires, 1980.

¹²⁹ ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la Responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

¹³⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ (n.65) y PIZARRO, Ramón D. *Tratado de la responsabilidad objetiva. Tomos I y II*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

¹³¹ El art. 1737 dispone: “(...) Hay daño cuando se *lesiona* un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”. Y el art. 1738: “(...) La indemnización (...) Incluye especialmente *las consecuencias de la violación* de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

¹³² No obstante, Debe destacarse la confusión a la que puede llevar hablar de daño-consecuencia como sinónimo de daño resarcible, ya que puede haber consecuencias que no sean resarcibles de acuerdo con las reglas de responsabilidad extracontractual del ordenamiento. Es decir, no todas las consecuencias perjudiciales de una lesión son las que se resarcen.

(...) la concepción más justa es la de daño-lesión, ya que resarce pérdidas de derechos que siempre pueden traducirse (al menos en potencia) en daños, más allá de que no siempre sea sencillo acreditar (y a veces incluso pueden ser difícil de alegar, en virtud de la mediación de la relación entre damnificado y abogado) en el marco del juicio y sus tiempos.¹³³

Ahora bien, entonces ¿a qué concepto de daño se refiere el art. 1711 del CCC? Quienes diferencian entre daño lesión y daño consecuencia entienden que la norma aludida requiere de la amenaza de un daño lesión y no de un daño resarcible (entendido como la consecuencia del acto lesivo).¹³⁴ Es decir, la amenaza de daño está dada por la posibilidad previsible de que se produzca una lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. No se requiere que consista en un daño resarcible, ya que se trata de una actuación *ex ante*, por lo que desde esta mirada no es necesario que se avizoren cuáles serían las consecuencias de la lesión. Sin embargo, si consideramos que la acción es puramente preventiva, y tampoco hay un interés lesionado, no tendría mucho sentido en esta instancia la distinción entre daño lesión y daño consecuencia.¹³⁵

Cabe mencionar que existe una posición que considera que la amenaza de daño consistiría en un daño en sí mismo, mientras que la evitación sería la forma de restablecerlo, con lo cual se estaría asimilando la prevención a la reparación.¹³⁶ De manera similar, aunque distinguiendo la situación de la amenaza del daño y la producción de este, se postula que la amenaza genera una incomodidad en el sujeto dada por el miedo razonable que produciría visualizar el inicio de la destrucción definitiva de su derecho, con lo cual la amenaza constituiría también un daño cierto. Así, Henao manifiesta que: “el daño existe desde el momento en el cual

¹³³ JUÁREZ FERRER, Martín, ¿De qué hablamos cuando hablamos de daño resarcible?, *RRCyS*, XVIII(11), 2016, p. 55. Sobre las repercusiones de esta distinción Martín Juárez Ferrer afirma que: “La adopción de una posición sobre las concepciones del daño condiciona la respuesta a las preguntas de si lo que debemos hacer es resarcir la incapacidad o el lucro cesante, y de si debemos indemnizar la incapacidad con abstracción de su impacto en el patrimonio o la espiritualidad, o bien debemos hacerlo teniendo en cuenta ese impacto. En este sentido (y dejando de lado la reparación del daño moral), la adopción de la concepción de daño-lesión implica que, ante el suceso dañoso sufrido por la persona, que se traduce en una incapacidad, la incapacidad es resarcible per se, aun cuando esa incapacidad no se traduzca en una merma patrimonial actual. Por el contrario, la adopción de la concepción de daño-consecuencia postula que la incapacidad es solo resarcible en cuanto provoca una efectiva pérdida económica. Por esta razón, la expresión “indemnización por incapacidad” puede ser vinculada a una concepción de daño-lesión, mientras que la expresión “indemnización por lucro cesante” se refiere a la idea de daño-consecuencia” p.52.

¹³⁴ AZAR y OSSOLA (n.127).

¹³⁵ Más discutible serían los supuestos de daño continuado, podría interpretarse que en tal caso ya hay una lesión a un interés y lo que se pretende evitar es que se continúe lesionando (independientemente del resarcimiento de las consecuencias dañosas por la vía resarcitoria clásica). No obstante, cuando el texto normativo habla de agravamiento, pareciera que allí se exigiría que sea previsible la producción de consecuencias de mayor entidad lesiva o en mayor número que las generadas.

¹³⁶ “La amenaza de un perjuicio futuro B constituye por sí misma un perjuicio actual A: resulta que las medidas tendientes a prevenir el perjuicio futuro B tienen por resultado inmediato hacer cesar el perjuicio actual A”. DE BOUBÉE, como se citó en RESTREPO RODRÍGUEZ, Tomás, El remedio preventivo en la responsabilidad civil, *Revista de Derecho Privado*, 14, 2008, p. 223.

se altera su goce pacífico, y aun antes de que se inicie la consumación de su lesión”.¹³⁷

Puede criticárseles a este tipo de concepciones que parecieran requerir de un sujeto con plena conciencia de que ese derecho o bien, en el cual recae el interés, está en peligro o amenazado. Faltando esta conciencia no habría un temor fundado y, por lo tanto, la acción preventiva parecería no estar justificada. Ello sería un gran problema si los intereses amenazados, cuya lesión se quiere prevenir, son colectivos o difusos y se requiriera que todos los sujetos tengan conciencia del peligro. Por otro lado, si el riesgo o la amenaza constituyeran un daño en sí mismos, en un contexto como el actual, en el cual diariamente se desarrollan actividades riesgosas, podría llegarse a una deformación del sistema en el cual todos nos estaríamos dañando constantemente al realizar actividades de esta índole.

A su vez, debe distinguirse entre daño cierto que se produce con la amenaza (por ejemplo, la desvalorización del valor venal de una obra) y el daño que se pretende evitar (que sería, por ejemplo, el derrumbe). El primero constituirá un daño cierto cuyo resarcimiento dependerá de las normas generales de la responsabilidad civil de cada ordenamiento.¹³⁸ De este modo, su reparación no sería el objeto de la acción preventiva, en la cual la pretensión busca impedir o hacer cesar una actividad potencialmente lesiva, o que se adopten medidas para evitar el daño.

Es así como la particularidad del daño en la faz preventiva ha llevado a que se desarrolle el concepto de “daño germinal”, referido al daño en la etapa de gestación que luego puede manifestarse como daño consolidado o daño continuado en el mundo físico. Esta noción de “daño germinal” va más allá de la amenaza de daño, ya que presupone que el daño existe, pero en etapa de gestación, aun cuando no se haya manifestado. E incluso cabe la posibilidad de que no llegue a expresarse nunca, por apagarse y desaparecer del mundo físico. Por tal motivo, Sargagna, autor que elaboró tal concepto, sugiere abandonar la locución “amenaza” para referirse al año germinal que contempla el fenómeno desde su concepción hasta su nacimiento.¹³⁹

Desde la filosofía del derecho, por otra parte, se han esbozado también diferentes teorías en torno al concepto de daño, las que, básicamente, se dividen entre teorías comparativas y no comparativas.¹⁴⁰ Las primeras requieren, como su nombre lo indica, la comparación entre dos situaciones en las que se encuentra un individuo respecto a cierto bien o a un interés básico para determinar si hay un daño. Entre ellas, se distinguen las comparativas históricas, en las que se comparan la situación del sujeto en un momento $t1$ y en otro $t2$, y las comparativas

¹³⁷ HENAO, Juan Carlos, Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado, *Revista de Derecho Privado*, 28, 2015, p. 282.

¹³⁸ Para una postura estos supuestos serían de daños puramente económicos, que no derivan o no son consecuencia de un daño a las personas o a las cosas, y su indemnización se justifica precisamente para evitar un daño a las cosas o a las personas (*physical damage*) probable y más grave. Para un mayor análisis sobre el tema véase NOLAN, Donal, Preventive Damages, *Law Quarterly Review*, 132, 2016, pp. 68-95.

¹³⁹ SARGAGNA, Fernando A. *La función preventiva de la responsabilidad Civil*, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2022.

¹⁴⁰ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, El Daño en la Responsabilidad Civil, en eds. Papayannis, D. y Pereira Fredes, E., *Filosofía del Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 272-293.

contrafácticas. En estas últimas se contrasta la situación actual del sujeto con la situación hipotética en que estaría si el evento dañoso no hubiese acaecido.

Para las teorías no comparativas, el daño consiste en estar por debajo de un umbral o nivel mínimo respecto de un bien. Con lo cual, si una persona está en una situación inferior al límite establecido,¹⁴¹ hablaríamos de que padece un daño absoluto (distinto al daño que surge de comparar dos situaciones, el cual sería relativo). Las ventajas que tienen este tipo de teorías es que permiten dar respuesta a ciertos casos no contemplados por las teorías comparativas (por ejemplo, el daño a generaciones futuras o los casos de *wrongful life*).¹⁴²

Trasladando estas ideas a lo que nos ocupa, un panorama en el cual el daño aún no se produjo, la noción de este solo sirve para saber qué es lo que hay que evitar. De este modo, la amenaza de daño que exige la acción preventiva no podría resolverse desde una teoría comparativa histórica, ya que no hay una situación lesiva para comparar. Es decir, no hay un *t2*, solo tenemos la situación actual del sujeto amenazada por la posibilidad de sufrir una lesión en uno de sus bienes o en su interés. Con respecto a las teorías comparativas contrafácticas, si bien nos faltaría el primer escenario para tener en cuenta (en donde el daño se produjo), para distinguirlo de la situación ideal (en la que el sujeto estaría si no hubiese acaecido el daño), es posible realizar una comparación hipotética entre dos situaciones: es decir, la situación "A", en la que estaría el sujeto si se realiza la actividad lesiva; y una situación "B", en la que estaría si la actividad es evitada. En estos términos, se pueden hacer contrafácticos sumados a una predicción: si no evito la acción "X", se producirá el daño "D", y esto significa que el sujeto estará peor de lo que hubiese estado de haberse suprimido la acción "X". A pesar de ello, una respuesta de este tipo presenta el problema de que no evalúa una situación actual, sino solo situaciones hipotéticas, lo cual puede ser cuestionable. No obstante, son las únicas comparaciones que resultarían relevantes para las acciones preventivas.¹⁴³

Igualmente, una teoría no comparativa ofrece ciertos problemas para este elenco de situaciones. Una concepción del daño de esta naturaleza tiene inconvenientes para justificar la tutela inhibitoria frente a la posibilidad de un daño que amenaza los intereses de un sujeto. No obstante, las consecuencias que conlleva no lo colocarían previsiblemente debajo de un umbral (aun cuando lo situaran peor de lo que estaba antes).¹⁴⁴ Lo cierto es que, independientemente del criterio que se siga, al tratarse de una situación que no ha acaecido, tendremos el problema epistémico que conlleva analizar todo evento que se producirá en el futuro.

¹⁴¹ No obstante, siempre podrían presentarse zonas grises en aquellos estados cercanos al límite o umbral mínimo, derivado de la propia arbitrariedad de todo límite. Así habrá casos claros y casos difíciles en los cuales podría dudarse si se está bajo dicho umbral o no.

¹⁴² GARCÍA AMADO (n.140), p. 274.

¹⁴³ Véase FERNÁNDEZ ALLE, Lucila. Concepto y principio de daño, *Latin American Legal Studies*, 7, 2020, pp. 83-110. La autora propone una reformulación de la teoría comparativa contrafácticas justamente porque de esa manera se pueden explicar acabadamente la mayor parte de los casos de daños en la responsabilidad civil extracontractual, haciendo referencia especialmente a los daños preventivos.

¹⁴⁴ Cabe mencionar que también se han elaborado tesis mixtas, que conjugan teorías comparativas y no comparativas para conceptualizar el daño, como la tesis disyuntiva y la combinatoria de Lukas Meyer. Al respecto véase TRUCCONE BORGOGNO, Santiago, El peso de los daños: estados de daños y razones para no dañar, *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, 4, 2006, pp. 1-25.

Por otra parte, si quisiéramos considerar la situación de amenaza del daño en la que se encuentra el sujeto como una lesiva (ya sea desde una teoría comparativa o no comparativa), tendríamos que admitir que cualquier riesgo o situación de esta índole debe ser evitado, aun tratándose de actividades lícitas. Esto implicaría la anulación de numerosas actividades socialmente útiles e imprescindibles para la vida. Por este motivo, en principio, se debe estar ante la posibilidad de que se manifieste un perjuicio al menos en un interés legítimo de cualquier orden y reconocido en el ordenamiento. Para el caso que nos ocupa, y que se pretenda incoar la acción para exigir a determinado sujeto la adopción de las medidas tendientes a evitar el perjuicio, debe tratarse de un escenario en el cual, si bien hay una amenaza de daño inminente, se cuente con el tiempo suficiente para poder iniciar una acción.

A la vez, no cualquier actividad que tenga una potencialidad dañosa puede ser prohibida ni puede requerirse cualquier conducta del sujeto pasivo de la acción. Debe tratarse de una amenaza de daño proveniente de una conducta ilícita o de una actividad que, si bien ha sido permitida *ab-initio*, su continuación se revela como irrazonable ante la certeza de la realización de su peligrosidad. En el supuesto del 1710 inc. b, y de acuerdo con las posturas interpretativas que se reseñaron anteriormente, la omisión que se exige no debe estar justificada.

III.1.B. Acción u omisión antijurídica

La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil constituye un elemento en crisis, en tanto hay muchos supuestos en los cuales la indemnización es procedente, pese a que la conducta que los causó haya sido lícita¹⁴⁵. Esta noción ha sido muy debatida en cuanto a sus alcances y delimitación; y ha evolucionado desde una concepción fragmentaria, que dependía de cada rama del Derecho (así se hablaba de antijuridicidad penal, civil, administrativa, etc.), para luego considerarse como el obrar contrario al ordenamiento jurídico en su conjunto. Es decir, confrontando si la conducta vulnera algún precepto normativo, independientemente de que sean disposiciones penales, administrativas, civiles, etc.¹⁴⁶

Asimismo, se han problematizado otros aspectos de este concepto. Se distingue entre la antijuridicidad de la acción y del resultado o lesión; otras posiciones, en cambio, señalan que la antijuridicidad constituye un presupuesto que se predica

¹⁴⁵ Si bien, suelen citarse como ejemplo de ello los supuestos de responsabilidad objetiva, hay quienes admiten que incluso en tales escenarios se encuentra el presupuesto de la antijuridicidad, y que la actividad riesgosa en principio lícita, es antijurídica cuando actúa su potencialidad dañosa en concreto. Para un análisis del concepto de antijuridicidad y su evolución en la doctrina argentina véase PIZARRO y VALLESPINOS (n.14), pp. 480 y ss.

¹⁴⁶ Ello no obsta a que las consecuencias jurídicas de una conducta antijurídica puedan ser reguladas de manera diferenciada según la rama del derecho de la que se trate. La doctrina tanto civil como penal ha coincidido en tal aserción. En este sentido, ORGAZ (n.76) presenta una distinción entre “acto ilícito” y “acto ilícito punible”. Por “acto ilícito”, entiende aquél que contraría o viola el derecho, y que es tal por su contradicción con el ordenamiento jurídico. Todos los actos caen bajo la consideración del derecho; y por ello, son lícitos o ilícitos, en una distinción dicotómica: no es admisible postular que el acto es lícito en alguna rama del derecho e ilícito en otra. Pero, el ordenamiento jurídico - esencialmente coercible- exige además de la antijuridicidad, otros requisitos para que se aplique su fuerza con toda plenitud. Así es como llega al concepto de “acto ilícito punible”, que debe contar con ciertos elementos predeterminados por la ley en cada situación para poder responsabilizar a su autor/a y asignarle un efecto jurídico concreto (pp. 38-39).

únicamente de las conductas humanas (las cuales pueden ser lícitas o ilícitas¹⁴⁷) y no del daño.¹⁴⁸ También se ha discutido respecto a la antijuridicidad objetiva o subjetiva, siendo inescindible en esta última la imputabilidad del sujeto para evaluar si la conducta es antijurídica.

Otro de los debates generados tradicionalmente en torno a este presupuesto ha sido determinar si se requiere una antijuridicidad formal cuando contraria una prohibición jurídica de hacer u omitir formalmente dispuesta por la ley, o material, más amplia y comprensiva también de otras prohibiciones derivadas de principios del derecho, la moral y las buenas costumbres.¹⁴⁹ En este sentido, cabe destacar que el panorama ha cambiado en el ordenamiento argentino al consagrarse de manera expresa el deber de no dañar en el art. 1710 del CCyC.¹⁵⁰ La violación injustificada de este deber torna antijurídica la conducta, aun cuando esta no se encuentre descripta de manera típica en una norma. A ello se suma el art. 1717 del CCyC, que establece que: “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”. La cuestión presenta entonces sus particularidades en los casos de la acción preventiva, ya que todavía no ha acontecido ningún daño y, por lo tanto, no habría una violación del art. 1710 del CCyC. Ello ha llevado a que se realicen diferentes interpretaciones acerca de qué es lo exigido como presupuesto de antijuridicidad para esta tutela inhibitoria atípica.

Previo a la sanción del Código Civil y Comercial, Zavala de González postulaba como requisito la antijuridicidad de la conducta amenazante, ya que solo ante la ilicitud de tal comportamiento correspondía restringir una actividad.¹⁵¹ Por otra parte, la ilicitud debía ser sustancial, y no meramente formal, con lo cual no

¹⁴⁷ PAPAYANNIS (n.23) incluye en esta distinción en una tercera categoría intermedia: las acciones justificadas. Estas son aquellas conductas que *prima facie* son ilícitas y sin embargo concurre una causa de justificación que obsta a su antijuridicidad. Sin embargo, la incorrección de la acción u omisión no desaparece e incluso en muchos supuestos los daños causados por una acción injustificada son indemnizables.

¹⁴⁸ BUERES, Alberto J., La Antijuridicidad, en coord. Vallespinos, C.G., *Responsabilidad Civil, presupuestos*, Advocatus, Buenos Aires, 1997, pp. 32-53.

¹⁴⁹ Esta clasificación parte de la doctrina penalista, debiendo citarse en especial a Von Liszt, para quien la acción es formalmente antijurídica en tanto es una transgresión de una norma establecida por el Estado, existe y se expresa sólo a través de preceptos particulares que castigan las acciones respectivas, mientras que una acción es materialmente antijurídica en cuanto es contraria a la sociedad, sin necesidad de que se la declare mediante preceptos legales especiales. Sin embargo, cabe mencionar que la distinción no comporta adhesión unánime desde un aspecto terminológico e incluso es rechazada por posiciones de la doctrina que la consideran anticuada y superflua. DONNA, Edgardo A., *Derecho penal parte general. Tomo III: Teoría General del delito*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 22.

¹⁵⁰ Esta era la postura que venía sosteniéndose por un sector de la doctrina que entendían que el *alterum non laedere* era un principio inmanente del ordenamiento jurídico y su violación se incluía dentro de lo que se entendía como antijuridicidad material. A su vez, la Corte Suprema de la Nación de Argentina en el *leading case* “Santa Coloma” sobre el principio del *alterum non laedere* dijo que “la sentencia que desconoció a los padres de tres menores que fallecieron en un accidente ferroviario el derecho a una indemnización por daño material y redujo sustancialmente el resarcimiento del daño moral lesiona el principio del *alterum non laedere*; que tiene raíz constitucional —art. 19° de la Constitución Nacional— y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna” (CSJN en Santa Coloma, Luis Federico y otros c. E.F.A.).

¹⁵¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, La tutela inhibitoria contra daños, *RCyS*, 1, 1999.

obstaría al ejercicio de la tutela que hubiera una autorización administrativa previa a determinada actividad.¹⁵² Tal como se puso de relieve en el capítulo anterior, la posición de la antijuridicidad material fue la seguida por un importante sector de la doctrina.

Entiende Galdós que basta con la potencialidad del daño para que pueda ejercerse la acción preventiva, independientemente de que el acto sea lícito, con lo cual la antijuridicidad del acto sería una mera presunción de admisibilidad.¹⁵³ De manera similar, otros autores consideran que la antijuridicidad se define por el eventual efecto futuro que se pretende neutralizar (el cual debe ser previsible) y, además, debe tratarse de un daño no justificado (incluyendo el ejercicio regular de un derecho como causa de justificación). También consideran que, si el acto es ilegal, pero no tiene la potencialidad de causar el daño, no podría incoarse una acción como la preventiva.¹⁵⁴

Para el caso de la omisión y la cuestión acerca de si el art. 1710 inc. b es suficiente para imponer cualquier tipo de deber en cabeza de aquella persona que se encuentra facultada para evitar un perjuicio, cabe remitirse a las consideraciones realizadas en torno a la interpretación de la disposición en cuestión en los puntos anteriores. Igualmente, en congruencia con las ideas expuestas allí, podría abogarse por una interpretación sistemática de la disposición del art 1711, y considerar que, al estar posicionada de manera inmediata al 1710 sin ninguna otra diferenciación, en el caso que se interprete que las condiciones de aplicabilidad de la disposición están presentes, la acción preventiva será procedente. Simultáneamente, en los Fundamentos se ha indicado al hablar de los presupuestos de la acción preventiva (en concreto el de autoría) que: “puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior”.¹⁵⁵

Optar por un sentido de antijuridicidad material como presupuesto de la acción preventiva acarrea que toda consecuencia potencialmente dañosa pueda ser restringida a través de este tipo de tutela. Del mismo modo, implica que se puede exigir de toda persona la realización de una actividad en concreto para que evite un perjuicio cuando la omisión se encuentre injustificada conforme con las ideas expuestas al abordar las interpretaciones doctrinales sobre el art. 1710 inc. b. Así, se insiste en una noción de antijuridicidad material, pero adecuada a los supuestos de prevención, en los cuales el rasgo fundamental es que la acción u omisión susceptible de causar el daño no se encuentra justificada por el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad. La falta de antijuridicidad estaría dada entonces por la permisón de la conducta en el ordenamiento.¹⁵⁶ El ejercicio regular de un derecho no sería utilizado para entender que el abuso del derecho torna antijurídica la conducta, sino en sentido positivo, para que una actividad potencialmente dañosa, o una omisión, sea considerada justificada y, por ende, no habría

¹⁵² En esta misma línea, LLAMAS POMBO (n.13).

¹⁵³ GALDÓS, Jorge Mario, Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales. *La Ley Online*, AR/DOC/2479/2017

¹⁵⁴ AZAR y OSSOLA (n.127).

¹⁵⁵ ZANNONI, Eduardo A., MARIANI DE VIDAL, Marina, ZUNINO, Jorge O., SHINA, Fernando E., RAMOS, Gloria S., *Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del PEN*, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 461.

¹⁵⁶ FIORENZA (n.74).

antijuricidad. Si bien esta posición es plausible, igualmente podrían quedar casos de acciones justificadas, ejercidas regularmente, que, en determinado escenario, no obstante, sea mejor evitar frente a una amenaza concreta de daño.

Existe también una postura que se manifiesta en contra de considerar a la antijuricidad a partir del incumplimiento del deber genérico de prevenir impuesto por la ley. En cambio, esta requiere, para la configuración de este presupuesto, del incumplimiento de obligaciones especificadas de antemano (*v.g.* seguir cierto procedimiento o curso de acción o la adopción de medidas específicas).¹⁵⁷ De este modo, se asemejaría en este aspecto a la visión formal de la antijuricidad. El problema radica en que hablar de una antijuricidad formal no tiene sustento normativo de acuerdo con la definición de este presupuesto en el cuerpo legal.

En síntesis, lo cierto es que el concepto de antijuricidad brindado por el Código Civil y Comercial no se ajusta a una pretensión preventiva de daño, por requerir la producción de un menoscabo (que es lo que se busca evitar con la acción). Una noción de antijuricidad como una positivización del *alterum non laedere*, si bien funciona para los supuestos de responsabilidad en los que se pretende un resarcimiento o restablecimiento *ex post* de la situación dañosa, presenta dificultades para los casos de una tutela preventiva y más aún ante un deber genérico de la índole del estudiado en la presente investigación.¹⁵⁸

Tratándose de la acción preventiva de daño frente a omisiones antijurídicas, resulta sencillo determinar la procedencia de la pretensión cuando se hubieren establecido previamente deberes específicos de conducta en la legislación. También cuando se tratare de casos en los que tradicionalmente se reconoce la existencia de deberes positivos, como lo son los deberes de cuidado de los padres con los hijos, la obligación de alimentos, la obligación de seguridad en las relaciones de consumo, la del Estado de prestar un servicio adecuado y de mantener los bienes públicos en las condiciones adecuadas para que no se produzcan daños (*v.g.* calles sin baches, veredas, etc.) entre otros. Sin embargo, se torna difícil brindar una solución en abstracto cuando lo que se pretende es exigir de manera genérica la adopción de medidas para evitar un perjuicio a terceros (sea que la amenaza provenga de otras personas o de un caso fortuito), bajo el argumento de que su omisión resulta antijurídica y que hay un abuso del derecho del deber de abstenerse a actuar (con lo cual no concurriría una causa de justificación). De este modo, son válidas las observaciones realizadas en el capítulo II en torno a la interpretación del art. 1710 inc. b, las causas de justificación y las posibilidades que enfrenta el juez ante un caso concreto.

III.1.C. Relación de causalidad y previsibilidad

La norma bajo análisis alude a que la amenaza de daño debe ser “previsible”. Ello ha dado pie para que se señale, como otro de los requisitos de la acción, la

¹⁵⁷ Esta posición es la expresada en el Comentario al art. 1711, en el Código Civil Comentado de ALTERINI, Jorge H., dir., *Código Civil Comentado*, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2016.

¹⁵⁸ Es por esto por lo que, desde el derecho comparado, para un actor brasileño, la tutela inhibitoria debe prescindir del daño y lo que se busca es impedir la comisión, continuación o la repetición del ilícito. La tutela genuinamente preventiva no tiene nada que ver con la probabilidad del daño, sino con la probabilidad de un acto contrario a Derecho (el ilícito). MARINONI (n.30), p. 30. No obstante, a esta posición podría replicársele que el derecho de daños no funciona como una suerte de poder de policía descentralizado encargado de impedir la comisión de actos ilícitos y que ello socava con los argumentos esenciales en pos de la prevención los que atienden siempre a los beneficios de la evitación de un perjuicio en concreto.

existencia de un nexo causal entre la conducta que se quiere restringir o imponer y el daño que se pretende evitar de acuerdo con las reglas de la causalidad adecuada¹⁵⁹. Este criterio de imputación, consagrado en el art. 1726 del Código Civil y Comercial, ha sido el modelo seguido para calificar la relación causal en el ordenamiento argentino. Este “aquilata la adecuación de la causa en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece según lo indica la experiencia diaria en orden al curso ordinario de los acontecimientos”.¹⁶⁰

Lo central desde este modelo es la previsibilidad del resultado dañoso en función de lo que regularmente acontece, es decir, según las reglas de la experiencia. Dicho juicio de previsibilidad, en la acción preventiva, se realiza de manera objetiva, independientemente del agente o sujeto que controla la situación potencialmente dañina.

En general, este presupuesto no ha merecido demasiada atención en el análisis de la acción preventiva de daños. De la manera en la que ha sido definido el presente presupuesto por el legislador, se trata de una causalidad genérica fundada en reglas causales conocidas. A pesar de ello, y sin dejar de lado la doctrina de la causalidad adecuada como regla general, cabría analizar la posibilidad de que en ciertos supuestos se pueda determinar la relación entre una conducta u omisión con la inminencia o irracionalidad de una amenaza de daño que la haga altamente probable (casi cierta) desde un parámetro distinto al brindado por la previsibilidad (a partir de la experiencia); de manera que justifique una acción preventiva de daños, si es que no lo estuviere ya por la ilicitud de la conducta. En estas circunstancias, debe distinguirse según estemos ante supuestos de responsabilidad objetiva o por culpa. En el último caso, al igual que en el caso de conductas ilícitas, hay razones concluyentes para no llevarla a cabo, con lo cual no hace falta una alta probabilidad de daño para que la acción preventiva sea incoada.¹⁶¹ Distinto es el caso de actividades riesgosas en supuestos de responsabilidad objetiva. En ellas la probabilidad de daño debería ser muy alta para proscribir la conducta, ya que no hay una acción incorrecta previa que brinde sustento a la pretensión preventiva.

Sin embargo, resulta difícil extraer la noción de probabilidad sin predictibilidad, en tanto, para la primera como razonamiento inductivo la predictibilidad resulta inescapable. Cualquiera sea el caso, en un contexto de actividades nuevas o cuya magnitud dañosa no ha sido determinada aún, y tratándose de supuestos de responsabilidad objetiva, dicha probabilidad de daño debe ser extremadamente alta y estar lo suficientemente fundada en otros elementos que hagan predecible el daño.

Por otro lado, volviendo al deber genérico del art. 1710 inc. b, de acuerdo con lo que se ha detallado, no hace falta que la amenaza de daño le sea endilgada

¹⁵⁹ La teoría de la causalidad adecuada fue formulada por Von Kries entre 1886 y 1888. En el Código Civil de Vélez se regulaba la cuestión en los arts. 901° a 909° en la cual se determinaba como relevante la proximidad temporal entre los efectos de una acción y el hecho que se le imputaba como causa. Posteriormente la doctrina y jurisprudencia reinterpretaban las normas en función de la teoría de la causalidad adecuada.

¹⁶⁰ GOLDENBERG, Isidoro H., *La relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, 2° ed. ampliada y con actualización jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 23.

¹⁶¹ PAPAYANNIS, Diego M. *El derecho privado como cuestión pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

causalmente a la persona a la que se le exigen adopción de medidas. De todos modos, el análisis de este presupuesto implica que la conducta que se requiere debe ser idónea para evitar el acaecimiento del resultado dañoso interrumpiendo un curso causal dañoso. Sirve así para determinar quién es el tercero obligado cuya acción, causalmente, puede interrumpir el daño y para identificar cuáles son las medidas que previsiblemente impiden el perjuicio. La cuestión se complejiza ante la existencia de causas difusas y cuando son varios los sujetos que pueden evitar el curso dañoso con su actuar. De ahí que sea necesaria la concurrencia de los restantes presupuestos para delimitar al sujeto pasivo de la acción.

III.1.D. ¿Factor de atribución?

El factor de atribución consiste en el elemento valorativo o axiológico que en la responsabilidad civil clásica determina quién pagará el daño y por qué razón o título lo debe efectuar.¹⁶² Se distinguen, entre los factores de atribución, los subjetivos y los objetivos. Los primeros, concebidos al inicio de la teoría de la responsabilidad civil, implican el reproche subjetivo de la conducta que se realiza al sujeto que la ha provocado. Es decir, se basan en un análisis de imputabilidad y abarcan el dolo (actuar intencionalmente dañoso), y la culpa (actuar negligente o descuidado que ocasiona el daño). En los factores de atribución objetivos, en tanto, el eje de la cuestión no está en la culpabilidad del agente, sino en la causación del daño por un sujeto a través de una actividad riesgosa. En definitiva, mientras que para los factores de atribución subjetivos se valora especialmente la intención, en los objetivos se tiene en cuenta el resultado de la actividad.

El art. 1711 indica que no es necesaria la concurrencia de ningún factor de atribución. Esta es la posición de un importante sector de la doctrina, para quienes debía prescindirse de este presupuesto, ya que el acento de la pretensión preventiva está en la evitación del daño independientemente de la razón de su eventual producción.¹⁶³ Sin embargo, disiente con tal tesis, Pizarro, para quien lo razonable hubiese sido exigir la presencia de un factor objetivo de atribución, el que sostiene que por lo general está presente, ya que siempre es necesario algún motivo para el surgimiento de la obligación preventiva frente a menoscabos que el sujeto puede y debe impedir.¹⁶⁴ Frente a ello se señala que no debe confundirse entre la prueba de la probabilidad del daño (lo que trasunta por una cuestión causal) y la acreditación de un factor de atribución, que tiende a determinar el motivo por el cual se adjudica la responsabilidad civil. Igualmente, se subraya que la no exigencia de un factor de atribución resulta más favorable para la víctima potencial sobre quien recaería la prueba de tal presupuesto.¹⁶⁵

En este punto, conviene distinguir los casos en los que se quiere prohibir una actividad (tutela preventiva negativa), de aquellos en los cuales se pretende obligar al sujeto a realizar una conducta a los fines de evitar el daño (tutela preventiva positiva). En el primer caso, postular que no es necesaria la exigencia de ningún factor de atribución podría llevar a sostener que cualquier actividad puede ser vedada en aras de evitar un daño. Una interpretación como esa implicaría la

¹⁶² LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

¹⁶³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, (n.65); OSSOLA, Federico Alejandro, *Responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

¹⁶⁴ PIZARRO (n.71).

¹⁶⁵ SAGARGNA (n.139).

prohibición de cualquier actividad potencialmente lesiva incluso cuando esté permitida. Por este motivo, en principio, la no exigencia de un factor de atribución debería tomarse de acuerdo con las observaciones realizadas respecto a la antijuridicidad como presupuesto. Es decir, siempre y cuando se trate de una actividad ilícita o en la cual la posibilidad de daño torne irrazonable su realización. En esta dirección, Papayannis pondera que más allá de que formalmente no se exija un factor de atribución subjetivo, la acción preventiva tiene su ámbito de aplicación natural en los riesgos que, habida cuenta de todo, sean ilícitos, pues de lo contrario se estaría limitando la libertad de acción y conculcando los derechos del agente sobre quien se aplica la medida preventiva.¹⁶⁶

Además, si se analiza el factor de atribución en abstracto según cuál es la regla de responsabilidad que regula la conducta, es decir, si se trata de un supuesto de responsabilidad por culpa o de responsabilidad objetiva, se imponen las distinciones a las que se aludió al tratar el presupuesto de la antijuridicidad. Ello, en tanto los casos de responsabilidad por culpa presuponen que hay una acción incorrecta aún antes de que se manifieste el daño, ya que todos tenemos el deber de ser diligentes. En cambio, en los casos de responsabilidad objetiva la incorrección de la conducta se revela recién cuando se produce el menoscabo, y viene dada por la infracción del deber de no dañar con conductas riesgosas (lo que por definición aún no ha acontecido en la acción puramente preventiva).¹⁶⁷ Por lo tanto, y conforme con lo expuesto, no procedería la acción ante un supuesto de responsabilidad con un factor objetivo de atribución, salvo los casos de alta probabilidad de daño que excedan la contemplada por el legislador al permitir la acción.

Por otra parte, una cuestión distinta constituye el alcance de la tutela preventiva positiva, exigiendo que se tomen ciertas precauciones para evitar el daño. Muchas veces habrá una razón o juicio axiológico que le imponga determinado actuar a una persona en un contexto específico, sea el riesgo de la actividad (factor objetivo de atribución), o la existencia de una relación especial entre las partes (*v.g.* relaciones de familia, contractuales o de consumo). No obstante, mediante el art. 1710 inc. b puede obligarse a terceros, aun cuando el riesgo no provenga de una actividad de ellos o una conducta negligente de su parte, siempre con los alcances detallados anteriormente.

Al respecto, puede tomarse como referencia el art. 4°.103 de los PETL, en virtud del cual, bajo el título “deber de proteger a los demás de daños” se establecen ciertos criterios para tener en cuenta al analizar cuándo existe un deber de actuar:

(...) si así se establece legalmente, si quien actúa crea y controla una situación de peligro, si existe una especial relación entre las partes o si la gravedad del daño para una parte y la facilidad de evitarlo para la otra indican la existencia de tal deber.

Sobre esta disposición, en los comentarios de los principios se aclara que se opta por un fuerte compromiso en el sentido de que se evite que otra persona sufra daños cuando ello es posible sin esfuerzos posibles¹⁶⁸. El deber de actuar, entonces,

¹⁶⁶ PAPAYANNIS (n.9).

¹⁶⁷ PAPAYANNIS (n.161).

¹⁶⁸ Se indica que, de esta manera, y a pesar de la regla general que uno no tiene que ocuparse de la seguridad y bienestar de aquellas personas con las que no tiene una relación especial o respecto a las cuales no ejerce una función de supervisión, se siguen nuevas tendencias en el derecho

surge cuando se dan las condiciones descriptas en el texto del artículo: en el primer supuesto el deber nace solo en cabeza de la persona que lo genera o controla y, por ende, tiene a su cargo la obligación de adoptar medidas de seguridad adecuadas. También conforme al criterio de la facilidad de actuar, según los comentarios debe ponderarse que existe un serio indicio de que el comportamiento de una persona ha sido desde el principio “irrazonable” y, en consecuencia, culpable cuando la persona crea cierto riesgo y teniendo además la posibilidad de controlarlo fácilmente para evitar un daño a terceros.¹⁶⁹ Luego, respecto al segundo supuesto, los casos de relación especial, se indica el caso paradigmático de cuando existe entre las partes una relación contractual, dentro de la cual concurren ciertos deberes implícitos que derivan del principio de buena fe, los que también pueden surgir de manera previa en la etapa precontractual. Más allá de estos casos, en los comentarios de los principios se admite también la existencia de una relación especial en base a una relación fáctica o social que puede existir entre personas que se encuentran de manera fortuita, pero en una situación en la que tienen buenas razones para que una confíe en la otra o incluso se vea forzada a hacerlo.¹⁷⁰

Volviendo al ordenamiento argentino, si bien se indica que no es necesaria la concurrencia de un factor de atribución, resulta útil tomar en cuenta ciertos criterios axiológicos como los reseñados en los PETL para evaluar la existencia del deber de evitar daños. En el caso de que el sujeto hubiera creado y controlara una situación de peligro, este se trataría de un factor objetivo de atribución de responsabilidad. En las otras hipótesis puede considerarse que concurre un factor objetivo de garantía, o que esas circunstancias son las que imponen que la persona se conduzca con cierta diligencia y que adopte las medidas preventivas necesarias. Por lo demás, en los casos en que se ha hubieran establecido de manera específica ciertas obligaciones, la omisión de actuar sería antijurídica y, por ende, el juez podría compulsivamente obligar al sujeto a cumplir con la obligación sin tener necesidad de realizar un juicio de valor.¹⁷¹

Un último aspecto por considerar es la expresión del art. 1711 respecto a que la amenaza de daño debe provenir de una “acción u omisión”. Tradicionalmente se ha discutido acerca del alcance del concepto de “acción”. Se afirma que basta con un movimiento que refleje un mínimo de la personalidad del autor, aun cuando el acto sea involuntario; en cambio, para otros es necesario que el acto haya sido

moderno por las que se busca ampliar el campo de los deberes de actuar y de proteger los intereses de los demás. Dentro de estas tendencias se menciona la “responsabilidad basada en la confianza” la que se asienta en la idea de que es una violación al principio de buena fe, y en consecuencia una conducta antijurídica y culpable, tener conocimiento suficiente y no advertir o informar a otra persona que claramente confía en una percepción falsa o engañosa de los hechos o problemas relevantes. *Principios de Derecho de la Responsabilidad Civil, Texto y comentario* (n.93), p. 126-127.

¹⁶⁹ *Principios de Derecho de la Responsabilidad Civil* (n.93), p. 128.

¹⁷⁰ *Principios de Derecho de la Responsabilidad Civil* (n.93), p. 130. Véanse los ejemplos citados anteriormente del excursionista que pregunta al lugareño el camino más seguro para cruzar las montañas, el que advierte a otro de un peligro que no es consciente, el que llamara a una ambulancia, etc.

¹⁷¹ Distinta es la cuestión cuando ante el incumplimiento de dicha obligación se produjo el daño. En dicho supuesto nos moveríamos en la órbita de la responsabilidad y no en el de la prevención.

voluntario.¹⁷² Para que haya un acto voluntario, de acuerdo con el art. 259 del CCC, se requiere que este haya sido realizado con discernimiento, intención y libertad.¹⁷³ Bajo esta interpretación, se sigue que, si bien no hay actuación dañosa aún, pareciera que al menos debe haber una acción que haga previsible el daño. Es decir, tiene que haber una manifestación exterior que sea atribuible a un sujeto y de la cual se predica la amenaza, a su vez, dicha manifestación tiene que ser voluntaria.¹⁷⁴ En el caso de la omisión, también hay una situación exteriorizada que pone de relieve la necesidad de un deber de impedir el daño al sujeto pasivo de la pretensión. A pesar de ello, de acuerdo con el tenor del art. 1710 inc. b, no es necesario que esa situación que requiera de las medidas preventivas le sea imputable al sujeto frente a quien se dirige la acción. En este punto, debe destacarse que, aunque la situación generadora del deber no es necesaria que le sea atribuible causalmente al sujeto pasivo, es posible *a posteriori* analizar la conducta omisiva del sujeto frente a tal escenario fáctico y determinar si ella resulta reprochable o no de acuerdo con algunos de los criterios referidos. De tal manera, entonces, han quedado expuestos los presupuestos de la acción preventiva de daños legislada en el art. 1711 del CCC, habiéndose resaltado ciertas particularidades para el caso del art. 1710 inc. b. A continuación, queda analizar otras cuestiones de índole procesal relativas a la legitimación activa y pasiva de la acción.

III.2. Legitimación

III.2.A. Legitimación activa. Delimitación

De acuerdo con el art. 1712 del CCyC, están legitimados para incoar la acción quienes acrediten un “interés razonable” en la prevención del daño. Sin embargo, la terminología utilizada ha sido cuestionada por ser confusa e indeterminada aduciendo que habría sido preferible la expresión “interés subjetivo”.¹⁷⁵ Otros autores celebran la amplitud del vocablo, ya que, tratándose de prevenir el daño, se da mayor margen para la intervención jurisdiccional y se le otorga flexibilidad al juez para evaluar la naturaleza de dicho interés.¹⁷⁶

Los sujetos procesales que pueden ejercer la acción son:

- i. Aquellas personas que ostenten un interés individual (patrimonial o extrapatrimonial) en obtener una sentencia que reconozca su derecho a la prevención del daño, o que se ordene su cese o evite su agravamiento.

¹⁷² Expone la discusión CERUTTI, María del Carmen, *Derecho de Daños. Análisis de algunos problemas conceptuales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2011.

¹⁷³ El art. 257° del CCyC argentino dice que “el acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad que se manifiesta por un hecho exterior”.

¹⁷⁴ Sobre el papel residual de la voluntad en el derecho de daños Papayannis señala “En los contratos la voluntad es lo principal, y toda la normativa apunta a corregir aquellas situaciones en las que el poder de uno de los contratantes vulnera o condiciona, aun cuando sea parcialmente, la voluntad del otro. En el derecho de daños la voluntad juega un papel residual. Debemos reparar ciertos daños que causamos, no todos, independientemente de nuestra voluntad de causarlos”. PAPAYANNIS, Diego M., En torno a la teoría del derecho de daños, *RRCyS*, IX, 2007, pp. 23-34.

¹⁷⁵ WEINGARTEN, como se citó en DI BENEDETTO, Tomás Mario, La legitimación para interponer la acción preventiva, en dir. Peyrano, J.W., *La acción Preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 54.

¹⁷⁶ DI BENEDETTO (n.175), p. 55.

- ii. Quienes tengan un interés de incidencia colectiva (art. 14 inc. b del CCyC). Entre ellos, la doctrina distingue intereses individuales homogéneos (pluralidad de afectados por una misma causa) e intereses difusos (que recaen sobre bienes colectivos).¹⁷⁷ En ambos casos procedería la acción siempre que haya una amenaza de daño y se den los demás presupuestos analizados anteriormente. El *quid* estaría en determinar quiénes son los potenciales afectados del posible daño.¹⁷⁸ Para la defensa de los derechos de incidencia colectiva sirven las pautas dadas por el art. 43 de la Constitución Nacional argentina, en cuanto reconoce legitimación al afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley,¹⁷⁹ la que determinará los requisitos y formas de organización. También tendrá legitimación el Ministerio Público Fiscal, quien de acuerdo con su ley orgánica (27.148) tiene el deber de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

Tratándose de un interés individual homogéneo, mediante la jurisprudencia y doctrina se han ido sentando las bases para ejercer este tipo de pretensiones a través de las acciones de clase.¹⁸⁰ En el caso que nos ocupa, podría articularse una acción de clase preventiva permitiendo que una persona que se ve amenazada por un daño pueda incoar una pretensión de esta índole con efectos para todos

¹⁷⁷ AZAR, María José, Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión, *Derecho privado*, 1(2), 2012, pp. 241-280.

No obstante, debe destacarse que en la causa Halabi la CSJN hacía una clasificación tripartita distinguiendo entre: (i) derechos individuales, (ii) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y (iii) derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (Consid. 9). Según el Tribunal, los últimos dos tipos encuadran en la noción de derechos de incidencia colectiva receptada por el art. 43° de la Constitución Nacional. VERBIC, Francisco, Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos en el Código Civil y Comercial para la República Argentina, en *Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Aspectos Relevantes. Análisis Doctrinario*, ERREPAR, Buenos Aires, 2015, pp. 339 y ss. El art. 14° del anteproyecto del CCC receptaba dicha distinción, pero luego fue modificado por el actual art. 14° el que refiere únicamente a intereses individuales y de incidencia colectiva sin hacer ninguna aclaración.

¹⁷⁸ Debe señalarse que el concepto de afectado en los intereses de incidencia colectiva ha dado pie a numerosos debates doctrinales y que aún en la actualidad suscita diversas interpretaciones. Al respecto véase VERBIC, Francisco, Tutela colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia, *Revista Derecho Procesal*, número extraordinario, 2012, pp. 51-88.

¹⁷⁹ A pesar de que diga asociaciones, se entiende por vía de jurisprudencia que también están legitimadas las fundaciones que tiendan a esos fines.

¹⁸⁰ Cabe citar como piedra angular de los procesos colectivos en Argentina, la causa Halabi, Ernesto c/ P.E.N. en ella se hizo hincapié la idoneidad del representante y otros requisitos, como la precisa indicación del grupo afectado, la necesidad de que el planteo se enfoque en las cuestiones comunes y homogéneas a todo el grupo, la importancia de contar con un sistema de publicidad y notificaciones adecuado, y el derecho de los miembros del grupo a optar por salirse del proceso o bien participar como parte o contraparte. Ello fue reforzado en PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales". También la Acordada CSJN N° 12/2016 y su reglamentación. VERBIC, Francisco, El derecho argentino en materia de tutela colectiva de derechos y la influencia recibida del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, en *XXV Jornadas Iberoamericanas de Direito Processual y XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual*, JusPodivm, Salvador, 2018.

aquellos que se encuentran en la misma situación. En tanto es la misma causa (hay homogeneidad fáctica) y esta acción no tiene fines resarcitorios, incluso se esquivarían muchas de las discusiones que se producen en torno a este tipo de procesos colectivos respecto a la manera de resarcimiento, la prueba del daño (que varía en cada afectado) y la distribución de la indemnización. En definitiva, dado que no se busca reparar un menoscabo, sino impedirlo, la sentencia preventiva que trata de evitar un daño colectivo, sea ordenando la abstención de una conducta o imponiendo la adopción de medidas específicas, termina por beneficiar a todos los posibles afectados independientemente de que se hayan constituido como actores o no.¹⁸¹

Con respecto a las relaciones de consumo, la Ley n° 24.240 prevé específicamente en el art. 52 la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios como litisconsortes en las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, cuando los intereses de los consumidores resulten amenazados. Otra previsión en materia de consumo, ya en el marco de cesación del daño y con relación a los derechos de incidencia colectiva, se encuentra en el art. 1102, en el cual se les reconoce legitimación a los consumidores afectados o a “quienes resulten legitimados” para la cesación de la publicidad ilícita. Paralelamente, en función de la obligación de seguridad que imponen la ley 24.240 a los proveedores, pueden exigirse todo tipo de medidas para la evitación de perjuicios, incluso solicitando el retiro de los productos del mercado.¹⁸²

Debe subrayarse la importancia de la tutela preventiva cuando estén en juego intereses de incidencia colectiva, siendo la salud, el medio ambiente y el consumo campos propicios para la interposición de este tipo de acciones, sobre todo en lo que respecta a la exigencia de un deber positivo de conducta de evitación de un perjuicio.

¹⁸¹ Un ejemplo de la jurisprudencia argentina de un precedente judicial en el cual a través de un amparo se buscó prevenir un daño colectivo, es el fallo de 1998 “Viceconte Mariela C/ Ministerio de Salud y Acción Social” CN Cont. Adm. Fed., sentencia de 102/06/98, L.L. 1998-F-102, en el que se pretendía se tomen las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina. Partiendo de la premisa de que la vacuna no resultaba un negocio comercialmente redituable debido a que la enfermedad es exclusiva de nuestro país y que las personas afectadas no representan un número suficiente para ameritar los costos de las investigaciones necesarias, se condenó al Estado Nacional a hacerse cargo de la producción de la vacuna. Citado por VERBIC (n.178).

¹⁸² No pueden dejar de señalarse los artículos que incluía el Anteproyecto del Código Civil y Comercial que fueron suprimidos para no atentar contra las facultades legisladoras reservadas a las provincias. A pesar de su eliminación, pueden tenerse en cuenta, como parámetros, a falta de una legislación procesal correspondiente. El art. 1745 del Anteproyecto, para los casos de intereses colectivos, reconocía la legitimación al afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante; al Ministerio Público Fiscal, al Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos (en los términos del art. 43° de la CN), al Estado Nacional, a los Estados Provinciales, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los Estados municipales. Con respecto a los intereses individuales homogéneos, en el art 1746 del Anteproyecto se le reconocía legitimación al afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio al Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos (también en los términos del art. 43° de la CN). Como puede advertirse, la legitimación era más amplia para los casos de intereses colectivos que en los individuales homogéneos.

- iii. Entes públicos que tengan deberes de seguridad concretos en determinadas circunstancias. Normalmente, la Administración ejerce sus deberes de prevención a través de las potestades que le son conferidas en el ejercicio de su poder de policía (pudiendo ser responsable por omisión de control en el caso contrario). No obstante, podría darse el caso de que fuera necesaria una orden judicial a los fines de prohibir determinada actividad, por ejemplo, porque después de haber sido autorizada se revelara el peligro y la irrazonabilidad de la amenaza de daño que conlleva. Igualmente, podría ser que la Administración pretenda exigir de un particular un medicamento o alguna medida específica a los fines de la evitación de un perjuicio.

III.2.B. Legitimación pasiva. Delimitación. El “deber de no dañar” diferentes supuestos

- i. Administración Pública: los demandados principales serán las autoridades y las personas responsables en materia de seguridad. De manera tradicional, el Estado, en general, ha sido el destinatario natural en la mayoría de los mandatos preventivos dictados por los jueces de oficio en situaciones en las cuales se exigía la toma de medidas específicas para evitar un daño. Al respecto, un caso paradigmático ha sido “Mendoza Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios- CSJN 8/7/2008”, por daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo, en el cual se dispuso la creación de un órgano específico, el ACUMAR (Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo), que tiene dentro de sus objetivos la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción. Otro ejemplo lo constituye el precedente “Carrizo, Carlos Alberto y otro c/ Tejeda, Gustavo y Otra -30/3/2005”, en el cual se mantuvo la medida de prevención dispuesta consistente en una innovativa a los fines de que la administración concesionaria de una línea férrea tomara las medidas de seguridad pertinentes.

Cabe aclarar que sobre el Estado Nacional pesa la prevención en protección del conjunto de la sociedad, cometido para el cual cuenta con amplias facultades, las que ejerce conforme al poder de policía, y debiendo controlar que las distintas actividades se desenvuelvan con un margen de seguridad razonable. A los fines de determinar las obligaciones preventivas del Estado y los casos en que se le podría demandar en una acción preventiva, pueden trasladarse los lineamientos y parámetros brindados por la Corte Suprema de la Nación (CSJN) en el precedente judicial “Mosca”. De acuerdo con dicha resolución judicial se debe ponderar la naturaleza de la actividad, los medios que se disponen para el cumplimiento del servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de “previsibilidad” del daño. De ellos puede colegirse que los supuestos que legitiman la procedencia de una demandada preventiva en contra del Estado son numerosos, sobre todo en materia de salud, medio ambiente y consumo. No obstante, ello no implica que siempre que hay una amenaza de daño antijurídico deba ser el Estado quien interviene para evitarla.

De manera congruente, en el precedente referido la CSJN sostuvo: “La mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado nacional o provincial, no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual

ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”; y que “sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no solo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger”. Cabe preguntarse si tales parámetros valen también para acotar el art. 1710 inc. b, o si, por el contrario, la disposición viene a ensanchar los deberes preventivos del Estado.

Por otra parte, la Administración puede ser interpelada judicialmente, no solo para que tome medidas de seguridad o de control, sino también para que se abstenga de realizar una actividad en la cual interviene directamente. Sin embargo, en principio, no se podría iniciar un proceso preventivo contra actos lícitos del Estado, contrario a lo que ocurre con los casos de responsabilidad en los cuales se acepta que el Estado tenga la obligación de resarcir por hechos y actos administrativos legítimos.¹⁸³ Ello tiene sentido si se advierte la finalidad de la Administración en aras del bien común, lo que justifica el daño producido.

- ii. Particulares (personas físicas o jurídicas): Como se ha puesto de relieve, el art. 1710 instituye un deber para “toda persona”. Abarca así a todos los ciudadanos del Estado, no obstante, se considera que la obligación debe delimitarse conforme a ciertas reglas o criterios, tal como se apuntó en el capítulo anterior. En esta dirección, debe agregarse que, para restringir el umbral de los legitimados pasivos, se postula que el grado de exigencia con que se evalúa el deber de prevenir impuesto para los particulares no puede ser mayor que el empleado para el Estado. A su vez, no pueden exigirse a nadie deberes o sacrificios extraordinarios.¹⁸⁴

Por otra parte, la evitación del daño debe ser factible para quien se intenta obligar. La posibilidad de prevenir surge de las circunstancias en las que se encuentra el sujeto, debiendo estar la situación bajo su esfera de control. Nuevamente, cabe remitirse a las observaciones realizadas en el capítulo anterior al respecto y al tratar el factor de atribución. En general, puede decirse que el control de la situación por parte de un sujeto puede derivarse de que es él mismo quien la creó, o de que le compete directamente, ya que tenía deberes específicos de seguridad en los que habría incumplido, o bien porque está en mejores condiciones para prevenir que otro. También puede surgir por la especial relación de las partes o las expectativas generadas en un caso concreto.

Si bien, como ya se ha destacado, la doctrina aduce que no se pueden exigir “sacrificios extraordinarios”, estando en juego ciertos derechos, procede el deber de prevención aun cuando tal medida resulte antieconómica. Por ejemplo, en el

¹⁸³ Así, por ejemplo, no se podría intentar esta acción para impedir un acto de expropiación con utilidad pública.

¹⁸⁴ NICOLAU, Noemí Lidia, Prevención y cesación del daño. Reparación de los daños derivados de la omisión antijurídica y de la prevención exitosa, *Revista de Derecho de Daños*, 112, 2018, pp. 31-58.

caso del *recall* o retiro de productos del mercado por parte de una empresa.¹⁸⁵ En tales supuestos, por una falla actual o potencial, que involucra un peligro para el consumidor o usuario, la empresa que produce o que comercializa debe hacer un “llamado” a aquellos consumidores que hubiesen adquirido el producto nocivo a los fines de que lo devuelvan para su intervención o reparación, si esta fuera posible. Si bien, normalmente, una vez detectado el peligro la misma empresa voluntariamente hace el *recall* es el Estado quien se lo exige, podría darse el caso de que mediante una acción preventiva se le exija a una empresa el retiro del mercado de un producto cuando esta se negase a hacerlo. Otras veces, en cambio, el deber de prevención del daño queda satisfecho con el cumplimiento del deber de información de manera adecuada comunicando los riesgos del producto o sus efectos adversos.¹⁸⁶

Por otro lado, como ya se hizo referencia, Chamatropulos tomando de base el deber preventivo del art. 1710 inc. b refiere que los propietarios de una “inteligencia artificial” que tenga aptitud para prevenir daños (sin requerirse esfuerzos desmesurados) podrán ser legitimados pasivos de los planteos o acciones entabladas por aquellas personas que acrediten un interés razonable en la prevención del daño.¹⁸⁷ Dicho autor no dice nada acerca de si, una vez condenados a cumplir con tal obligación, los demandados tendrán o no derecho a algún tipo de compensación, si se equipararía a un supuesto de expropiación o si se podría requerir un reembolso de acuerdo con las reglas del enriquecimiento sin causa, tal como se establece en el inc. b *in fine* del artículo. No obstante, la propuesta resulta interesante, especialmente tras el contexto de pandemia y el desarrollo de las distintas vacunas en contra del virus COVID-19 y abre el debate acerca de la justificación de un deber de esta índole en un esquema liberal, sobre las que se presentarán algunas aproximaciones e ideas en el último capítulo de este trabajo. Otro supuesto problemático es la posibilidad de interponer una acción preventiva en contra de los buscadores de internet.¹⁸⁸ En este contexto, cabe preguntarse si puede prevenirse el daño causado por publicaciones en “la red”, obligando a los intermediarios a adoptar las medidas necesarias para evitar la causación del acto lesivo, o si acaso tal prevención importaría una censura previa, vedada por nuestra

¹⁸⁵ En Argentina, desde el año 2018 ha entrado en vigor el “Procedimiento sobre alerta y retiro de productos y servicios considerados potencialmente nocivos o peligrosos en el MERCOSUR” (conocido como el “Procedimiento”), que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico hacia finales de 2017, mediante la Resolución 808/2017 de la Secretaría de Comercio. Argentina junto con los restantes países del MERCOSUR participa en un ecosistema regional de *recalls* (SIAR o “Sistema Interamericano de Alertas Rápidas”), similar a otros ecosistemas de *recalls* ya existentes en el resto del mundo como el Global Recalls de la OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y el RAPEX de la Unión Europea.

¹⁸⁶ Al respecto el art. 1100 del Código Civil y Comercial establece que “El proveedor está obligado a suministrar información al, consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión”.

¹⁸⁷ CHAMATROPULOS (n.94).

¹⁸⁸ Algunos autores hablan de que habría un “*habeas internet* judicial preventivo”. Al respecto véase GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, La Corte Suprema de Justicia y el nacimiento jurisprudencial del Hábeas Internet, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 11, 2014, pp. 135-139.

Constitución.¹⁸⁹ A su vez, de admitirse dicha posibilidad, se debe dilucidar cuándo el contenido dañoso se encuentra dentro de la esfera de control de los buscadores y qué medidas se les puede exigir para su prevención.

También se ha propuesto la aplicación de la acción preventiva de daño en el derecho de la libre competencia, en el marco de aquellos casos que hubiere abuso de posición dominante para evitar que se produzcan, mantengan o agraven ciertos daños causados por ilícitos *antitrust*. En este caso, el legitimado pasivo sería el particular que detente tal posición y los entes públicos encargados de regular el mercado.¹⁹⁰

En definitiva, se presentan un sinnúmero de posibles escenarios y sujetos involucrados en la prevención del daño, habiendo realizado la doctrina diferentes interpretaciones tal como se expuso. En relación con la aplicación de la acción en un caso concreto y ante un sujeto determinado, la decisión variará de acuerdo con el contenido que el órgano jurisdiccional le otorgue al deber preventivo, conforme a las posturas interpretativas expuestas en el Capítulo II.

Por último, cabe observar que habrá muchos supuestos que pueden entenderse como englobados dentro del deber preventivo del art. 1710 inc. b pero, por la inminencia del daño que se tiene que evitar, no pueden ser exigidos mediante una acción judicial como la prevista en el art. 1711, la que supone para su procedencia que la conducta exigida sea material y jurídicamente posible al momento de iniciar la demanda. Así, en la vida cotidiana pueden presentarse situaciones en las que una persona sin demasiado esfuerzo está en posición de socorrer a alguien (por ejemplo, evitando una caída, auxiliándolo en caso de alguna dolencia, etc.) y que la inmediatez de la situación haga que lógicamente sea imposible exigir el cumplimiento del deber mediante la acción comentada. En estos supuestos, en todo caso, podría discutirse luego, si se produjo el daño, la posibilidad de endilgarle responsabilidad a quien omitió la ayuda que, como ya se aclaró, excede los propósitos de esta tesis.

En este capítulo se han detallado los presupuestos de la acción preventiva de daños, haciendo hincapié en su aplicación para el caso que se quisiera exigir el deber estipulado en el art. 1710 inc. b. Por otro lado, se han indicado ciertas cuestiones que hacen a la legitimación activa y pasiva de la acción preventiva, en especial en relación con el deber de evitar daños estudiado.

En el capítulo final, se efectuará un examen acerca de los modelos de justificación del deber de evitar el daño, evaluándose su rendimiento y conformidad con un esquema liberal. Por último, se ofrecerá una propuesta acerca del mayor potencial justificativo que posee una de estas estrategias.

IV. Hacia una justificación del deber de evitar el daño del art. 1710 inc. b. Breves reflexiones

¹⁸⁹ En el caso “Rodríguez, María Belén c/GOOGLE Inc.- daños y perjuicios” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cuestión acerca de la responsabilidad de los buscadores de Internet ha quedado relativamente solventada, por lo menos por el momento. Se entiende que los buscadores, en tanto intermediarios y no productores de contenidos, no son responsables, salvo que, debidamente notificados, no actúen con diligencia para bloquear el acceso –por su intermedio– a dichos contenidos y que el factor de atribución es subjetivo.

¹⁹⁰ TREVISÁN, Pablo, Acción preventiva y de Daños y Defensa de la Competencia, *RCCYC*, 2016.

Conforme con las interpretaciones que es posible asignar al art. 1710 inc. b y el deber contenido allí, cabe preguntarse si acaso se encuentra o no normativamente justificada la imposición de un deber de tal índole en el ordenamiento jurídico argentino. Dado que la temática es de gran complejidad y que en ella se abren múltiples relaciones con el campo de la filosofía política y de la ética, en el presente capítulo se expondrán meramente ciertas consideraciones, mereciendo el interrogante planteado de una profundización que excede con creces la extensión posible de este trabajo.

IV.1. Los deberes positivos de conducta, autonomía y liberalismo

IV.1.A. Deberes positivos de conducta: desde la ética al derecho positivo

En la literatura acerca de los deberes de conducta, se han esbozado distintas clasificaciones aludiendo a los deberes jurídicos y deberes éticos¹⁹¹ y a los deberes perfectos e imperfectos.¹⁹² A la vez, las corrientes filosóficas y éticas referidas a los deberes de conducta diferencian los deberes negativos de los positivos. Los primeros se configuran como categorías necesariamente correlativas a los derechos y representan obligaciones de no hacer que son generalmente fáciles de cumplir. Mientras que los deberes positivos, como su nombre lo indica, requieren de un actuar positivo de conducta por parte de un sujeto. Dicho actuar puede estar determinado de manera específica tanto en su objeto como sujeto, configurándose así deberes especiales. Otra alternativa es que la obligación de actuar provenga de un deber general de conducta, cuya exigibilidad moral (y con más razón jurídica) para algunos resulta discutida. Dentro de estas ideas surge en los estudios de filosofía moral el concepto de los deberes positivos generales de conducta los que según Garzón Valdés consisten en:

Aquellos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario(s), ni tampoco es resultado de algún tipo de relación contractual previa.¹⁹³

Este autor expone las críticas que se realizan a este tipo de deberes identificando ciertos puntos problemáticos que luego se encarga de resolver uno por uno.¹⁹⁴ En términos generales, podría decirse que las objeciones que se le hacen a este tipo

¹⁹¹ La diferencia entre deberes jurídicos y deberes éticos es de larga data, pudiendo remontarse a Kant, quien también se refería a deberes “del derecho” y de la “virtud”. Según Kant, los deberes jurídicos son aquellos para los cuales puede haber legislación externa, en el sentido de que su cumplimiento puede ser objeto de coacción. Lo que constituye en cada caso objeto de coacción es aquel comportamiento necesario para que el arbitrio de uno pueda conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal, pues es así como define Kant el derecho. Por el contrario, los deberes éticos incluyen también la motivación ética, es decir, la motivación por deber, que por su propia naturaleza no puede ser coaccionada. KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1994.

¹⁹² Se dice que los deberes son perfectos cuando a) su incumplimiento perjudica a los destinatarios de los mismos y b) estos últimos tienen derecho a exigir su cumplimiento. Esta distinción viene ya desde los estoicos, a ella se ha referido Kant (aunque en un sentido diverso) Stuart Mill y otros pensadores liberales. GONZÁLEZ, Ana Marta, Deberes (clasificaciones), en ed. González, A.L., *Diccionario de Filosofía*. Eunsa, Navarra, 2010, pp. 281-285.

¹⁹³ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Los deberes positivos generales y su fundamentación, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 3, 1986, p. 18.

¹⁹⁴ GARZÓN VALDÉS (n.193) agrupa en cinco puntos las objeciones que se realiza a este tipo de deberes, los que pueden verse en detalle en el trabajo citado, dentro de ellos destaca lo que la doctrina ética llama el dilema de Fishkin el cual es resuelto luego por el autor también.

de deberes giran en torno a tres consideraciones; a saber, la indeterminación de la persona sobre la que recae el deber (se trataría de deberes imperfectos), el vínculo causal entre la omisión y el daño que se pretende evitar con el cumplimiento del deber y la interferencia en la libertad de las personas que supone la imposición de un deber.

Confrontando la conceptualización brindada con algunas de las interpretaciones del deber de evitar el daño que se pueden atribuir al enunciado del art. 1710 inc. b (expuestas en el capítulo 2), se advierte la similitud entre los presupuestos de dicho deber con los deberes positivos de conducta. En efecto, tal como se puso de relieve, es factible entender que el deber se impone en general a cualquier sujeto sin atender a sus características especiales ni al tipo de relación con el destinatario. Y, concomitantemente, el beneficiario puede ser cualquier persona que esté en posición de sufrir un perjuicio cualquiera sea su origen. Ahora bien, si, como se destacó, la cuestión es debatida en el campo de la ética y la moral,¹⁹⁵ con mayor razón debiera serlo en el plano jurídico y de la coerción estatal. Su encaje en el discurso y práctica jurídica presenta desafíos adicionales. Por otro lado, debe señalarse que dentro de la discusión y la justificación de los deberes uno de los argumentos más relevantes es el que toma a la autonomía como un valor que sirve para limitar los deberes positivos de conducta.

Estas consideraciones se reflejan en los ideales políticos de la sociedad y en su manera de diseñar las instituciones. En este sentido, las exigencias a los individuos impuestas por el derecho positivo, dependerá del modelo de Estado en que se encuentren insertas, esto es, si este es liberal conservador, o más igualitario. Lo anterior exige ponderar cómo se piensa la libertad y la autonomía en cada uno de los modelos, y a su vez, cuáles son los deberes positivos de conducta que pueden imponérseles a los individuos en cada uno de ellos. Este paso es necesario para determinar luego los alcances de estos deberes en el derecho de daños, especialmente en la función preventiva.

IV.1.B. Los esquemas liberales y la imposición de deberes de conducta. Autonomía y el principio de daño

El liberalismo es un producto de la tradición filosófica occidental, específicamente de la modernidad. Bajo este término se asocian distintas posturas filosóficas y políticas que hacen imposible aludir a un único significado de "liberal". Según Vergara, el ideal político que se conoce como liberalismo clásico nació en la segunda mitad del siglo XVIII a partir de dos grandes doctrinas morales: el derecho

¹⁹⁵ A modo de ejemplo, la postura de GARZÓN VALDÉS (n.193) reseñada ha recibido distintas observaciones dentro de las que destacan las hechas por Bayón en (1986) respecto a la distinción entre daño y beneficio y la manera en que se determina el rol del sujeto activo del deber. Bayón suma otra característica: que esa persona sea la única en condiciones de prestar tal ayuda. Esto nos ayudara a determinar el rol de sujeto activo del deber. Para profundizar dicha discusión véase también: LAPORTA, Francisco, Algunos problemas de los deberes positivos generales (Observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés), *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 3, 1986, pp. 55-63, quien cuestiona sobre todo la noción de causa utilizada por Garzón Valdés; también véase GONZÁLEZ Lagier, Daniel y RÓDENAS, Ángeles, Los deberes positivos generales y el concepto de "causa", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007, pp. 103-109; y ALEMANY, Macario, Ricos y pobres: sobre el fundamento y alcance del deber de ayuda al prójimo, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38, 2015, pp. 160-188.

natural y el utilitarismo.¹⁹⁶ Por su parte, el liberalismo contemporáneo surge a finales del siglo XIX, con el tránsito de la sociedad burguesa y el capitalismo liberal a la sociedad de masas y el capitalismo organizado.

De este modo, la tradición liberal contemporánea aparece constantemente dividida en dos grandes líneas de pensamiento enfrentadas entre sí. Por un lado, el liberalismo conservador, cuyo objetivo principal es la defensa del libre mercado y de la propiedad privada, y por otro, el liberalismo igualitario, en el que se avala la posibilidad de redistribución de bienes y recursos de interferencias en las transacciones privadas, si ello es necesario para promover la igualdad entre los individuos.¹⁹⁷ Independientemente de la evolución histórica del liberalismo y de los dos movimientos contemporáneos antagónicos referidos, el autor señala que ambas corrientes toman como presupuesto básico la libertad individual a la cual le asignan un valor superlativo, a la vez que cada una acusa a la contraria de socavarla.

El término “libertad” ha sido muy controvertido y discutido en las coordenadas de la reflexión filosófica y política, a la vez, su conceptualización tiene incidencia en el modelo de Estado que se adopte, y en la forma en que este puede regular las conductas de los individuos. En esta dirección, uno de los discursos fundantes sobre el concepto de libertad ha sido el formulado por Isaiah Berlin con su distinción entre “libertad positiva” y “libertad negativa” en un ensayo titulado *Dos conceptos de libertad*.¹⁹⁸ La libertad negativa, responde a una idea de libertad como “no interferencia”, pero no cualquier interferencia, sino que refiere a que los individuos puedan perseguir sus fines sin ser impedidos por la coacción arbitraria de terceros. Mientras que la libertad positiva, es aquella por la cual las personas pueden alcanzar los fines que desean, y estos dependen de sí mismos y no de fuerzas exteriores, aunque para ello se debe contar con ciertos instrumentos. De este modo, se relaciona la idea de libertad positiva con la de autogobierno y realización. Aparentemente, pareciera que para Berlin es más importante la libertad negativa que la libertad positiva, ya que esta podría asociarse con los movimientos totalitarios y con corrientes perfeccionistas, según las coordenadas intelectuales en que fue presentada esta conferencia. Además, el autor señala que no podría legitimarse la existencia de sacrificios de libertad en aras de otros valores como la justicia, igualdad o amor por semejantes argumentando que un sacrificio no entraña un aumento de aquello que se sacrifica. De acuerdo con esta teoría, entonces, la libertad negativa sería una precondition de la libertad positiva, y en toda sociedad debe haber un espacio en donde se deje en paz a los individuos.

Por su parte, para Nino la fundamentación de la libertad de actuar como axiológicamente relevante tiene que estar en su relación particular con otro valor que nos permita identificar cuándo la libertad de ejecución es valiosa o no.¹⁹⁹ Este valor, según Nino, para cualquiera de las vertientes del liberalismo, es el de autonomía personal. El concepto moderno de autonomía se atribuye a Immanuel Kant, quien la define negativamente, como la independencia de la voluntad respecto

¹⁹⁶ VERGARA, Francisco, *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*, Alianza, Madrid, 1999.

¹⁹⁷ NINO, Carlos S., Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?, *Revista de Ciencia Política*, XII(1-2), 1990, pp. 19-44.

¹⁹⁸ BERLIN, Isaiah, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza, Madrid, 1996.

¹⁹⁹ NINO (n.197).

de los factores empíricos y, positivamente, como la determinación de la decisión mediante la mera forma de ley universal, de la que debe ser susceptible una máxima individual.²⁰⁰ Desde entonces, se han propuesto numerosas concepciones de autonomía, que varían según las ideas políticas y filosóficas a las que adscriben los autores.²⁰¹ Nino la conceptualiza como la posibilidad del individuo de actuar —no solo libremente— sino conforme a planes de vida e ideales personales que él se dé a sí mismo.²⁰² Por otra parte, la relación entre la autonomía personal y la libertad de acción no es una mera relación instrumental, sino de tipo constitutiva. Lo anterior nos exige analizar cuándo se ve afectada la autonomía del sujeto, la que externamente puede limitarse cuando al sujeto se le impide realizar una acción —interferencia negativa— o cuando se lo obliga a seguir determinada conducta —interferencia positiva—.

Al respecto, la importancia de la autonomía en el derecho de daños se remonta a John Stuart Mill, quien a partir de la formulación del *Harm Principle* (principio de daño)²⁰³ propugnó la tesis según la cual el derecho de daños deriva de los derechos de libertad y protege la autonomía de las personas. Esto implica entender que ser dañado supone estar en una condición en la que la experiencia de uno se separa de la propia voluntad, de modo tal que uno se aleja del contenido de su vida.²⁰⁴ Se afecta así la agencia del individuo, afectación que puede verse de manera clara en los casos en los que el bien lesionado es la integridad física.²⁰⁵ De manera similar, Joseph Raz, al explicar el principio de daño sostiene que dañar a una persona disminuye sus prospectos y afecta de manera adversa sus posibilidades, socavando directamente su autonomía al privarlo de opciones.²⁰⁶ Según un concepto de autonomía en el que esta radica en la facultad de las personas de elegir entre varias opciones valiosas para realizar sus planes o proyectos de vida, con lo cual, las acciones dañosas representan una defección a dicha idealidad, y morigeran el sentido moral que las haría valiosas.

El principio de daño ha sido la base también para la articulación del derecho penal liberal y la doctrina de que no hay delitos sin víctimas, buscando limitar la interferencia estatal, y así defender la autonomía de las personas al tiempo que se rechaza el paternalismo y perfeccionismo. A pesar de los problemas de vaguedad y laxitud que presenta, este principio sirve como una guía respecto a ciertas conductas que no pueden perseguirse por la vía de la coerción legal, aunque ello no equivalga a su aprobación moral o prudencial.²⁰⁷

²⁰⁰ KANT (n.191).

²⁰¹ Las diferencias en cómo concebir la autonomía y sus principios según uno y otro autor se irán aclarando en el desarrollo del capítulo.

²⁰² NINO (n.197).

²⁰³ MILL, John Stuart, *On Liberty*, en *Three Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1975. De acuerdo con este el único propósito por el cual el poder puede ser correctamente ejercido sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada en contra de su voluntad es para prevenir el daño a otros.

²⁰⁴ KEATING (n.20).

²⁰⁵ En otros casos, a pesar de que es más difícil vislumbrar la conexión entre autonomía y daño, por ejemplo, los que recaen sobre intereses patrimoniales, la relación vendría dada por el reconocimiento que le otorgan otras leyes, como por ejemplo para los contratos. En estos el derecho de daño sirve como herramienta para proteger los acuerdos contractuales y de propiedad que las partes han establecido libremente, fijando también deberes de no interferencia. KEATING (n.20), p. 336.

²⁰⁶ RAZ, Joseph, *The morality of freedom*, Oxford University Press, New York, 1986.

²⁰⁷ FARRELL, Martín D., *El derecho liberal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Con respecto a los deberes positivos de conducta y su imposición coercitiva, no está clara la posición de Mill sobre este punto, proponiendo sus comentaristas distintas interpretaciones del principio de daño para ello. De acuerdo con una interpretación estricta, se entiende que la conducta debe ser intrínsecamente dañosa y que no basta con que la interferencia legal prevenga el daño a otros. Es decir, según esta construcción del principio de daño, la libertad de acción de un individuo debería ser *prima facie* interferida sí y solo sí su conducta es dañosa para otros. Es la propia conducta dañosa la que debe ser limitada y no alguna consecuencia posterior que se siga de ella.²⁰⁸ Desde una posición amplia, en tanto, se sostiene que, si bien la libertad solo puede restringirse con el propósito de prevenir el daño respecto de otras personas, la conducta que se interfiere no necesita ser considerada dañosa en sí misma para otros, y la cooperación y demás requerimientos de actuar se encuentran justificados en el argumento de que con ellos se ayuda a impedir un daño a otros.²⁰⁹

Es evidente que la posición estricta permite muy pocos supuestos de daños por omisión. Farrell se enrola en ella, ya que entiende que es la interpretación que mejor se ajusta exegéticamente al mentado principio.²¹⁰ El autor sugiere que, a pesar de que Mill acepta algunos ejemplos de casos en los que se daña por omisión y admite la existencia de algunos deberes positivos, estos se tratan de casos muy excepcionales y que la regla *On Liberty* es que el daño se identifica con el daño por acción. En suma, los deberes usualmente serían negativos de abstenernos de dañar por acción y, de manera excepcional, se aceptarían deberes positivos que eviten el daño por omisión.²¹¹ Aquí se vuelve sobre el problema que tienen los deberes positivos y las omisiones, por un lado, desde el aspecto causal, y, por el otro, en la determinación de los límites de qué es lo que puede requerirse a una persona que haga en beneficio de otra sin violar el principio milliano.²¹²

Por su parte, Feinberg se ha ocupado específicamente de las omisiones, y las califica poniendo de relieve dos cuestiones sobre ellas:²¹³ 1) la ausencia de peligro, pérdida, o inconveniente en el actuar, y 2) el hecho de que exista o no una relación especial entre quien ayuda y el ayudado. También enumera ciertas condiciones que sirven para establecer cuando un sujeto debe actuar y llega a la conclusión que un sujeto "A" tiene un deber especial de realizar una conducta a favor de "B" en virtud de su trabajo, o de su relación especial con "B", o si hubiera un acuerdo previo entre ellos, o una promesa, o cuando de alguna manera existe un requerimiento moral de que la gente en posición de "A" realice tal conducta. La última circunstancia es la única que no requiere de una situación especial y aun así Feinberg la limita agregando que un deber moral de ser un buen samaritano y de prestar auxilio debe existir solo en aquellas situaciones en las que la parte amenazada se encuentra en peligro inmediato de daño a la vida o a la integridad física, como algo opuesto a otros daños o inconvenientes. De igual manera, es

²⁰⁸ BUCHANAN, como se citó en FARRELL (n.207), p. 156.

²⁰⁹ FARRELL (n.207).

²¹⁰ FARRELL (n.207). Para Farrell el concepto de libertad que defiende Mill es el de libertad negativa, dejando a salvo los casos excepcionales de deberes positivos de conducta.

²¹¹ FARRELL (n.207).

²¹² En referencias bibliográficas se encuentra tal límite en la autonomía. SKORUSKI, como se citó en FARRELL (n.207), aunque esta sería una autonomía circumscripita al ejercicio de una libertad negativa.

²¹³ FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, Oxford University Press, Oxford, 1984.

preciso que ninguna otra persona tenga una relación especial con el que se encuentre en peligro y que tampoco la víctima se pueda ayudar a ella misma. Farrell adhiere a tal postura restringida, aunque clarifica que los recaudos descriptos son satisfactorios solo cuando estén complementados con una política impositiva que redistribuya la riqueza, toda vez que, sin una política de esta índole, las condiciones detalladas anteriormente resultarían insuficientes.²¹⁴ De este modo, el autor considera que el principio de daño permite únicamente la coerción frente al daño por acción y solo excepcionalmente ante las omisiones exigiendo una conducta. No obstante, postula que tal principio no es suficiente para el liberalismo, sino que debe ser complementado con el principio de libertad positiva, que se logra mediante un Estado liberal que garantice a todos sus ciudadanos un mínimo de recursos para llevar a cabo sus planes de vida, mediante impuestos redistributivos. De manera similar, Nino plantea que, para las corrientes liberales igualitarias, la falta de recursos es también limitativa de la libertad de actuar, por lo que, aun cuando a primera vista suele pensarse que las condiciones de índole negativa que favorecen la acción tienen prioridad valorativa sobre las positivas (con lo cual serían constitutivas de la libertad de acción defendida por el liberalismo), antes incluso de ponderar las interferencias negativas en la vida de las personas debe garantizarse, en primer lugar, un piso mínimo de acceso a los bienes primarios.²¹⁵ La diferencia es que Nino no considera la excepcionalidad de los deberes positivos de conducta. Desde su punto de vista, independientemente del tipo de interferencia de que se trate, lo fundamental que se debe tener en cuenta a la hora de analizar si la libertad de los individuos se ve o no afectada en una determinada situación, radica en el concepto de autonomía, y en su incremento o no a costa de una menor autonomía de los otros. Es decir, en definitiva, lo que evalúa este autor para analizar qué conductas son constitutivas de la libertad de acción de las personas, no depende de si las interferencias coercitivas son positivas o negativas, sino de cuánto se restringe la autonomía del sujeto al que se le exige determinado actuar y cuánto se incrementa en la persona a favor de quien se realiza la actividad. Por su parte, desde la teoría rawlsiana, los principios de justicia tienen como eje la estructura básica de la sociedad y su aplicación está prevista para las instituciones, y no para las personas y las relaciones de los individuos entre sí. A pesar de ello, en *Teoría de la Justicia* al hablar sobre los deberes, Rawls se refiere a las conductas supererogatorias, sobre las que aclara que, si bien no son exigibles, deberían serlo cuando no existen riesgos o pérdidas para el propio agente.²¹⁶ Además, alude al principio de ayuda mutua, que debería ser reclamado siempre que no implique grandes riesgos y sacrificios para el agente, añadiendo que: "acciones supererogatorias son aquellas que constituirían deberes si no se diesen determinadas condiciones eximentes, relacionadas con un autointerés razonable".²¹⁷ Rawls considera que la cuestión podría ser resuelta en la situación original, ya que a la larga todos podríamos salir ganando en circunstancias similares. También, reconoce la importancia de estos deberes para la vida en sociedad, no por el balance estricto de beneficios que esta ayuda implica, sino por el sentido de seguridad y confianza en las buenas intenciones de otras personas. Incluso, admite

²¹⁴ FARRELL (n.207).

²¹⁵ NINO (n.197).

²¹⁶ RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000.

²¹⁷ RAWLS (n.216), p. 118.

que si se imaginara una sociedad en la que nadie tiene el deseo de actuar según estos deberes de ayuda, tal circunstancia expresaría una indiferencia o desdén que haría imposible el sentido de nuestra propia vida. No obstante, el propio Rawls alude a la diferencia entre deberes positivos y negativos priorizando los últimos en los siguientes términos:

El primero de estos deberes, el de ayuda mutua, es un deber positivo en tanto que es el deber de hacer algo bueno por otro, mientras que los dos últimos son negativos en tanto que nos exigen no hacer algo que sea malo. La distinción entre deberes positivos y negativos es en muchos casos intuitivamente clara, aunque a menudo es difícil. No pondré mayor énfasis en ella. La distinción es importante únicamente en conexión con el problema de la prioridad, ya que parece plausible sostener que, cuando es clara, los deberes negativos tienen más valor que los positivos.²¹⁸

Dados los problemas que conllevan este tipo de deberes para su especificación más detallada, y los conflictos que se pueden producir entre ellos y otro tipo de deberes y obligaciones, insiste en que únicamente se ocupará de la estructura básica.²¹⁹

A modo de resumen, el abordaje de los deberes positivos de conducta desde el liberalismo depende básicamente de la corriente liberal adoptada. Para el liberalismo conservador no sería legítima la imposición de este tipo de deberes, dado que importarían una interferencia positiva en la libertad de los sujetos. Desde el liberalismo igualitario, por su parte, la cuestión no es tan clara. Para Farrell, lo principal es asegurar una redistribución de bienes primarios, y luego, solo excepcionalmente, serían admitidos los deberes positivos, lo que restringiría los supuestos admitidos en el art. 1710 inc. b. En un modelo como el de Nino su justificación dependerá del grado en que se salvaguarda la autonomía del sujeto asistido y en el que se afecta la del sujeto sobre el que pesa el deber de actuación. Por su parte, el esquema rawlsiano no se ocupa de dar respuesta a esta pregunta, al menos en el plano de las relaciones individuales, ya que su objetivo es la aplicación de los principios de justicia en las instituciones, por lo que se centra en los derechos y obligaciones de los individuos ante el Estado.

IV.1.C. El esquema liberal argentino

La norma principal para la interpretación del ordenamiento jurídico argentino en clave liberal,²²⁰ señala Gargarella, se encuentra en el art. 19 de la Constitución

²¹⁸ RAWLS (n.216), p. 115.

²¹⁹ Rawls sí trata el deber de asistencia, pero pensando en la asistencia entre los pueblos en su libro *The Law of the People*, en el que concretamente trata el deber de asistencia hacia esas sociedades marginales afectadas por condiciones desfavorables tanto humanas como económicas. RAWLS, John, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, 2002.

²²⁰ Señala Nino que el modelo de sociedad abierta o democrática liberal se impuso en la práctica constitucional argentina desde su conformación en 1810, manteniéndose en el pensamiento de la generación de 1837, la Constitución de 1853; en el pensamiento socioeconómico que acompañó a la Organización Nacional; el sufragio universal y sin fraudes a partir de 1912 y en el pensamiento de quienes impulsaron el proceso de transición democrática a partir de 1983. Ello, a pesar de que el modelo haya tenido ciertos déficits desde su inicio, que se debieron a la incidencia de intereses de grupos que se ampararon en ese pensamiento, y a la confusión provocada por el intento de combinar el ideario liberal con enfoques antagónicos. Los déficits según Nino son el federal, el democrático, el referido a la autonomía personal y el social. Habría así un dualismo entre los partidarios de una sociedad abierta, respetuosa de los derechos individuales y de los procedimientos democráticos, y los adherentes a un modelo de sociedad cerrada, fundada en la

Nacional.²²¹ Ello ha motivado que incluso se refiera a tal disposición como la más importante de la Constitución Nacional o que se la conciba como “la quintaesencia de un Estado liberal de derecho”.²²²

Es en el art. 19 que se apoyó la interpretación de la Corte del *alterum non laedere*. A pesar de ello, según sostienen Papayannis y Juárez Ferrer, la disposición no es condición necesaria ni suficiente del deber de no dañar.²²³ Aun así, destacan su relevancia al permitir interpretaciones como las realizadas por la CSJN en los precedentes “Gunther”, “Santa Coloma” y “Luján”, y al ofrecer una fuente normativa dotada de autoridad para ser invocada por los operadores jurídicos a futuro.

En esta instancia, el gran interrogante que cabe hacer en lo que respecta al tópico del presente trabajo es qué ocurre con el daño por omisión con arreglo al art. 19 de la Constitución. Según Roberto Gargarella, el art. 19 consagra constitucionalmente el principio de daño milleano como criterio-guía para la regulación de las conductas.²²⁴ Si aunamos tal idea con lo desarrollado anteriormente sobre tal principio, el resultado será que, si se adscribe a una interpretación estricta del art. 1710 inc. b, los deberes de evitar un daño que se exijan por esta disposición a los sujetos particulares deberían ser para casos excepcionales, de lo contrario, una solución que demande mayores deberes de conducta sería inconstitucional.

Lo que no puede hacerse, desde el liberalismo por lo menos, es caer en justificaciones que apelen a la necesidad de desarrollar virtudes morales de las personas en la asistencia por el prójimo, ya que sería inconsistente con el principio liberal más específico de autonomía personal que proscribiera interferir con la libre elección de ideales de excelencia personal y excluye el perfeccionismo.

Aun así, siempre queda latente la posibilidad de una interpretación amplia del principio de daño y del art. 19, o una que, dejando de lado tales consideraciones, se centre en la autonomía personal consagrada en dicho artículo, y luego se tome en cuenta la maximización de este valor como parámetro para establecer cuáles son los deberes que pueden exigirse invocando el art. 1710 inc. b. No obstante, aun cuando se acuda a la maximización de la autonomía como valor que justifique la

tradición, el status, y el predominio de corporaciones. Paralelamente, en los hechos, no puede decirse que el esquema argentino sea completamente liberal, ni que se cumplan con los principios de justicia rawlsiano. NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2013. Acerca de las deficiencias liberales en la Argentina. Véase SELEME, Hugo, Argentina y el Liberalismo Ausente, en Del Valle Piccardo, I., González Bertomeu, J., Seleme, H. y Ansolabehere, K., *Argentina: la lucha judicial por la democracia y los derechos humanos*. Tyrant lo Blanch, México, 2017, pp. 25-56.

²²¹ GARGARELLA, Roberto, ¿Cómo interpretar e art. 19 de la Constitución argentina? Entre el sueño y la pesadilla de John Stuart Mill, en coords. Gargarella, R., Iosa, J., Álvarez Medina, S., *Acciones privadas y Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, pp. 109-132.

²²² PARMIGIANI, Matías, Autonomía, autorreferencialidad y esfera privada: Una crítica a la interpretación de C. S. Nino del artículo 19 de la Constitución Nacional, en coords. Gargarella, R., Iosa, J., Álvarez Medina, S., *Acciones privadas y Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 209.

²²³ JUÁREZ FERRER, Martín y PAPAYANNIS, Diego M., El derecho a la reparación integral como exigencia del art. 19 de la Constitución Nacional. Un análisis del derecho de no dañar, en coords. Gargarella, R., Iosa, J., Álvarez Medina, S., *Acciones privadas y Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 609-632. Los autores señalan, también, que tampoco el hecho de que luego esté reconocido en el CCyC implica su existencia, ya que esta dependerá luego del uso que hagan los participantes de este texto. Lo mismo puede decirse entonces acerca del deber de evitar el daño analizando la actitud de los particulares y operadores jurídicos para con este deber.

²²⁴ GARGARELLA (n.221).

imposición de deberes positivos, Nino destaca que no debe pensarse a esta meramente como un valor agregativo, sino que debe conjugarse con el principio de separabilidad de la persona, que deriva de la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, y que prohíbe tratar a los individuos solo como meros medios y no como fines en sí mismos.²²⁵ Conforme a este razonamiento, no se puede disminuir la autonomía de la que goza una persona por la sola razón de que así se incrementa la autonomía gozada por otros. Esto implica que no pueden hacerse cálculos utilitaristas y compensaciones interpersonales entre beneficios y perjuicios, en tanto, el sistema de derechos que nuestra Constitución consagra responde decididamente a una concepción centrada en los individuos y no en entes colectivos.²²⁶ Con relación a las omisiones y su diferencia con las acciones, Nino indica que, aun cuando intuitivamente (como parte de la moral positiva de una sociedad), se tienda a pensar que una omisión no puede ser causa de daño, el liberalismo asume que cualquier práctica o convención social está sujeta a crítica; por lo tanto, no necesariamente por el hecho de que esta pauta sea parte de la moral positiva de una sociedad, debe ser aceptada.²²⁷

Como corolario, Nino propone una segunda versión del principio de separabilidad e inviolabilidad de la persona por el cual se admiten ciertas restricciones en la autonomía de los sujetos con la imposición de deberes positivos. Esto es así, siempre y cuando, no se reduzca la autonomía del afectado a niveles inferiores a la de otros, y redunden en un incremento de este valor, en gente menos autónoma que aquella a la que se le reduce. Se basa en una aplicación del principio de diferencia rawlsiano y propone “aumentar siempre la autonomía de los menos autónomos”.²²⁸

De esta manera, para la determinación de los deberes que se le pueden imponer al individuo en particular en una disposición como el art. 1710 inc. b, resulta necesario analizar el grado de autonomía que se salvaguarda de la víctima potencial, y cómo se ve afectada la autonomía del sujeto obligado, evitando que se incurra en una instrumentalización de este último, de acuerdo con la reformulación del principio de separabilidad. Será preciso determinar, entonces, qué deberes constituyen interferencias que afectan la autonomía del sujeto pasivo y en qué grado. Con ello, para un caso concreto, además de los problemas interpretativos apuntados en el segundo capítulo según los términos de la disposición, ahora se requerirá del juez que pondere en qué medida se limita la autonomía del obligado.

Por otro lado, Nino entiende que además de los ideales de autonomía personal, confluyen en nuestra Constitución otra tríada como los de fraternidad, igualdad y democracia, que ha sido presentada como en tensión con el liberalismo, pero resoluble. Específicamente, el ideal de igualdad estima que es absorbido con éxito a partir de la aceptación de deberes positivos de conducta para ampliar la autonomía

²²⁵ NINO (n.220).

²²⁶ Distinto es el caso cuando el mismo sujeto asume el deber, aquí NINO (n.219) concibe otro principio, el de la dignidad humana, por el cual deben ser admisibles las restricciones a la autonomía, en pos de la autonomía de otros, cuando la restricción hubiera sido consentida por el afectado.

²²⁷ NINO (n.220).

²²⁸ NINO (n.220), p. 205.

de aquellos “menos autónomos”, de manera que los “derechos sociales” parecen la extensión natural de los derechos individuales clásicos.²²⁹

Sin embargo, se debe recordar que el art. 1710 inc. b tiene una legitimación pasiva amplia, y, a diferencia de los derechos sociales reconocidos en la Constitución Nacional argentina, su imposición no se limita al Estado, sino también a los particulares. Ya no se trata de ciertas condiciones que debe brindar el Estado directamente para que los individuos puedan realizar sus planes de vida, sino que se legitiman reclamos entre los sujetos particulares entre sí. Nino parece tener la respuesta a partir de la eliminación de las diferencias entre el daño por omisión y por acción y, a su vez, con la reformulación del principio de separabilidad e inviolabilidad de la persona. No obstante, puede argumentarse que tal reformulación no se ajusta a la segunda formulación del imperativo kantiano, al igual que es cuestionable que el principio de diferencia sirva como criterio distributivo de la autonomía. Puede razonarse así que cualquier restricción, por más “leve” que se infrinja en el sujeto a quien se le impone la conducta, resulta una instrumentalización de este y es incompatible con los principios del liberalismo. Además, las exigencias de ayuda al prójimo conllevan el riesgo de caer en tendencias perfeccionistas de virtuosidad moral. De esta manera, y desde esta visión de lo que implica un esquema liberal, las soluciones para salvaguardar la autonomía de las personas frente a un perjuicio potencial por causas ajenas a quien se le requiere una acción no pueden ser brindadas por el derecho de daños con la imposición de deberes generales de conducta, sino que la cuestión debiera ser resuelta de manera previa en la distribución de los bienes primarios y en el marco de las instituciones a partir de las políticas impositivas y de asistencia por parte del Estado. Esta construcción es la que mejor se ajusta a una interpretación estricta del principio de daño y a los ideales de neutralidad del Estado liberal.

Lo antedicho coincide también con las críticas que se hacen desde el liberalismo a enfoques humanistas que postulan la existencia de deberes morales de asistencia en cabeza de todas las personas para con aquellos individuos necesitados en sus capacidades, o bien sobre aquellas tesis que plantean que, ante la necesidad de las personas de obtener un bien, quienes se encuentren en posición de ayudarlos a un costo razonable deben hacerlo²³⁰. Precisamente, Montero, luego de hacer una reconstrucción general de las premisas normativas de corrientes humanistas, pone de relieve lo difícil que resulta determinar qué implica o qué significa “costo razonable” y la ausencia de criterios para establecerlo.²³¹ Tal dificultad deviene para el autor en una imposibilidad del humanismo para guiar la conducta o las acciones de las personas. En segundo lugar, y en relación con lo expuesto anteriormente, destaca que la afirmación de que se deben promover los intereses ajenos, porque son importantes y se está en posición de ayudar, infringe el principio de

²²⁹ NINO (n.220), p. 211.

²³⁰ Montero engloba dentro de las posturas humanistas la de Martha Nussbaum, Amartya Sen, Buchanan, Beitz y Pogge entre otros. MONTERO, Julio, *Human Rights as Human Independence: A Constructive Interpretation*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2022.

²³¹ MONTERO (n.230). El autor, pone el ejemplo de que podría verse razonable o no el hecho de que alguien tenga que vender su auto o computador para ayudar a quienes tienen hambre.

separabilidad de la persona y el postulado que cada persona tiene un valor intrínseco²³².

A pesar de esto último, debe destacarse que para posturas como la de Nussbaum lo central no es la autonomía, sino la dignidad humana, concepto que, según la autora, finca en las capacidades definidas como “aquello que las personas son efectivamente capaces de hacer y ser, según una idea intuitiva de lo que es una vida acorde con la dignidad del ser humano”²³³ y desde las cuales puede plantearse un mínimo social básico y universal de justicia. Es decir, la clave no está en la autonomía o la libertad (si bien presentes en la capacidad de individualidad) sino en la dignidad humana, la cual depende de la lista de capacidades que serían requisitos básicos para una vida digna.²³⁴ De esta manera, puede justificarse el art 1710 inc b, por lo menos para los casos en los que se encuentre en juego bienes de las personas que hacen a sus capacidades o derechos humanos. Sin embargo, una justificación de tal índole escapa de los principios del liberalismo, que desde una visión centrada solo en las instituciones o en la interpretación estricta del principio milliano pareciera que no puede dar cuenta del deber impuesto en el art. 1710 inc. b.

Cabe mencionar que el Código Civil y Comercial en el capítulo tercero de “los derechos y actos personalísimos”, hace especial referencia a la dignidad humana, aunque sin conceptualizarla. El art. 51 establece la “Inviolabilidad de la persona humana” y el derecho en cualquier circunstancia “al reconocimiento y respeto de su dignidad”. Por su parte, el art. 52 remite al derecho de daños y a la posibilidad de reclamar la reparación o prevención de acuerdo con lo dispuesto por Libro Tercero, Título V, Capítulo I, cuando la persona se sienta “lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal”. Es posible, entonces, preguntarse si esa dignidad humana plasmada en el Código Civil y Comercial responde a una concepción liberal o una humanista, y cuál resulta acorde con el ordenamiento argentino.

Por lo pronto, se avizoran dos maneras de conciliar los ideales de autonomía de la Constitución Nacional con el art. 1710 inc. b, disposición que impone deberes de conducta en general. Una de ellas proponiendo una norma más limitada en sus supuestos de aplicación y congruente con la interpretación restrictiva del principio de daño. La otra, en tanto, se construye a partir de la posición de Nino como fue expuesta, en la cual el principio de separabilidad de la persona se ve atemperado, además de la consideración de todas aquellas normas que hacen valores como la

²³² Según MONTERO (n.230), por tales críticas es que el humanismo enfrenta el dilema fatal entre renunciar a los deberes positivos de derechos humanos como obligaciones, lo que no parece engastar con los elementos propios de su doctrina; u otra posibilidad, que conciben los obligaciones positivas de ayuda como deberes imperfectos, solución que también tendría un costo elevado, en tanto, los deberes imperfectos son comúnmente relegados como menos coercitivos y al no ser correlativos no queda especificado quién debe cumplirlos y de qué modo.

²³³ NUSSBAUM, Martha, *Las fronteras de la justicia, consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2007, p. 83.

²³⁴ Las diez capacidades humanas básicas que detecta la autora son mortalidad, cuerpo humano, capacidad para el placer y el dolor, capacidades cognitivas, desarrollo infantil, capacidad para la razón práctica, la afiliación con otros seres humanos, la relación con otras especies y con la naturaleza, el juego y el humor, la individualidad. Se trata de una lista única de capacidades, aunque las concepciones de la realización humana sean plurales. NUSSBAUM (n.233).

igualdad y fraternidad, los que según este autor, en la medida que sean aislados de concepciones holistas, perfeccionistas y deterministas, pueden ser compatibilizados con la vigencia de los principios liberales.²³⁵

En la búsqueda por armonizar los deberes de ayuda con los principios liberales de autonomía y libertad resulta interesante analizar cómo se ha desarrollado la discusión en el derecho penal y si pueden trasladarse los argumentos al derecho de daños

IV.2. La justificación en el derecho penal, el mandato penal de socorro y el tránsito hacia el derecho de daños

IV.2.A. El mandato penal de socorro, su justificación desde el derecho penal. El ordenamiento argentino

Para el derecho penal, todos los delitos de omisión, ya sean propios o impropios, constituyen infracciones de normas preceptivas.²³⁶ En los delitos de omisión la tipicidad se verifica demostrando que la acción realizada no se subsume en el modelo o esquema de la acción que requiere el ordenamiento jurídico (la acción puede agotarse en un determinado comportamiento, por ejemplo, denunciar; o, también, ser un comportamiento que evite un resultado, por ejemplo, impedir la comisión de un delito de determinada especie).²³⁷

En aquellos casos en que la omisión consiste en el incumplimiento de un deber tipificado la doctrina penalista habla de delitos de comisión por omisión; y son aquellos en los que existe un deber legal de impedir un resultado.²³⁸ Entre los delitos de omisión, se distinguen los delitos propios de omisión (*delicta omissiva*) y los delitos impropios de omisión (*delicta commissiva por omissionem*).²³⁹ En los primeros, previamente se exige una acción concreta, es decir, hay un mandato definido sin que se tenga en cuenta si con ella se evita o no la lesión al bien jurídico, por lo tanto, para su configuración basta con que se haya omitido la acción ordenada.²⁴⁰ En los delitos de omisión impropia, por su parte, hay una cláusula general que establece que, bajo ciertas condiciones, no evitar un resultado que se estaba obligado a evitar es equivalente a la realización activa del tipo penal que prohíbe la producción activa del resultado.²⁴¹ Es decir, lo que se requiere es la evitación de un resultado lesivo. El tipo dependerá entonces para su configuración de que dicho resultado se haya concretado, ya que la ley no especifica una acción determinada ni las condiciones por la que su no cumplimiento equivalen a la acción positiva de producir el resultado prohibido. Para tal doctrina, a los fines de determinar la existencia de obligación en una persona, lo primordial es la "posición de garante" que ostenta aquel a quien se le imputa la omisión.

En cuanto a los mandatos penales de socorro, cierto sector se ha opuesto férreamente a la sanción de este tipo de figuras delictivas, arguyendo que la

²³⁵ NINO (n.220).

²³⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Praxis Jurídica, Buenos Aires, 1993.

²³⁷ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 2ª. ed., Akal, Madrid, 1990.

²³⁸ ROXIN, Claus, Sobre la autoría y participación en el Derecho penal, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 69-70.

²³⁹ JESCHECK y WEIGEND (n.236); BACIGALUPO ZAPATER (n.237).

²⁴⁰ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

²⁴¹ BACIGALUPO ZAPATER (n.237).

exigencia de una conducta de auxilio al sujeto importaría una subordinación del individuo a intereses comunitarios.²⁴² Quienes se oponen a la confección de un tipo penal de esta índole, entienden que hay una mayor restricción a la libertad de las personas en los mandatos penales del socorro, que aquella que surge de las prohibiciones penales, es decir, los delitos de acción. Esto es así, ya que imponer un deber de hacer en un determinado tiempo y lugar le impediría al ciudadano la realización de otra actividad en el mismo tiempo y lugar, prescindiéndose así de la responsabilidad personal del individuo y lesionándose sus derechos de libertad. Simultáneamente, se asocian estas figuras con regímenes totalitarios como el nazismo, en el cual se encontraban tipos delictivos como el de omisión de auxilio cuyo bien jurídico protegido era “el pueblo” en su conjunto. Lo que importaba desde esta perspectiva es que el hecho de vivir en comunidad impone ciertas cargas en las personas a favor de sus conciudadanos y este vínculo sería suficiente.²⁴³

Frente a ello encontramos justificaciones utilitaristas de la imposición de este tipo de deberes en las que se ponderan los efectos sociales beneficiosos del mandato penal del socorro o de la omisión de auxilio según un análisis costo-beneficio. Lo que se tiene en cuenta es que se previenen daños importantes a bajo coste y ello redundaría en un aumento de la libertad de las personas al aumentar sus condiciones de seguridad.²⁴⁴ Empero, posturas como estas han recibido ciertas objeciones, entre ellas la inconsistencia en la que redundan estas justificaciones, que podrían derivar en la imposición de un deber ilimitado que atentaría contra la propia lógica del utilitarismo.²⁴⁵

Entre las visiones que permitan amalgamar los ideales de solidaridad y autonomía, una alternativa es a través de la interpretación del valor de solidaridad desde una perspectiva menos fuerte, no ligada a la idea de comunidad y pertenencia del individuo, sino que se apoye en la vinculación del sujeto con la libertad de otros individuos. Desde esta mirada, los deberes estarían fundados en un compromiso con el daño ajeno. Resulta destacable la postura de Pawlik, quien concilia ambos deberes a partir de una visión institucional del fundamento de la infracción de los deberes de solidaridad.²⁴⁶ Para el autor, las obligaciones de solidaridad responden a un consenso social cuyo objeto es ampliar las esferas de libertad de cada individuo garantizando una asistencia y colaboración mínima de los ciudadanos, en caso de genuina necesidad. Lo que se propone es la institucionalización de la solidaridad y la asistencia subsidiaria de los ciudadanos a la del Estado. Acorde con esta perspectiva, si bien es el Estado quien tiene la obligación primigenia de asistir en caso de que se produzcan contingencias generadoras de desigualdades

²⁴² VARONA GÓMEZ, Daniel. *Derecho Penal y Solidaridad. Teoría y Práctica del mandato penal de socorro*, Dykinson, Madrid, 2005.

²⁴³ GUIRAO ALCACER, Rafael, Autonomía, solidaridad y deber de socorro (Un apunte histórico), *ADPCP*, LIII, 2000, pp. 361-411. El autor indica así: “Lo protegido sería la ‘solidaridad’ en cuanto tal, o la conciencia de solidaridad entre los miembros de la comunidad, dado que es la vinculación a una identidad común lo que permite el mantenimiento de la comunidad”, p. 364; el subrayado pertenece al autor.

²⁴⁴ Se señala como ejemplo de estas posiciones las de Sidgwick, Bentham y modernamente Singer.

²⁴⁵ VARONA GÓMEZ (n.242).

²⁴⁶ PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

inmerecidas, en determinados escenarios, cuando esta actuación no sea posible, será el ciudadano quien deberá prestar la asistencia requerida.²⁴⁷

Finalmente, cabe destacar que en Argentina la tipificación de los mandatos de socorro se encuentra circunscripta a situaciones especiales, dando lugar a dos tipos: i) el llamado “abandono de persona” del art.106 del Código Penal, que más que un mero abandono consiste en colocar a una persona en una situación de peligro y luego dejarla desamparada, para lo que se requiere que haya un riesgo efectivo y que no existan terceros que asuman el cuidado; ii) la omisión de auxilio, del art. 108 del Código Penal por el que cualquier persona puede ser el sujeto activo, a diferencia del tipo anterior en que solamente puede cometer el delito quien tenía el deber de mantener o cuidar a la víctima, o previamente la haya incapacitado. La omisión de auxilio, se funda exclusivamente en la solidaridad y prescribe el deber de prestar el auxilio necesario para el caso en que el sujeto descubra perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro. A la vez, únicamente puede justificar su falta de ayuda si ella significa un riesgo personal, o le es factible no prestar socorro reemplazándola con un aviso que sea dado inmediatamente a la autoridad.²⁴⁸ Por otro lado, también en la ley 13.944 se tipifica el delito de omisión de asistencia familiar cuando no se brindaren los medios indispensables para la subsistencia.

De lo anterior se desprende que en el derecho penal los supuestos de mandatos de socorro se reservan para casos excepcionales, siendo su justificación especialmente discutida por la doctrina. En el derecho argentino, en particular, puede verse entonces que se han adoptado tipos restringidos de delitos omisivos, con un alcance mucho más limitado que en el art. 1710 inc. b. De tal guisa, si bien los supuestos de culpa por omisión del derecho civil y del derecho penal se asemejan, la principal diferencia que se encuentra estriba en que, en el ámbito penal, el resultado lesivo debe estar tipificado como delito, y la omisión culposa debe ser considerada punible por la ley, propio de un sistema penal *numerus clausus* como el seguido en el Código Penal argentino.

IV.2.B. La omisión de auxilio desde la función preventiva del derecho de daños

Dentro del derecho civil pueden detectarse deberes positivos de conducta de asistencia a las personas, no obstante, estos normalmente están caracterizados porque ha habido una asunción voluntaria del sujeto sobre quien recae este deber, ya sea en el marco de una relación familiar o de un vínculo contractual o de consumo²⁴⁹, o, porque el sujeto en cuestión con su previo accionar genera o controla una situación especial de peligro o de riesgo. La cuestión está en determinar si con fundamento en la solidaridad se pueden imponer deberes de evitar el daño cuando no se dan ninguno de los supuestos anteriores.

²⁴⁷ Como se citó en VAN WEEZEL, Alex, Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad, *Política criminal*, 13(26), 2018, pp. 1074-1139.

²⁴⁸ TERRAGNI, Marco Antonio, Abandono de persona y omisión de auxilio. Asociación pensamiento penal, en *Código Comentado de Libre Acceso*, Asociación Pensamiento Penal, Buenos Aires, 1997, pp.1-7.

²⁴⁹ En estos casos, aun cuando no hubieran sido expresamente estipulados se entiende que hay una obligación de seguridad entre las partes de mantener indemne de daños a la otra, de la que pueden derivarse algunos deberes secundarios de actuación no específicamente pactados y que comienzan incluso en la etapa pre-contractual. Esta obligación de seguridad ha tenido un especial desarrollo en el derecho del consumidor, donde tiene expreso reconocimiento legal.

En la búsqueda de modelos aptos para legitimar un deber de evitar el daño, en este apartado se propone explorar las posibilidades que surgen de adoptar construcciones similares a las esbozadas por la doctrina penalista para justificar el mandato de socorro.

Una opción para defender la imposición de este tipo de deberes es a través de una postura similar a la reseñada desde el derecho penal de Pawlik, basada en la institucionalización de la solidaridad y la asistencia subsidiaria a la del Estado de los ciudadanos.²⁵⁰ Ello implicaría interpretar una disposición normativa como la del art. 1710 inc. b del CCyC argentino, en términos de la positivización de un acuerdo social por el cual las personas tienen el deber de actuar y evitar un perjuicio incluso cuando no tengan algún tipo de relación concreta con la potencial víctima, siempre y cuando, en dicha situación pese también sobre el Estado la obligación de asistencia, restringiéndose el campo de aplicación de la norma. Si se acepta la existencia de estos deberes (cuyo incumplimiento sería antijurídico), una segunda cuestión es analizar la posibilidad de incoar una acción preventiva de daños, que según el esquema descrito solo sería posible cuando el Estado también tenga la obligación pretendida, pero no puede cumplirla, por ejemplo, porque no cuenta con tal recurso en concreto (*v.g.* determinado medicamento). Ahora bien, si el Estado tiene los medios para brindar la asistencia, el posible afectado no podría pretender el cumplimiento de la prestación por parte del particular demandado. Por otra parte, el compelido a actuar tendría derecho a exigir la correspondiente indemnización al Estado. Los deberes de asistencia entonces van a depender, en definitiva, de cuáles son los deberes que tiene el Estado hacia sus ciudadanos, incidiendo fuertemente en la discusión los llamados derechos sociales o de tercera generación, cuestión de justicia distributiva que debería estar resuelta antes, y no en el plano judicial. En definitiva, la exigencia de ciertos deberes de asistencia para con las personas en sociedad, a cargo del Estado y subsidiariamente en el resto de los individuos, depende de la manera en la que en cada esquema se distribuyan los derechos de indemnidad, los que definen el espacio moral de las personas.²⁵¹ No obstante, una crítica que se puede hacer a esta postura es que puede resultar insuficiente para los casos en que el Estado no tiene ninguna obligación. Por lo tanto, habría ciertos daños cuya evitación no podría exigirse, de manera tal que no funcionaría en estos casos la prevención. Es decir, podrían quedar afuera situaciones en que las expectativas de solidaridad social exigirían un actuar positivo, o que los bienes en juego sean de gran importancia. Paralelamente, en ciertos contextos podría darse el caso de situaciones en las que el Estado casi nunca puede prestar la asistencia, y que los sujetos particulares estén sobrecargados, produciéndose un desequilibrio entre los valores de seguridad personal y autodeterminación.

Otra posibilidad es justificar los deberes de auxilio, centrándonos, no ya en el plano institucional, sino en el de las relaciones interpersonales entre los individuos²⁵². Si bien no se puede prescindir del elemento institucional, que siempre estará presente ya que las relaciones estarán mediadas por el derecho, a lo que apunta esta estrategia es a la instauración del valor solidaridad entre las personas. De

²⁵⁰ PAWLIK (n.246).

²⁵¹ Sobre los derechos de indemnidad y su distribución véase PAPAYANNIS (n.21), p. 336 y ss.

²⁵² Una propuesta similar también ha sido desarrollada en el ámbito del derecho penal, y puede trasladarse con algunos matices al derecho de daños en VAN WEEZEL (n.247).

esta manera, los individuos estarían obligados a asistir y evitarles un daño a sus conciudadanos, aun cuando el Estado no debiera prestar tal asistencia. Para compatibilizar esta tesis con el valor de autonomía se puede analizar la incidencia de la voluntad de los sujetos (víctima potencial y obligado) de manera previa a la situación que requiere de la emergencia.

Lo anterior puede relacionarse con la noción de responsabilidad individual a la que hacía referencia Dworkin al criticar el principio de diferencia rawlsiano, con respecto a que la distribución debe reflejar las elecciones de las personas, mas no sus circunstancias.²⁵³ Si se hubiera tenido en cuenta este aspecto a la hora de definir los derechos de indemnidad (cuestión como ya se aclaró de justicia distributiva), los casos en que la persona que requiere la asistencia derive de sus propias elecciones serían considerados como casos de mala suerte en la opción y, por lo tanto, no podría exigir la actuación concreta de otra persona para que se le evite el posible daño. Por el contrario, cuando el individuo se encuentre en determinada situación por una cuestión azarosa, sus conciudadanos, siempre que cuenten con los medios para ello “de en cuanto de ellos dependa”, tendrían la obligación de asistirlo en función de la solidaridad, y en pos de salvaguardar la autonomía ajena. Esto resulta coherente también con el principio de dignidad humana al que aludía Nino, como un principio que limita el de la inviolabilidad humana cuándo hubiese consentimiento del afectado, de allí también que deban respetarse los casos en que una persona no desea recibir ayuda, so riesgo de caer en posiciones paternalistas.²⁵⁴

Concomitantemente, desde el punto de vista del obligado, también puede determinarse la intensidad del deber con arreglo al grado de intervención que tuvo su voluntad. Aquí puede distinguirse, según si la obligación tiene origen en el mero hecho de ser un súbdito del Estado que impone deberes de asistencia generales a todos, de los supuestos en los que una persona se coloca voluntariamente en una situación especial que origine el deber de asistencia. Además, debe evaluarse la capacidad del sujeto de prestar dicha asistencia y el número de personas que se encuentran en similar situación. Mientras menos personas haya que puedan prestar la asistencia, más intenso será el deber y, a su vez, será más sencillo individualizar a los potenciales responsables y sujetos pasivos de una acción preventiva.²⁵⁵ Tomando el caso ejemplar brindado por el exponente del funcionalismo penal Jakobs,²⁵⁶ el mozo de un restaurante, que además es estudiante de biología y advierte en la ensalada un componente venenoso, desde

²⁵³ DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

²⁵⁴ NINO (n.220). En esta línea argumental pueden presentarse un sinfín de situaciones que requieran de su análisis concreto en pos de definir cuándo se le puede imputar a la voluntad de la víctima el que se encuentre en esa situación de peligro. Especialmente problemático será el caso de menores de edad o personas con capacidades limitadas en donde el ejercicio de la voluntad no es pleno.

²⁵⁵ Relacionado con estas ideas, en el ámbito de la responsabilidad civil, Weinrib, al tratar el deber de socorro y sostiene que los problemas de causalidad (apuntados en la clásico precedente anglosajón *Stovin v Wise*) pueden superarse si se limita el deber de socorro para aquellos escenarios en que exista una situación de emergencia y que la ayuda pueda prestarse sin grandes inconvenientes. Así, es la situación especial de emergencia lo que permite identificar a una persona o un grupo de personas determinadas como las obligadas a socorrer a la víctima. WEINRIB, Ernest J., *The Case for a Duty to Rescue*, *Yale Law Journal*, 90(2), 1980, pp. 247-293.

²⁵⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal: Parte general, fundamentos y teorías de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

esta visión, tiene el deber de evitar el daño, aun cuando sus conocimientos excedan los que socialmente se esperan sobre una persona que cumple el rol de mozo, y no haya sido ni autor ni cómplice de haber iniciado el curso causal potencialmente dañoso.²⁵⁷ Habría que considerar, entonces, el caso concreto de la persona que se pretende obligar, sus conocimientos y situación específica, más allá del rol genérico que ocupa en la sociedad. Esto no implica obligar a las personas a que adquieran determinados conocimientos o que sigan alguna profesión u actividad en contra de sus preferencias, sino que, si están en una situación que les permite ayudar “de en cuanto de ellas dependa” y ello no importe un gran sacrificio para su persona ni se lesionen otros bienes, tienen el deber de brindar la ayuda.

Otro de los aspectos para tener en cuenta para salvaguardar la autonomía de los involucrados es la ponderación de la naturaleza de los bienes amenazados. Si se considera que hay ciertas necesidades básicas que son prerequisites de la autonomía personal, la interferencia positiva por la que se impone un deber de conducta a una persona debe ser a los fines de evitar una amenaza que afecte uno de los bienes que satisfacen tales necesidades.²⁵⁸ En consecuencia, no cualquier daño debe ser evitado y, por ende, no toda interferencia positiva se encuentra justificada. Ello conlleva una nueva limitación para el art. 1710 inc. b que, si bien no surge de la letra del artículo del Código Civil y Comercial, se impone dentro por los principios liberales del ordenamiento en el cual está inserto.

Como corolario, a la luz de las consideraciones anteriores y de los dos modelos propuestos, se estima que el que mayor amplitud justificadora tiene del deber de prevenir el daño previsto en el art. 1710 inc. b es aquél centrado en la instauración del valor de solidaridad desde las relaciones interpersonales, y no a nivel institucional. Ello por cuanto parece ser el que mejor se ajusta a la interpretación del deber de amplia legitimación pasiva y activa conforme a los términos de la disposición normativa y los demás lineamientos que se explayaron en el Capítulo II. Por otro lado, el esquema presentado se acerca a las ideas expuestas sobre la concepción de autonomía propuesta por Nino,²⁵⁹ las que permiten compatibilizar los principios liberales del ordenamiento argentino con valores como la solidaridad y fraternidad, a la vez que se brindan elementos que se deben tener en cuenta para limitar la intensidad del deber y evitar así una instrumentalización del sujeto obligado, que atente contra el principio de separabilidad de la persona (límite básico de cualquier acción con merito moral).

Además, la construcción presentada de la instauración de la solidaridad en las relaciones interpersonales puede coincidir con una interpretación del art. 1710 inc. b en su mejor luz, en el sentido que torna a la práctica del derecho de daños más

²⁵⁷ La solución a la que arriba JAKOBS (n.256), dentro de la teoría del “rol”, es que para el caso que el mozo sirva la ensalada a pesar de conocer su contenido nocivo, el comportamiento se ha desarrollado dentro del marco del riesgo permitido ya que no ha quebrantado el rol en el que se mueve.

²⁵⁸ Nino menciona como prerequisites aquellos bienes que son condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos, y da como ejemplo: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica, la libertad de movimientos, la libertad de expresión, la libertad de cultos, el acceso a recursos materiales, la libertad de asociación. la libertad de trabajo y el acceso al ocio. NINO (n.220).

²⁵⁹ NINO (n.220).

valiosa y contribuye a refinar su imagen y la de la función preventiva.²⁶⁰ Un mundo en el que se exigen ciertos recaudos para la evitación de daños de manera indeterminada entre los miembros de una sociedad es normativamente más valioso que uno en el que no. Ello, siempre y cuando se armonice con los derechos de los sujetos potencialmente obligados, lo que requiere de una interpretación del valor de autonomía sensible al esquema propuesto, y atemperando la exigencia del deber conforme a los lineamientos reseñados, sin caer en exigencias de índole perfeccionistas. Si bien dicho modelo no está exento de críticas, especialmente en torno a la plausibilidad de atemperar el principio kantiano de separabilidad de la persona de la manera en la que lo expone Nino, se considera que es el que mejor responde a la manera en la que ha sido redactada la disposición normativa bajo estudio.

En definitiva, lo que se ha intentado realizar en el presente capítulo es una aproximación a los fundamentos normativos del deber impuesto en el art. 1710 inc. b del CCyC de conformidad con los principios liberales del ordenamiento jurídico argentino. Para ello, luego de reseñar nociones fundamentales acerca de los deberes, distinguir entre ciertas variantes de liberalismo y esquematizar algunas concepciones del valor autonomía, se han exhibido dos interpretaciones diversas del principio de daño milleano y su relación con el art. 19 de la Constitución nacional. Finalmente, se ofrecen dos modelos de justificación del deber de evitar el daño a partir de la solidaridad, evaluando cuál de ellos es más apto para tales fines justificativos.

Conclusión

A lo largo de este trabajo de investigación se ha procurado identificar la norma contenida en el art. 1710 inc. b del Código Civil y Comercial argentino e indagar sobre el fundamento normativo de tal deber. A los fines de evaluar los resultados obtenidos en el desarrollo del presente, resulta útil repasar los contenidos expuestos.

La exposición se esquematizó en cuatro capítulos. En el primero, se expusieron cuestiones generales sobre la función preventiva del derecho de daños, con el objeto de contextualizar el deber bajo estudio. Se consideró que resultaba más adecuada la referencia al vocablo derecho de daños, en lugar del término responsabilidad civil, ya que de esa manera se contempla todo el fenómeno dañoso, es decir, tanto su faz resarcitoria, como la preventiva y la punitiva. Por otro lado, se destacó la discusión acerca de la polifuncionalidad del derecho de daños y el reconocimiento de la función preventiva del derecho de daños como una función autónoma e independiente. Sobre el particular, se estimó que, si bien los cometidos de la función preventiva pueden lograrse a través de otras ramas del derecho, su existencia e independencia dotan de valor a la práctica jurídica, ayudando a la construcción de un mundo ideal y normativamente mejor, respecto de uno que careciera de tal función. Luego se indicó el estado y evolución de la función preventiva a nivel legislativo desde el punto de vista internacional y nacional, resaltando la incorporación de una tutela preventiva atípica en el Código Civil y Comercial que entró en vigor en el año 2015.

²⁶⁰ Veáanse las ideas expuestas al respecto en el capítulo II sobre la teoría constructiva de interpretación de Dworkin.

El segundo capítulo estuvo abocado al análisis del texto normativo del art. 1710 inc. b del Código Civil y Comercial argentino. Para ello, se ofreció un marco teórico conceptual acerca de las distintas teorías sobre la interpretación jurídica. Así, después de presentar las diversas interpretaciones realizadas por la doctrina, se hizo hincapié en que, aunque aquellas brindan ciertas pautas que sirven para delinear el deber exigido, para una identificación específica se remite tal tarea a la decisión del juzgador frente a un caso concreto. Se exploró entonces el texto normativo desde una técnica de interpretación declarativa, poniendo de relieve los problemas semánticos de interpretación y las soluciones posibles a ellos, lo que permitió mostrar cómo, para las posturas críticas o escépticas sobre la interpretación, lo que las técnicas interpretativas hacen es habilitar al juez a alcanzar la conclusión que considere deseable, dadas las circunstancias. Con ello, ante una disposición como la estudiada, el juez buscaría la respuesta que más justa le pareciera frente a un caso concreto, justificándola conforme a cualquiera de las técnicas expuestas, y resolviendo sobre la aplicabilidad o no de la norma. No obstante, se ha hecho luz sobre determinadas características del texto del art. 1710 inc. b que determinan la elección de alguna técnica por sobre las otras.

Ulteriormente, se ponderó la existencia de otras posturas para las que la interpretación normativa no está absolutamente librada a la decisión judicial, y que proponen ciertas consideraciones que sirven de guía para la decisión. Tal es el caso de la teoría de Dworkin sobre la interpretación jurídica.²⁶¹ Para este autor, el derecho es una práctica interpretativa y argumentativa, y la interpretación jurídica se asemeja a la que se realiza en el arte, en tanto ambas son interpretaciones constructivas cuyo propósito es mostrar la mejor perspectiva del objeto a interpretar (léase, obra o texto normativo). De allí que, aunque se reconozca un margen de discrecionalidad en la interpretación, se debe mantener cierta coherencia con lo que se ha venido interpretando (pasado) y, a la vez, ello debe reinterpretarse siempre a “su mejor luz” (futuro) que es, justamente, lo que le da sentido a la interpretación. Desde esta teoría puede reflexionarse que la incorporación del art. 1710 inc. b del CCyC y el deber preventivo allí contenido ofrece una mejor versión del derecho de daños y de su práctica. Así, cobra especial importancia el análisis de cuáles son los valores perseguidos, tales como derechos de indemnidad, autonomía, libertad personal, y, a su vez, cómo estos son interpretados en la práctica jurídica del ordenamiento argentino. La solución estará en aquella teoría que propugne una interpretación de la disposición que conjugue, de la mejor manera posible, tales valores, para lo cual se exige un ejercicio reflexivo y argumentativo del intérprete. Lo anterior permite también la evolución de la práctica en el tiempo, y de la norma en sí, que mutará a la par de la práctica y los valores que esta persigue. Bajo tales ideas, se tomó en cuenta la interpretación de una de las expresiones utilizadas por el art. 1710 inc b del CCyC: la necesidad de adoptar “medidas razonables”. Se mencionaron algunas herramientas con las que se cuenta para evaluar cuándo se ha cumplido con el deber de “adoptar las medidas razonables” para evitar que se produzca un daño, como lo son las convenciones sociales y las expectativas que ellas generan en la sociedad. Estas brindan una razón para actuar y son objeto luego de una labor de depuración por

²⁶¹ DWORKIN (n.29).

parte de los jueces, quienes deben eliminar aquellas que se consideran irrazonables mediante procesos de argumentación y deliberación.

Seguidamente, en el tercer capítulo se ingresó al estudio de la acción preventiva de daños legislada en el art. 1711 del CCC y la posibilidad de incoarla en el supuesto del art. 1710 inc. b. Se trataron, de manera separada, cada uno de los presupuestos de la acción. Con relación al primero de ellos, la amenaza de daños, se buscó establecer qué concepto de daño demandaba la acción, destacando cuáles han sido las interpretaciones doctrinales y filosóficas esbozadas sobre este. Respecto del requisito de antijuridicidad, se hizo alusión a diferentes posturas que existen en torno a la antijuridicidad formal y material. Así, para una posición se requiere que los deberes preventivos que se pretendan estén detallados específicamente con anterioridad. Para otros, en cambio, basta que la conducta omisiva de tal deber no esté justificada en el ordenamiento jurídico. En torno al presupuesto de la relación causal se hizo referencia a que el criterio de imputación seguido en el CCyC ha sido el de la causalidad adecuada. A pesar de ello, en el caso del deber genérico del art. 1710 inc. b, no hace falta que la amenaza de daño le sea endilgada causalmente a la persona que se le exigen adopción de medidas. De todos modos, la teoría de la causalidad adecuada sirve para determinar cuál es la conducta idónea para evitar el acaecimiento del resultado dañoso, es decir las medidas razonables que previsiblemente impiden el perjuicio, y quién es el tercero obligado cuya acción, causalmente, puede interrumpir el daño. Por otro lado, aunque el artículo 1711 del CCC establece que no es necesaria la concurrencia de algún factor de atribución, siempre habrá algún fundamento o razón, además del nexo causal, que determine quién es el sujeto pasivo de la obligación preventiva (de hacer o no hacer) objeto de la pretensión. A tales fines, resultan útiles los parámetros brindados en el art. 4.103 de los PETL para exigir un deber preventivo de conducta. De todos modos, es posible, *a posteriori*, analizar la conducta omisiva del sujeto frente a determinado escenario fáctico, y establecer si ella resulta reprochable o no de acuerdo con ciertos criterios axiológicos. Subsiguientemente, en el mismo capítulo, se trató la legitimación activa y pasiva de la acción, subrayando algunos supuestos que generan ciertos interrogantes, especialmente en torno al sujeto pasivo de la pretensión.

Hacia el final, en el cuarto capítulo, se abordó el segundo objetivo general del trabajo relativo a la justificación normativa del art. 1710 inc. b del CCyC. Aquí, deben señalarse dos aspectos importantes. Por un lado, no se ha encontrado un trabajo previo dedicado al estudio de la justificación normativa de la disposición en cuestión, lo que denota la importancia de su estudio. Por otro lado, que la tarea excedía con creces la extensión de la presente investigación, de modo que no sería posible la profundización que ameritaba un objetivo de tal índole. No obstante, se procuró acotar el análisis examinando algunos modelos de justificación del deber en cuestión. De manera preliminar, se establecieron ciertas relaciones que existen entre el deber jurídico de prevención y los deberes éticos positivos de conducta, enfatizando en la discusión acerca de su exigibilidad tanto en el plano de la moral como del derecho. Dentro de este último, las exigencias impuestas por el derecho positivo dependerán del modelo de Estado en que se encuentren insertas, variando según se trate de un estado liberal conservador o igualitario. Fue necesario así, apuntar que existen diversas corrientes del liberalismo, las que esencialmente divergen en los conceptos de libertad y autonomía a los que adscriben cada una.

Para el liberalismo conservador no sería legítima la imposición de este tipo de deberes, dado que importarían una interferencia positiva en la libertad de los sujetos. Mientras que desde el liberalismo igualitario, por su parte, la cuestión no parece tan clara. Para ejemplificar ello se distinguieron tres posturas dentro de esta corriente liberal. Para una, como la de Farrell,²⁶² lo principal es asegurar una redistribución de bienes primarios, y luego, de manera excepcional serían admitidos los deberes positivos de conducta, cuestión que impactaría en los supuestos admitidos en el art. 1710 inc. b, restringiéndolos. Por otro lado, en un modelo como el de Nino,²⁶³ su justificación dependerá del grado en que se salvaguarda la autonomía del sujeto asistido y en el que se afecta la del sujeto sobre el que pesa el deber de actuación. Por su parte, el esquema rawlsiano no se ocupa de dar respuesta a esta pregunta, al menos en el plano de las relaciones individuales, ya que su objetivo es la aplicación de los principios de justicia en las instituciones, por lo que se centra en los derechos y obligaciones de los individuos ante el Estado.

En este punto, la relación entre los valores de autonomía y libertad con el derecho de daños puede verse a partir de la formulación del principio de daño o *Harm Principle* de John Stuart Mill y las distintas interpretaciones que surgen de tal principio. Fundamentalmente, lo que el *Harm Principle* proporciona es una guía respecto a aquellas conductas que no pueden perseguirse por la vía de la coerción legal. Sin embargo, tal como se puso de relieve, la interpretación de este principio no es uniforme. Conforme a una interpretación estricta, el Estado deberá intervenir cuando se trate de una conducta intrínsecamente dañosa, no pudiendo hacerlo meramente para prevenir daño a otros. Esta postura permite muy pocos supuestos de daños por omisión, con lo cual, la imposición de un deber positivo de evitar un perjuicio a un tercero sería legítima en contados casos. En cambio, para la posición amplia, la conducta que se interfiere no necesita ser considerada dañosa en sí misma para otros, y la cooperación y demás requerimientos de actuar se encuentran justificados si con ellos se ayuda a impedir un daño a otros.

Adentrándonos luego en el ordenamiento jurídico argentino, el punto de partida se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional, el cual para los autores es el que permite interpretarla en clave liberal, plasmándose en tal disposición el principio de daño milliano. De tal guisa, se avizoran dos maneras de conciliar los ideales de autonomía de la Constitución Nacional con el art. 1710 inc. b. Una de ellas, proponiendo una norma más limitada en sus supuestos de aplicación y congruente con una interpretación restrictiva del principio de daño. La otra, a partir de una posición como la expuesta, de Nino,²⁶⁴ en la cual el principio kantiano de separabilidad de la persona se ve atemperado y se toman en cuenta todas aquellas normas que persiguen otros valores, como la igualdad y fraternidad.

Con el propósito de enriquecer el análisis efectuado se realizó una comparación entre el deber preventivo y los mandatos penales de socorro, mostrando diversas justificaciones que se han esbozado para la positivización de tales tipos delictivos, las que van desde teorías utilitaristas a otras centradas en la solidaridad. Trasladando tales ideas, se propusieron dos modelos de justificación del deber preventivo del derecho de daños con fundamento en el valor solidaridad, de manera

²⁶² FARRELL (n.207).

²⁶³ NINO (n.196, n.220).

²⁶⁴ NINO (n.220).

que sean compatibles con un esquema liberal. El primer modelo considera a la solidaridad desde un punto de vista institucional; el deber preventivo de los ciudadanos es subsidiario al del Estado, con lo cual, existe la obligación de prevenir siempre y cuando en dicha situación tenga el Estado un deber de asistencia, restringiéndose el campo de aplicación de la norma a tales supuestos. El segundo modelo, se enfoca en las relaciones interpersonales de los individuos con independencia de los deberes estatales. Para armonizar esta propuesta con el valor de autonomía, se plantea además analizar la incidencia de la voluntad de los sujetos (víctima potencial y obligado), de manera previa a la situación que requiere de la emergencia, como así también la ponderación de la naturaleza de los bienes amenazados. Después de evaluar ambos modelos, se colige que el segundo es el que tiene una mayor amplitud justificativa de una disposición como el art. 1710 inc. b. Se observa, entonces, que este se ajusta a una interpretación del deber de amplia legitimación pasiva y activa, conforme a los términos del enunciado normativo. Concomitantemente, es coherente con las ideas expuestas sobre la concepción de autonomía propuesta por Nino,²⁶⁵ las que permiten compatibilizar los principios liberales del ordenamiento argentino con valores como la solidaridad y la fraternidad.

La construcción presentada de la instauración de la solidaridad en las relaciones interpersonales engasta asimismo con una interpretación del art. 1710 inc. b en su mejor luz, en el sentido que torna a la práctica del derecho de daños más valiosa y contribuye a refinar su imagen y la de la función preventiva. Por razones de espacio quedaran pendientes las consideraciones relativas a la implementación de este esquema y el modo en que debería operar el deber preventivo del art. 1710 inc. b CCyC de acuerdo con él. Sin embargo, cabe aclarar que para la existencia de este deber no es suficiente con su reconocimiento en el texto normativo en el CCyC, sino que está condicionado al uso que se haga de él por los participantes en la práctica, siendo un campo dinámico en constante evolución en el que resulta trascendental la actitud de los particulares y operadores jurídicos.

En definitiva, esta tesis contribuye a un entendimiento más profundo del deber de evitar el daño el art. 1710 inc. b, de su interpretación y de su fundamentación normativa, planteando una nueva estrategia sobre esta última. Claro está que el tema no se encuentra agotado, surgiendo ciertas cuestiones e interrogantes que pueden ser objetos de futuras investigaciones. La discusión queda así abierta a la presentación de nuevos argumentos y contraargumentos que enriquezcan el debate, en pos de encontrar las mejores razones que justifiquen el deber preventivo.

Bibliografía

ACCIARRI, Hugo. *Funciones del Derecho de Daños y de Prevención*. TR LALEY AR/DOC/179/2013.

ALEMANY, Macario, Ricos y pobres: sobre el fundamento y alcance del deber de ayuda al prójimo, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 38, 2015, pp. 160-188. <https://doi.org/10.14198/DOXA2015.38.06>

265 NINO (n.197, n.220).

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ALTERINI, Jorge H., dir., *Código Civil Comentado*, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2016.

AZAR, Aldo M., OSSOLA, Federico A., *Tratado de Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Responsabilidad Civil*, dir. Sánchez Herrero, La Ley, Buenos Aires, 2016.

AZAR, María José, Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión, *Derecho privado*, 1(2), 2012, pp. 241-280.
<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina456.pdf>.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 2ª. ed., Akal, Madrid, 1990.

BERGEL, Salvador Darío, *Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil*, en "Derecho Privado", vol. I, coord. Ameal, J., Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

BERLIN, Isaiah, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza, Madrid, 1996.

BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho constitucional*, t.1, Ediar, Buenos Aires, 1964.

BUERES, Alberto J., La Antijuricidad, en coord. Vallespinos, C.G., *Responsabilidad Civil, presupuestos*, Advocatus, Buenos Aires, 1997, pp. 32-53.

CALSAMIGLIA, Albert, El derecho como integridad: Dworkin, *Working Paper 25*, Universitat Pompeu Fabra, 1990.
https://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_25.pdf?noga=1

CERUTTI, María del Carmen, *Derecho de Daños. Análisis de algunos problemas conceptuales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2011.

CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, Inteligencia artificial, prevención de daños y acceso al consumo sustentable, en *XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata, 2017.
<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/101089>

CODERCH, Pablo Salvador y CASTIÑEIRA, María Teresa, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

COSSARI, Maximiliano, *Prevención y punición en la responsabilidad civil*, El Derecho, Buenos Aires, 2017.

DI BENEDETTO, Tomás Mario, La legitimación para interponer la acción preventiva, en dir. Peyrano, J.W., *La acción Preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

DONNA, Edgardo A., *Derecho penal parte general. Tomo III: Teoría General del delito*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la justicia* (trad. Ferrari, C.), Gedisa, Barcelona, 1986.

DWORKIN, Ronald, The Moral Reading and the Majoritarian Premise, en *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press, Cambridge, 1996. Tr. esp.:
https://www.academia.edu/6795449/LECTURA_MORAL_Y_LA_PREMISA_MAYORITARIA

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012.

FARRELL, Martín D., *El derecho liberal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

FEINBERG, Joel, *Harm to Others*, Oxford University Press, Oxford, 1984.

FERNÁNDEZ ALLE, Lucila. Concepto y principio de daño, *Latin American Legal Studies*, 7, 2020, pp. 83-110. <https://lals.uai.cl/index.php/rld/article/view/71/82>

FERNÁNDEZ, Raúl E., *Impugnaciones ordinarias y extraordinarias en el CPCC de Córdoba*, Alveroni, Córdoba, 2022.

FILLIA, Laura Evangelina, El rol de la madre en la acción de daños por la falta de reconocimiento voluntario paterno, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 45(101), 2020, pp. 65-84.

FIORENZA, Alejandro Alberto, *La antijuridicidad como presupuesto de la obligación preventiva de daños*, 2018, Artículo disponible en www.saij.gov.ar Id SAIJ: DACF180083

GALDÓS, Jorge Mario, Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales. *La Ley Online*, AR/DOC/2479/2017

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, El Daño en la Responsabilidad Civil, en eds. Papayannis, D. y Pereira Fredes, E., *Filosofía del Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 272-293.

GARGARELLA, Roberto, ¿Cómo interpretar e art. 19 de la Constitución argentina? Entre el sueño y la pesadilla de John Stuart Mill, en coords. Gargarella, R., Iosa, J., Álvarez Medina, S., *Acciones privadas y Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, pp. 109-132.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Los deberes positivos generales y su fundamentación, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 3(1), 1986, pp. 17-33. <https://doi.org/10.14198/DOXA1986.3.01>

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, La Corte Suprema de Justicia y el nacimiento jurisprudencial del Hábeas Internet, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 11, 2014, pp. 135-139.

GOLDENBERG, Isidoro H., *La relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, 2º ed. ampliada y con actualización jurisprudencial, La Ley, Buenos Aires, 2000.

GONZÁLEZ Lagier, Daniel y RÓDENAS, Ángeles, Los deberes positivos generales y el concepto de "causa", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007, pp. 103-109. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.15>

GONZÁLEZ, Ana Marta, Deberes (clasificaciones), en ed. González, A.L., *Diccionario de Filosofía*. Eunsa, Navarra, 2010, pp. 281-285.

GRONDONA, Mauro, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui "risarcimenti punitivi"*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2017.

GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999.

GUIRAO ALCACER, Rafael, Autonomía, solidaridad y deber de socorro (Un apunte histórico), *ADPCP*, LIII, 2000, pp. 361-411.

HARO, Ricardo, *A medio siglo de la creación de la acción de amparo en la República Argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008.

HART, Herbert Lionel A., *El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

HENAO, Juan Carlos, Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado, *Revista de Derecho Privado*, 28, 2015, pp. 277-366. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4133>

HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Salvador, dirs., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IV, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2015.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal: Parte general, fundamentos y teorías de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Praxis Jurídica, Buenos Aires, 1993.

JUÁREZ FERRER, Martín, ¿De qué hablamos cuando hablamos de daño resarcible?, *RRCyS*, XVIII(11), 2016, pp. 51-67.

JUÁREZ FERRER, Martín y PAPAYANNIS, Diego M., El derecho a la reparación integral como exigencia del art. 19 de la Constitución Nacional. Un análisis del derecho de no dañar, en coords. Gargarella, R, Iosa, J., Álvarez Medina, S., *Acciones privadas y Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 609-632.

KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1994.

KEATING, Gregory C., *The Priority of Respect Over Repair*, en "Legal Theory", 18, n° 3, 2012, pp. 293-337. <https://works.bepress.com/gregorykeating/29/>

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en "La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación", dir. Peyrano, J.W., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y JARAMILLO, Carlos Ignacio, *El criterio de la razonabilidad en el derecho privado el "estándar de la persona razonable" y su aplicación en las decisiones judiciales*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2021.

LAPORTA, Francisco, Algunos problemas de los deberes positivos generales (Observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés), *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 3, 1986, pp. 55-63. <https://doi.org/10.14198/DOXA1986.3.03>

LEIVA, Claudio Fabricio, La delimitación de la función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial Argentino, *Revista Ius*, 14(46), 2020, pp. 243-267. <https://doi.org/10.35487/rius.v14i46.2020.576>

LIFANTE VIDAL, Isabel, El Derecho como práctica interpretativa, en coord. Martínez Verástegui, A., *La Constitución como objeto de interpretación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016, pp. 51-76.

LLAMAS POMBO, Eugenio, *Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de Daños*, en ed. Moreno Martínez, J.A., "La responsabilidad civil y su problemática actual", Dykinson, Madrid, 2008.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *Función preventiva y punición excesiva*, en dirs. Rivera, J.C. y Medina, G., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 994-1007.

LORENZETTI, Ricardo L., HIGHTON DE NOLASCO, Elena y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de La Nación*, Alveroni, Córdoba, 2018. <https://www.alveroni.com/wp-content/uploads/2018/12/9.-Fundamentos-del-Anteproyecto-de-C%C3%B3digo-Civil-y-y-Comercial-de-la-Naci%C3%B3n.pdf>

MARCELLINO, Leonardo, *El deber de prevención en el C.C.C.N.*, en “Jornadas de Derecho Civil de La Plata. Derecho de Daños: Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”, La Plata, 2017. <http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Marcellino-Leonardo-1.pdf>

MARIANELLO, Patricio Alejandro, *El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales*, “IUS”, 27, n° 5, 2011, pp. 7-36. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100002&lng=es&nrm=iso

MARINONI, Luiz G., *Tutela inhibitoria*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

MARINONI, Luiz G., *La evolución de la Técnica Anticipatoria y de la Tutela Preventiva en Brasil*, en “Revista de derecho procesal”, 2 n° 7, 2014, pp. 976-993. <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/39luiz-guillermo-marioni.pdf>

MARTIN-CASALS, Miquel, *Una primera aproximación a los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, en “InDret”, n° 2, 2005. http://www.indret.com/pdf/284_es.pdf

MARTIN-CASALS, Miquel, *La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual*, en “Cuestiones Actuales en Materia de Responsabilidad Civil”, Editum, Murcia, 2011, pp. 11-112.

MILL, John Stuart, *On Liberty*, en *Three Essays*, Oxford University Press, Oxford, 1975.

MONTERO, Julio, *Human Rights as Human Independence: A Constructive Interpretation*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2022.

MORESO, José Juan y QUERAL, Jahel. Bosquejo de Dworkin: la imbricación entre el Derecho y la Moralidad. *ISONOMÍA*, 41, 2014, pp. 143-174.

MORESO, Juan José y VILAJOSANA, Josep M., *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

NICOLAU, Noemí Lidia, El principio de razonabilidad en el Derecho Privado, *Revista de derecho privado*, 94(1), 2010, pp. 3-25.

NICOLAU, Noemí Lidia, Prevención y cesación del daño. Reparación de los daños derivados de la omisión antijurídica y de la prevención exitosa, *Revista de Derecho de Daños*, 112, 2018, pp. 31-58.

NINO, Carlos S., Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?, *Revista de Ciencia Política*, XII(1-2), 1990, pp. 19-44.

NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2013.

NOLAN, Donal, Preventive Damages, *Law Quarterly Review*, 132, 2016, pp. 68-95.

NÚÑEZ, Ricardo C. *Tratado de derecho penal*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964.

NUSSBAUM, Martha, *Las fronteras de la justicia, consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2007.

ORGAZ, Alfredo, *La ilicitud extracontractual*, Lerner, Buenos Aires, 1974.

ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Lerner, Buenos Aires, 1980.

OSSOLA, Federico Alejandro, *Responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

OSSOLA, Federico Alejandro, El deber del acreedor de prevenir y no agravar el daño, *Revista de Derecho de Daños*, 2, 2016, pp. 45-71.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual*, en "Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio", Dykinson, Madrid, 2009.

PAPAYANNIS, Diego M., En torno a la teoría del derecho de daños, *RRCyS*, IX, 2007, pp. 23-34.

PAPAYANNIS, Diego M. *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

PAPAYANNIS, Diego M. *La práctica del alterum non laedere*, en "Isonomía", nº 40, 2014, pp. 19-68.

PAPAYANNIS, Diego M. *El derecho privado como cuestión pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

PAPAYANNIS, Diego M., Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia, *Isonomía*, 55, 2021, pp. 61-83.

PAPAYANNIS, Diego M. *Responsabilidad civil (funciones)*, en "Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad", n° 22, 2022, pp. 307-327. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6818>

PAPAYANNIS, Diego M., coord., *Manual de derechos de daños extracontractuales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.

PARMIGIANI, Matías, Autonomía, autorreferencialidad y esfera privada: Una crítica a la interpretación de C. S. Nino del artículo 19 de la Constitución Nacional, en coords. Gargarella, R., Iosa, J., Álvarez Medina, S., *Acciones privadas y Constitución*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, pp. 195-230.

PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

PENA LÓPEZ, José María. *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Cálamo, Barcelona, 2004.

PEYRANO, Jorge Walter, La acción preventiva: certezas y dudas, en dir. Peyrano, J.W., *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, pp. 19-24.

PICASSO, Sebastián, La antijuridicidad en el Proyecto de Código, *La Ley Online*, LL 2013-E, 2013, 1.

PICASSO, Sebastián, *Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en "RCyS", 2015, IV. TR LALEY AR/DOC/557/2015

PIZARRO, Ramón D. *Tratado de la responsabilidad objetiva. Tomos I y II*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

PIZARRO, Ramón, Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales. *La Ley Online*, AP/DOC/708/2017.

PIZARRO, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G. *Instituciones de derecho privado*, 2° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006. (2014). *Compendio de derecho de daños. Hammurabi. Principios de Derecho de la Responsabilidad Civil, Texto y comentario*, coord. Martín-Casals, M., Thomson Reuters Aranzand, Navarra, 2008

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000.

RAWLS, John, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, 2002.

RAZ, Joseph, *The morality of freedom*, Oxford University Press, Ney York, 1986

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando y BUSTO LAGO, José Manuel, coords., *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2014.

RESTREPO RODRÍGUEZ, Tomás, El remedio preventivo en la responsabilidad civil, *Revista de Derecho Privado*, 14, 2008, pp. 219-238.

ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Alveroni, Córdoba, 1997.

ROXIN, Claus, Sobre la autoría y participación en el Derecho penal, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 69-70.

SELEME, Hugo, Argentina y el Liberalismo Ausente, en Del Valle Piccardo, I., González Bertomeu, J., Seleme, H. y Ansolabehere, K., *Argentina: la lucha judicial por la democracia y los derechos humanos*. Tyrant lo Blanch, México, 2017, pp. 25-56.

SAGARGNA, Fernando A. *La función preventiva de la responsabilidad Civil*, Thomson Reuters, Buenos Aires, 2022.

SCHAUER, Frederick, *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

SEGUÍ, Adela M., Responsabilidad civil: La función preventiva, en dir. Rivera, J.C., *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

SOZZO, Gonzalo. *Arquitectura de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012: post-derecho de daños*, en "Revista de Derecho de Daños", 2012, n° 3, pp. 563-635.

STAMILE, Natalina, Razonabilidad (Principio de), *Eunomía*, 8, 2015, pp. 222-228.

TERRAGNI, Marco Antonio, Abandono de persona y omisión de auxilio. Asociación pensamiento penal, en *Código Comentado de Libre Acceso*, Asociación Pensamiento Penal, Buenos Aires, 1997, pp.1-7.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpccomentado/cpc37492.pdf>

TREVISÁN, Pablo, Acción preventiva y de Daños y Defensa de la Competencia, *RCCYC*, 2016.

TRIGO REPRESAS, Félix A. *La prevención y el Daño punitivo*, en "Revista de Derecho de Daños", 2008, n° 2, pp. 27-28.

TRUCCONE BORGOGNO, Santiago, El peso de los daños: estados de daños y razones para no dañar, *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, 4, 2006, pp. 1-25.

VAN WEEZEL, Alex, Optimización de la autonomía y deberes penales de solidaridad, *Política criminal*, 13(26), 2018, pp. 1074-1139. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000201074>

VARONA GÓMEZ, Daniel. *Derecho Penal y Solidaridad. Teoría y Práctica del mandato penal de socorro*, Dykinson, Madrid, 2005.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *La función preventiva de la responsabilidad civil*, LA LEY 11/05/2015, TR LALEY

VERGARA, Francisco, *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*, Alianza, Madrid, 1999.

VERBIC, Francisco, Tutela colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia, *Revista Derecho Procesal*, número extraordinario, 2012, pp. 51-88.

VERBIC, Francisco, Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos en el Código Civil y Comercial para la República Argentina, en *Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Aspectos Relevantes. Análisis Doctrinario*, ERREPAR, Buenos Aires, 2015.

VERBIC, Francisco, El derecho argentino en materia de tutela colectiva de derechos y la influencia recibida del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, en *XXV Jornadas Iberoamericanas de Direito Processual y XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual*, JusPodivm, Salvador, 2018. https://www.academia.edu/28053057/EL_derecho_argentino_en_materia_de_tutela_colectiva_de_derechos_y_la_influencia_recibida_del_C%C3%B3digo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_para_Iberoam%C3%A9rica

WEINRIB, Ernest J., The Case for a Duty to Rescue, *Yale Law Journal*, 90(2), 1980, pp. 247-293.

WEINRIB, Ernest J., *La idea de derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

ZANNONI, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

ZANNONI, Eduardo A., MARIANI DE VIDAL, Marina, ZUNINO, Jorge O., SHINA, Fernando E., RAMOS, Gloria S., *Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del PEN*, Astrea, Buenos Aires, 2015.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, La tutela inhibitoria contra daños, *RCyS*, 1, 1999.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Función preventiva de daños*, LA LEY 03/10/2011. TR LALEY AR/DOC/3511/2011

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Alveroni, Córdoba, 2015.

Jurisprudencia referida

CARRIZO, CARLOS ALBERTO Y OTRO C/ TEJEDA, GUSTAVO Y OTRA 30/3/2005- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (citada en Peyrano, 2016).

CASOS "SIRI" y "KOT" fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 239, p. 459. 9 *La Ley*, 92-632, fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 241 p. 291.

MENDOZA BEATRIZ SILVIA Y OTROS C. ESTADO NACIONAL Y OTROS s/daños y perjuicios- CSJN 8 de julio de 2008 (causa M.1569.XL).

MOSCA, HUGO ARNALDO C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES (POLICÍA BONAERENSE) y otros s/ daños y perjuicios -CSJN - 6 de Marzo de 2007 (Id SAIJ: FA07000250).

Q. C., S. Y. C/GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/AMPARO", LL, 2012- C-220; 2012-C-257, y 2012-C-390.

RODRÍGUEZ, MARÍA BELÉN c/GOOGLE Inc.- daños y perjuicios"- CSJN- 28 de octubre de 2014 (Id SAIJ: FA14000161).

SANTA COLOMA, LUIS FEDERICO Y OTROS c. E.F.A- CSJN- 5 de agosto de 1986 (Id SAIJ: FA86000420).

VICECONTE MARIELA C/ MINISTERIO DE SALUD Y ACCIÓN SOCIAL" CN Cont. Adm. Fed., sentencia de 102/06/98, L.L. 1998-F-102 (citado en Verbic, 2012).