

CENTRO DE ESTUDIOS DE
Derecho de Daños



FACULTAD DE
DERECHO
U N C

ESTUDIOS *del* **CENTRO**



VOLUMEN 2
Nº 3 / 2024

DIRECTORES

Dr. José Fernando Márquez
Mg. Magalí Lendaro

DIRECTORA HONORARIA
Dra. María Cristina Plovánich

Estudios del Centro

La Revista “Estudios del Centro” se desarrolla en el marco de las actividades del Centro de Estudios de Derecho de Daños “Matilde Zavala de González”, dependiente del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, de la Universidad Nacional de Córdoba.

Directores: Dr. José Fernando Marquez y Mg. Magalí Lendaro

Directora Honoraria: Dra. María Cristina Plovanich

Secretarios: Ab. Constanza Loustau Bidaut y Dr. Leonardo Marcellino

Comité Académico Editorial: Dres. Aída Kemelmajer de Carlucci (UNCuyo), Carlos Hernández (UNR), Federico de Lorenzo (UBA), Sebastián Picasso (UBA), Jorge Galdós (UCA), Adela Seguí (UNT), María del Carmen Cerutti (UNC), Juan Carlos Palmero (UNC), Manuel Cornet (UNC) y Ramón Daniel Pizarro (UNC).

Comité Evaluador de Referato: Profesores de la Cátedra de Derecho Privado VII de la Facultad de Derecho e integrantes del Centro de Estudios de Derecho de Daños, Dra. Beatriz Junyent Bas, Dra. María Florencia Ramos, Dr. Martin Juárez Ferrer y Dr. Sebastián Monjo.

Estudios del Centro [ISSN 3008-7392] es una revista sujeta a control de referato con una periodicidad semestral.

La obra se encuentra bajo Licencia CC Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas 4.0



Presentación de la Revista

Para todos quienes integramos el grupo que desarrolla esta Revista, es un gran gusto poder presentar su tercer número, porque significa que la idea primigenia, de brindar a la comunidad jurídica un medio de exposición y debates de ideas, está germinando. Nuestros esfuerzos y deseos están dirigidos a que siga echando raíces.

Este número contiene valiosísimos aportes.

Nuestro Ramón Daniel Pizarro expone un detallado y riguroso análisis de la responsabilidad civil derivada de la violación a derechos marcarios, en sus fases preventiva y reparatoria, analizando las normas propias del derecho marcarios en diálogo con las generales del Código Civil y Comercial. Constituye un estudio novedoso sobre un tema poco trillado en la doctrina argentina.

Martín Juárez Ferrer, también de nuestras Cátedras, acomete un tema procesal central, cuál es la cuantificación del daño en las sentencias, tema insuficientemente tratado, pese a su notable importancia. El autor realiza el necesario desglose de los principales supuestos de indeterminación de la condena y las posibilidades, imposibilidades e instrumentos para salvarla, brindando conclusiones fundadas, de utilidad para la práctica del proceso de daños.

Pilar Moyano, docente de nuestra Facultad, nos brinda la posibilidad de publicar su tesis con la que accedió al título de Maestra en Derecho y Argumentación, un trabajo que pone en crisis el sistema de reglas del Código Civil y Comercial en materia de prevención de daños, desde la filosofía y de la Constitución, ante la posibilidad de violentar el principio cardinal de libertad frente a normas abiertas como las que plantea el Código.

Lidia Cornavaca, activa participante de nuestro Centro, acomete un tema novedoso, el de las medidas anticautelares como modo apropiado para prevenir los daños derivados de medidas cautelares ilegítimas o abusivas, trazando las distinciones entre el proceso de sustitución o aminoración de cautelares, del propio anticautelar, como previo a la traba de la medida potencialmente dañosa.

Tenemos el gusto, además, de contar con la colaboración de dos estudiantes, quienes presentaron y defendieron sendas ponencias en las últimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en septiembre de 2024 en Pilar, Provincia de Buenos Aires, y aceptaron nuestra propuesta de acuérdalas para su publicación en la Revista.

La estudiante de la Universidad Austral, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, presenta su visión sobre posibles responsabilidades derivadas de la utilización de inteligencia artificial para generar *deep fakes*, analizando distintos supuestos en que esta práctica violenta derechos y los posibles consecuentes responsables. Un tema de gran actualidad.

En la misma línea de investigación, Lucía Frascchetti, alumna de la Universidad Nacional de Río Cuarto, nos propone pensar acerca de la responsabilidad que les puede caber a los denominados *influencers*, de intensa actividad en las redes sociales, frente a daños sufridos por consumidores que adquieren los productos o servicios que aquellos recomiendan. Este trabajo servirá para seguir delineando posibles reglas para su actuación.

En nuestra sección de Derecho Comparado, en este número contamos con la valiosa colaboración de dos notables docentes e investigadores brasileños, Eroulths Cortiano Junior y Vivian Carla Da Costa, de la Universidad de Paraná y miembros del Núcleo de Pesquisa em Direito Civil Constitucional, grupo con el cual nuestro Centro mantiene una fructífera relación. Los autores distinguen diversas funciones de las reglas de la responsabilidad y concluyen que, pese a que en Brasil no existen normas específicas sobre protección o punición del daño, a través de la interpretación sistemática constitucional del principio de reparación integral y de los principios de solidaridad humana, es posible aplicar medidas preventivas, punitivas-pedagógicas y promocionales en la responsabilidad civil.

Podrá advertir el lector la importancia de los temas que proponemos y la calidad de los autores que han aceptado nuestra invitación. Para todos ellos nuestro sincero y sentido agradecimiento.

José Fernando Márquez

Contenido

Doctrina Nacional

PREVENCIÓN Y REPARACIÓN DE DAÑOS MARCARIOS..... 6

POR RAMÓN DANIEL PIZARRO

DETERMINACIÓN DEL CUÁNTO EN LAS SENTENCIAS. COMENTARIOS A LOS ARTS. 333, 334 Y 335 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA.....18

POR MARTÍN JUAREZ FERRER

EL DEBER DE EVITAR EL DAÑO. EL ART. 1710 INC. B DEL CCYC. SU INTERPRETACIÓN Y JUSTIFICACIÓN NORMATIVA.....41

POR MARÍA PILAR MOYANO

PREVENCIÓN DE DAÑOS DERIVADOS DE MEDIDAS CAUTELARES. MEDIDAS ANTICAUTELARES129

POR LIDIA MARÍA DEL M. CORNAVACA

DAÑOS DERIVADOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL GENERATIVA: EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL USO Y CREACIÓN DE SISTEMAS DE IA DESTINADOS A LA GENERACIÓN DE *DEEPFAKES*..... 160

POR GIULIANA A. FORASTIERO

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL INFLUENCER POR DAÑOS AL CONSUMIDOR173

POR LUCÍA FRASCHETTI

Doctrina Extranjera

MULTIFUNCIONALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES 185

POR EROULTHS CORTIANO JUNIOR Y VIVIAN CARLA DA COSTA

Doctrina Nacional

Prevención y reparación de daños marcarios.

Por Ramón Daniel Pizarro¹

Sumario: I.- Concepto e importancia de la marca. Su régimen normativo en el derecho argentino. II.- Propiedad de la marca. Derechos que confiere a su titular. III.- La reparación de daños marcarios: 1. Planteo de la cuestión. Aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil resarcitoria. 2. La antijuridicidad. 3. Factor de atribución. 4. Relación de causalidad. 5. Daño resarcible 6. Extensión del resarcimiento. 7. Las utilidades del infractor. Quid del desmantelamiento de los ilícitos lucrativos. Remisión. 8. Prueba del daño. 9. Juez competente. 10. Prescripción extintiva. IV.- Prevención del daño marcario: 1. Aplicación de las reglas y principios generales. 2. Medidas precautorias contenidas en la ley 22.362. 3. Deber de informar de quien posee objetos en infracción 4. Las normas del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) aprobado por la ley 24.425 relativas a marcas 5. Juez competente. V.- Bibliografía.

Resumen: La marca es el conjunto de signos que distinguen un producto o servicio dentro del mercado. La ley 22.362 carece de un régimen específico que regule la responsabilidad preventiva y resarcitoria por infracción a las marcas y designaciones, por lo que rige en toda su plenitud el régimen estatuido por el código civil y comercial. Los presupuestos de la responsabilidad civil y las diversas cuestiones que pueden ser analizadas en el marco de la acción resarcitoria deben ser valorados de acuerdo a las particularidades que emergen de los perjuicios provocados por la infracción al régimen marcario. La función preventiva regulada en el art. 1710 y siguientes

¹ Abogado (UNC), Doctor en derecho (UNC), Profesor titular por concurso de Derecho Privado VII (Daños) en la Facultad de Derecho de la UNC

Palabras clave: Derecho de daños – prevención del daño – derecho marcario

Keywords: Tort law – prevention of damage – trademark law

del CCCN resulta aplicable en el marco del derecho marcario, dentro del cual se deben tomar en consideración las disposiciones que surgen de los arts. 38/41 de la ley 22.362 y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

Abstract: The brand is the set of signs that distinguish a product or service within the market. Law 22.362 lacks a specific regime that regulates preventive and compensatory liability for infringement of trademarks and designations, so the regime established by the civil and commercial code governs in its entirety. The elements of civil liability and the various issues that can be analyzed within the framework of the compensatory action must be assessed according to the particularities that emerge from the damages caused by the infringement of the trademark regime. The preventive function regulated in art. 1710 et seq. of the CCCN is applicable within the framework of trademark law, jointly with the arts. 38/41 of law 22.362 and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).

I.- Concepto e importancia de la marca. Su régimen normativo en el derecho argentino.

La marca es el conjunto de signos que distinguen un producto o servicio dentro del mercado². Presenta una enorme importancia en todo proceso competitivo pues permite al consumidor diferenciar fácilmente el producto o servicio de otros que se ofrecen en el mercado y comprar lo que realmente quiere³.

La marca tiene relevantes proyecciones en diferentes aspectos:

a) En su imagen, que es el resultado de una buena estrategia de mercado, de posicionamiento, que permite fácilmente a la clientela percibir el producto o servicio que aquella distingue.

b) En el posicionamiento de la empresa en el mercado, pues le posibilita un modo de actuar frente a los consumidores a la hora de que éstos realicen la elección del producto o servicio. Hay productos que se han identificado con una

² Conforme lo dispone el art. 1 de la ley 22.362 de marcas y designaciones, “pueden registrarse como marcas para distinguir productos y servicios: una o más palabras, con o sin contenido conceptual; los dibujos; los emblemas; los monogramas; los grabados; los estampados; los sellos; las imágenes; las bandas; las combinaciones de colores aplicadas en un lugar determinado de los productos o de los envases; los envoltorios; los envases; las combinaciones de letras y números; las letras y números por su dibujo especial; las frases publicitarias; los relieves con capacidad distintiva y todo otro signo con tal capacidad”. En cambio, no se consideran marcas y por ende no son susceptibles de registración (art.2): “a) Los nombres, palabras y signos que constituyan la designación necesaria y habitual del producto o servicio a distinguir, o que sean descriptivas de su naturaleza, función, cualidades u otras características; b) Los nombres; palabras; signos y frases publicitarias que hayan pasado al uso general antes de su solicitud de registro; c) La forma que se dé a los productos; d) El color natural o intrínseco de los productos o un solo color aplicado sobre los mismos. En su art. 3, la ley 22.362 determina las prohibiciones para la registración de marcas. Sobre el tema: OTAMENDI, Derecho de marcas, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Bs.As., 2017.cap.II p.27 y ss; SÁNCHEZ HERRERO, Andrés en ROUILLÓN, Adolfo N. (Dir.) – ALONSO, Daniel (Coord.), Ley 22.362. Marcas y designaciones Código de Comercio. Comentado y anotado, La ley, Bs. As., 2006, t.V, p.1273 y ss

³ Señala Sánchez Herrero que la locución “marca” se utiliza en el ámbito de la propiedad intelectual con dos significados distintos. El primero, para hacer referencia a un derecho intelectual; el segundo, para aludir al objeto de ese derecho subjetivo: “el signo con capacidad distintiva” SÁNCHEZ HERRERO (n.1), p. 1273 y ss..

marca al extremo de ser denominados frecuentemente haciendo referencia a ésta, pese a que hay otros similares o parecidos en el mercado que tienen denominaciones distintas (“Gillette”, “birome”, “gomina”, etc.).

c) En la identidad de los productos y servicios y en la manera en que su productor pretende que sean valorados y reconocidos en el mercado, especialmente por sus clientes.

Esto explica que muchas veces la marca sea, por lejos, el elemento más valioso en la publicidad y el marketing, pues ella encierra en un signo distintivo concreto y específico de aquello que se ofrece en el mercado.

Asociado a una buena marca, a su prestigio, está no solo la estrategia comercial de una empresa sino fundamentalmente el éxito de la comercialización de productos y servicios. Hay marcas que “se venden por sí solas”, por su prestigio, por la confianza que inspiran en la calidad de los productos y servicios que distinguen y que conducen muchas veces a que a la hora de efectuar la elección el consumidor opte directamente por ellas de la mano de esa presunción de calidad y de confianza. Muchas veces el consumidor compra “la marca”, por todo lo que ella trasunta, sin tomar en cuenta otros factores relevantes como la procedencia de la materia prima, el costo de producción y distribución, etcétera.

Cuando una marca logra ser reconocida dentro del mercado, aporta enormes beneficios a su titular, alcanzando particular relieve cuando en razón de su inserción se convierte en el emblema de una franquicia.

La marca es, de tal modo, una herramienta fundamental de la competencia, pues permiten “que los productos se encuentren en los lugares más diversos y compitan entre sí por su sola exposición al público”⁴. Representa, al mismo tiempo, una garantía para el consumidor y también para el fabricante o prestador del servicio. Para el primero, en cuanto se asegura que obtendrá el producto que él quiere comprar, cuya calidad y prestaciones asocia de manera inescindible a la marca; para el fabricante o prestador del servicio, porque encuentra a través de su marca un medio para diferenciarse de sus competidores y afirmar y potenciar el valor de sus productos. La marca termina, de tal modo, siendo el factor decisivo para darle individualidad al producto o al servicio, para diferenciarlos de otras parecidas, para darle publicidad y para, finalmente, seducir al consumidor.

II.- Propiedad de la marca. Derechos que confiere a su titular.

Conforme lo dispone el art. 4 de la ley 22.362, la propiedad de la marca y la exclusividad de uso se obtiene con su registro⁵. La inscripción tiene carácter atributivo (constitutivo) del derecho. Ello significa que “no existe derecho de ninguna especie sobre la marca si no hay registro”⁶.

Lo señalado precedentemente no significa que la marca no registrada carezca de algunos niveles de protección jurídica. Otamendi señala que en muchos casos “se

⁴ OTAMENDI (n.1), p.1.

⁵ De acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la ley 22.362, el término de duración de la marca registrada es de diez años y puede ser renovada indefinidamente por periodos iguales siempre que haya sido utilizada dentro de los cinco años previos a cada vencimiento en la comercialización de un producto, en la prestación de un servicio o como parte de la designación de una actividad. El derecho de propiedad de una marca se extingue por renuncia de su titular, por vencimiento del término de vigencia sin que se renueve el registro y por declaración judicial de nulidad o de caducidad del registro (art.23).

⁶ BRAUER Moreno, Pedro C., Tratado de marcas, Valerio Abeledo, Bs.As., 1946, p. 197.

ha reconocido el valor a la marca usada frente a una que es registrada con posterioridad”, pero siempre como un criterio de excepción que funciona cuando un tercero pretende inscribir a su nombre una marca que ha sido usada intensamente, de manera notoria, por quien no la ha registrado y tiende a evitar que se consume semejante despojo⁷. El uso sin registro ha sido considerado, muchas veces, suficiente para oponerse exitosamente a una pretensión de registración de marca solicitada con posterioridad al mismo y para anular una marca registrada en tales circunstancias.

El titular de la marca tiene el derecho de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de ella dentro de los límites previstos por el ordenamiento jurídico. Va de suyo que goza del derecho exclusivo de conservarlo y de defenderlo. Ello incluye el derecho de impedir que se registre un signo idéntico o confundible con el que está registrado a su nombre; se use un signo idéntico o confundible con el registrado; se utilice una marca que pueda producir una asociación con la marca registrada; se diluya la marca protegida a través de la utilización de un signo marcario por un tercero; que éste se apropie del prestigio de la marca protegida. En otras palabras, tiene derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares a aquellos para los cuales se ha registrado la marca, cuando ello de lugar a probabilidad de confusión. Va de suyo que, en tales circunstancias, podrá solicitar las medidas de tutela preventiva y resarcitoria que, conforme al régimen estatuido por el código civil y comercial y por la legislación marcaria, le corresponden.

Por razones de límite no habremos de ingresar en el estudio del régimen marcario argentino, compuesto por un relevante plexo normativo, supranacional y nacional, dentro del cual se destacan el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial⁸, las normas del ADPIC, aprobadas por ley 24.425 relativas a marcas⁹; la ley de marcas y designaciones 22.362¹⁰; la ley 26.355 sobre Marca Colectiva; la reglamentación de la ley de marcas, decreto 558/1981; el decreto 1384/2009 que reglamenta la ley 26.355 sobre Marca Colectiva; la resolución 1386/2008 de la

⁷ OTAMENDI (n.1) , p. 6, quien señala que no siempre los tribunales recurrieron a la ley marcaria para decidir en favor de quien invoca titularidad de una marca no registrada y que muchas veces lo hicieron apelando a los principios generales del derecho y al art. 953 del código civil derogado que tiene su símil en el art. 279 del código civil y comercial, que no reconocen valor a los actos inmorales o contrarios a las buenas costumbres.

⁸ De 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas en 1990, en Washington en 1911, en La Haya en 1925, en Londres, en 1934, en Lisboa en 1958, en Estocolmo en 1967 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

⁹ Las normas sobre propiedad intelectual que contiene este tratado internacional impactan de manera significativa en el régimen vigente en Argentina hasta su incorporación a nuestro derecho. El Adpic establece un régimen de protección mínimo que cualquier país puede incrementar. Ver, OTAMENDI (n. 1), p. 22 y ss.

¹⁰ Se entiende por designación “el nombre o signo con que se designa una actividad, con o sin fines de lucro” (art.27). Ella constituye una propiedad para los efectos previstos en la ley 22.362. La designación, al igual que la marca, es un derecho intelectual y cumple una función análoga a ésta pues plasma un derecho de uso exclusivo de signos distintivos aplicados a una actividad, comercial o no, susceptible de apreciación privada. A diferencia de la marca, la propiedad de la designación se adquiere por su uso y sólo con relación al ramo en que se utiliza, debiendo ser inconfundible con las preexistentes en el mismo ramo (art.28). El derecho a la designación se extingue con el cese de la actividad designada (art.30). Sobre estas cuestiones, ver SÁNCHEZ HERRERO, (n.1) p.1394 y ss.

Secretaría de Políticas Sociales y Desarrollo Humano, entre otras¹¹. Simplemente habremos de detenernos en la problemática vinculada con la responsabilidad civil preventiva y resarcitoria derivada de daños o de amenaza de daños a la marca, o más precisamente, a intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de sus titulares anejos a ésta.

III.- La reparación de daños marcarios.

1.Planteo de la cuestión. Aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil resarcitoria.

Las infracciones y los delitos marcarios pueden generar daños al titular de la marca o a terceros. La ley 22.362 carece de un régimen resarcitorio específico que regule la responsabilidad preventiva y resarcitoria por infracción a las marcas y designaciones, por lo que rige en toda su plenitud el régimen estatuido por el código civil y comercial¹².

2.La antijuridicidad.

La propiedad de la marca y la exclusividad de uso se obtiene con su registro. El titular del derecho marcario tiene exclusividad de su uso y goce y, en consecuencia, del derecho de impedir que cualquier tercero, sin su consentimiento, utilice en el ámbito de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios para los que la marca ha sido registrada (art.4, ley 22.362).

Toda conducta que plasme un uso no autorizado de una marca o designación ajena es antijurídica y se erige en presupuesto de la reparación de los daños que en tales circunstancias puedan causarse. Por el contrario, no hay antijuridicidad cuando quien utiliza la marca ajena actúa legítimamente, por ejemplo, cuando está autorizado por su titular, a través de un contrato de licencia o de otro acto jurídico.

La marca puede ser dañada en su imagen a través de actos antijurídicos realizados por terceros que la afectan de manera negativa con impacto negativo en la comercialización de los productos y servicios que llevan aquella¹³. Tal lo que sucede en caso de denigración marcaria que se configuran cuando un tercero (competidor o no) le atribuya al producto con la marca en cuestión características negativas falsas de cualquier clase a través de medios de difusión; o cuando en una obra teatral o cinematográfica se muestra una marca de manera continua junto con otros actos o hechos que se consideran disvaliosos para la sociedad o para algún sector de ella, provocando una asociación de aquella con éstos.

La antijuridicidad en el derecho marcario se rige por los principios ordinarios. Va de suyo que es objetiva, sustancial y atípica.

Sin perjuicio de ello, existen actos que están tipificados por el legislador como delitos en el art. 31 de la ley. Remarcamos que todos ellos plasman situaciones de antijuridicidad apta para dar lugar a responsabilidad civil, si concurren los restantes presupuestos, aún en defecto de la configuración del delito penal, por ejemplo, por falta de elemento subjetivo específico que por lo general se requiere: dolo.

¹¹ Para un estudio muy completo del régimen marcario argentino, es de capital importancia la obra de OTAMENDI, (n.1).

¹² SÁNCHEZ HERRERO, (n.1) p. 1429.

¹³ OTAMENDI, (n.1), p. 395.

Señala Otamendi que “el denominador común a todo acto violatorio es la confusión. Si hay posibilidad de confusión hay violación de la exclusividad”, aunque también hay actos de violan la exclusividad y no provocan confusión¹⁴.

Los actos dolosos tipificados como delitos penales en el art. 31 de la ley 22.362 son los siguientes:

1) Falsificación de una marca registrada o de una designación (art. 31 inc. a). Consiste en la reproducción exacta o casi exacta de la marca registrada o de la designación protegida por el ordenamiento jurídico. Es el supuesto emblemático de infracción marcaria. Generalmente la falsificación marcaria va acompañada de la copia del producto que distingue la marca. El delito se consuma con la fabricación material de la marca, con la impresión de las etiquetas, con todo acto que permita alcanzar que se materialice un signo distintivo ajeno. “La falsificación de la marca – dice Otamendi – es el punto de partida para una serie de delitos que culminarán con la venta al público del producto que lleve esa marca falsificada”¹⁵.

2) Imitación fraudulenta de la marca registrada o de una designación (art.34, inc.a). La imitación de la marca se realiza cuando se fabrica o produce una marca o designación de manera tal que resulte semejante o susceptible de ser confundida por el público con la marca o designación protegida. No se trata de una marca o designación idéntica a la protegida, pues en tal caso estaríamos ante el supuesto anteriormente considerado de falsificación. En el caso que nos ocupa, la marca o designación fabricada es distinta de la registrada, pero confundible con ella para el consumidor del producto o servicio que se trata. El elemento subjetivo del tipo penal es el dolo. En cambio, civilmente, basta con la mera culpabilidad para que se comprometa la responsabilidad civil del agente.

3) Uso de una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente emitida, perteneciente a un tercero, sin su autorización (art.31 inc.b). Se trata de un supuesto que abarca una multiplicidad de situaciones y que plasman una violación del derecho exclusivo del titular de la marca registrada, más allá de la confusión que pueda causar. El supuesto más emblemático de esta tipología es el acto de aplicación de la marca al producto o al envase, en condiciones que contraríen la voluntad de su titular. Abarca todo uso no autorizado o indebido de la marca, cualquiera sea la forma y modo en que se materialice.

Quedan incluidos:

I. Los casos de aplicación de la marca falsificada o imitada fraudulentamente, o la conducta de quien estando autorizado para utilizar una marca ajena la aplica a productos que no han sido autorizados, sea por no reunir los requisitos exigidos (por razones de calidad) o porque están fuera de aquello que el licenciatarario podía fabricar y vender. Adviértase que la solución es la misma sea o no la marca falsificada, pues bien puede tratarse de “marcas originales que fueron desviadas de su destino y luego aplicadas a productos no genuinos”¹⁶.

II. Los supuestos de relleno de envases que tienen una aplicación de marca o designación ajena, sin la autorización del titular. Se trata de un supuesto en el que la marca o designación ha sido lícitamente aplicada al envase, o sea con autorización de su titular pero la antijuridicidad consiste en el relleno ulterior, sin aquiescencia de aquél.

¹⁴ OTAMENDI, (n.1) p. 290.

¹⁵ OTAMENDI (n.1), p. 292.

¹⁶ OTAMENDI (n.1), p. 301.

III. Los casos de negativa del licenciatario a remover la marca del licenciante tras la extinción del contrato, o de uso indirecto de la marca ajena¹⁷.

4) La puesta en venta o comercialización de marca falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización (art.31 inc. c).

Queda comprendida la comercialización o puesta en comercio “de los elementos sobre los que se materializa la marca, como ser etiquetas, envases, orillos, cintas, envoltorios, etcétera”¹⁸. La puesta en venta significa ofrecimiento para la venta o para cualquier otra forma de comercialización de productos o servicios e, inclusive, su ofrecimiento gratuito en el mercado. La comercialización incluye todos aquellos que son idóneas para la puesta en el mercado del producto o servicio, incluida su importación y exportación.

Los productos o servicios que deben venderse o ponerse en venta deben ser objetos que materializan una marca o designación falsificada, o de objetos que materializan una marca o designación fraudulentamente imitada, o la venta de objetos que materializan la marca o designación sin contar con la autorización del titular.

4) Venta u oferta de o comercialización de productos o servicios con marca registrada, falsificada o fraudulentamente imitada (art.31 inc.d). El ilícito consiste en poner en venta, vender o comercializar de cualquier otro modo productos o servicios con marca falsificada o fraudulentamente imitada.

3.Factor de atribución.

El factor de atribución es de ordinario subjetivo, con basamento en la culpabilidad. Si bien los delitos tipificados en el art. 31 de la ley 22.362 son dolosos, la mera existencia de culpa deviene suficiente – al igual que en todos los casos de utilización no autorizada de una marca o designación – para comprometer la responsabilidad civil del infractor.

Nada obsta a que la responsabilidad del infractor pueda ser objetiva, tal lo que sucede en la responsabilidad de la persona jurídica, del principal por el hecho del dependiente y en los casos de ejercicio abusivo del derecho por parte del infractor.

4.Relación de causalidad.

Es preciso que exista relación causal adecuada entre la conducta del infractor y el menoscabo que causa al damnificado. Rigen las reglas y principios de la relación causal adecuada.

5.Daño resarcible.

Es preciso que el uso no autorizado de la marca o designación cause un perjuicio patrimonial o moral al titular de la marca. También aquí se aplican las normas del código civil y comercial en todo lo atinente al concepto normativo de daño, a sus elementos y al régimen de prueba.

Los rubros resarcitorios pueden ser variados.

Tratándose de daño patrimonial, mencionamos entre otros:

1) El lucro cesante o la pérdida de chances por reducción de ventas, que se plasma en la ganancia neta dejada de percibir por el titular de la marca de los clientes potenciales que adquirieron el producto o servicio al infractor. Pesa sobre el damnificado la prueba del perjuicio. Las utilidades del infractor – reales o

¹⁷ SÁNCHEZ HERRERO (n.1), 1422/1423.

¹⁸ OTAMENDI (n.1), p. 320.

presumibles conforme al curso normal y ordinario de las cosas – brindan una base probatoria indiciaria de suma importancia, que debe ser ponderada de manera prudencial por el magistrado interviniente.

2) La pérdida de clientela o de ventas futuras, cuando el producto en infracción tiene una calidad inferior a la del legítimo y el comprador no puede percatarse de que es ilegítimo y como consecuencia de ello abandona la marca para adquisiciones futuras.

3) El daño derivado de lesión a la reputación del titular de la marca, que se plasma cuando el adquirente ignora que el producto es ilegítimo y le endilga al titular la mala calidad o deficiencias del mismo. Este perjuicio puede ser patrimonial o moral.

4) Los gastos en que deba incurrir el titular de la marca con motivo de la infracción, entre otros aquellos realizados para detectar la infracción, preconstituir pruebas, promover actuaciones administrativas o judiciales de todo tipo, incluyendo las medidas previas o precautorias e, inclusive.

5) La pérdida de chances de obtener réditos económicos de la marca, que una minoración de las posibilidades ciertas y razonables de obtener mayores beneficios que resulta minorada por la infracción marcaria¹⁹. También aquí rigen los principios generales de la reparación del daño por pérdida de oportunidad.

6) El daño moral o a la integridad espiritual, que puede producirse cuando el titular de la marca es una persona humana, siempre que se alegue y pruebe dicho menoscabo²⁰.

6. Extensión del resarcimiento.

La responsabilidad por daños marcarios generalmente es extracontractual. Nada impide, sin embargo, en que pueda ser contractual cuando ella es cometida en el marco de un vínculo de esa naturaleza entre dañador y dañado (v.gr. licenciario de marca que la utiliza de manera indebida, extralimitando sus derechos o ejerciéndolos de forma abusiva).

La extensión de resarcimiento se rige por las reglas generales.

7. Las utilidades del infractor. Quid del desmantelamiento de los ilícitos lucrativos. Remisión.

Una situación de particular complejidad se suscita en aquellos casos en los cuáles el infractor marcario obtiene réditos de su conducta una vez pagadas las indemnizaciones que puedan corresponder al titular de la marca y afrontadas otras contingencias económicas que dimanen de su conducta (por ejemplo, multas).

En tal caso nos hallamos frente a un ilícito lucrativo, cuyo desmantelamiento es indispensable a través de las distintas vías que brinda el sistema. Nos hemos ocupado de este tema en otra obra, adonde remitimos²¹.

8. Prueba del daño.

La prueba del daño marcario suele resultar sumamente dificultosa. Si bien puede resultar relativamente fácil comprobar la infracción marcaria, no lo es calibrar la entidad del perjuicio tanto cualitativa como cuantitativamente, particularmente

¹⁹ Puede asumir especial relieve la pérdida de chances de celebrar contratos de licencia, franquicia o distribución con relación a la marca. Ver, SÁNCHEZ HERRERO (n.1), p. 1432; OTAMENDI (n.1), p. 392/393; MITELMAN, Carlos, Cuestiones de derecho industrial, Ad-Hoc, Bs.As., 1999, p. 106/107.

²⁰ CNFed.Civ.Com, sala 1ª 30/9/2004, Noverazco, E. c. Televisión Federal SA y otro, JA 2005-I- 350.

²¹ PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, Tratado de responsabilidad civil, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2024, T. I, cap. XIII.

tratándose de algunos rubros indemnizatorios como el lucro cesante y la pérdida de chances patrimoniales.

Doctrina y jurisprudencia se han hecho cargo de esa realidad propiciando mayoritariamente un criterio realista de flexibilización de la prueba del daño y de su apreciación por parte del juez, edificada a partir del hecho ilícito y de unas pruebas razonablemente suficientes que permitan inferirlo prudencialmente, aun en defecto de una cuantificación exacta²².

La prueba pericial económica, contable o actuarial es de enorme importancia en estos casos para persuadir al magistrado de la existencia y entidad del perjuicio. En ese contexto, el juez debe valorar, además, la notoriedad e importancia de la marca, su proyección en el mercado, la naturaleza de la mercadería en infracción marcaria, la envergadura de los ingresos, las sumas invertidas en publicidad, la cantidad de productos en infracción encontrados, particularmente cuando ella permita inferir el volumen de la operatoria que se realizaba, la facturación y utilidades del infractor, etcétera²³. La pérdida de ganancias sea que se las encuadre en lucro cesante o en disminución de chances, puede ser acreditada inclusive por vía presuncional, a partir de dicha prueba directa en base a estándares de causalidad adecuada. Bastará, en principio, con acreditar la existencia del ilícito marcario y las ventas efectuadas con la marca en infracción para que el juez pueda prudencialmente fijar un monto indemnizatorio, aun en defecto de una justificación matemática exacta.

9. Juez competente.

Los tribunales competentes para entender en las pretensiones de responsabilidad civil resarcitoria son los federales. Es la solución que claramente surge del art. 33 de la ley 22.362.

10. Prescripción extintiva.

La acción resarcitoria prescribe a los tres años contados desde el momento en que se cometió la infracción o de un año computado a partir del momento en que el propietario de la marca tuvo conocimiento del hecho (art.36, ley 22.362).

Rigen los principios ordinarios en materia de prescripción extintiva y las causales de suspensión, interrupción y dispensa de los efectos de la prescripción ya cumplida que establece el código civil y comercial.

IV.- La prevención del daño marcario.

1. Aplicación de las reglas y principios generales.

La responsabilidad civil preventiva (arts. 1710 y siguientes del código civil y comercial) rige en toda su plenitud en materia marcaria. Son, por ende, aplicables las consideraciones vertidas supra, adonde remitimos.

2. Medidas precautorias contenidas en la ley 22.362.

Sin perjuicio de esa normativa general, la ley 22.362 contiene también algunas previsiones específicas que, a través del diálogo de fuentes, se integran a aquella y la complementan con rasgos de cierta especificidad.

En ese contexto se insertan las medidas precautorias que prevén los artículos 38 a 41 de la ley marcaria.

El primero dispone:

²² OTAMENDI (n.1), p. 397 texto y la abundante jurisprudencia allí citada en nota 1432.

²³ OTAMENDI (n.1), p. 398

“Todo propietario de una marca registrada a cuyo conocimiento llegue la noticia de la existencia de objetos con marca en infracción conforme a lo establecido en el art 31, puede solicitar ante el juez competente:

- a) El embargo de los objetos.
- b) Su inventario y descripción.
- c) El secuestro de uno de los objetos en infracción.

Sin perjuicio de la facultad del juez de ordenar estas medidas de oficio, podrá requerir caución suficiente al peticionario cuando estime que éste carezca de responsabilidad patrimonial para responder en el supuesto de haberse pedido el embargo sin derecho”.

La norma contempla un elenco heterogéneo de medidas precautorias que en cualquier momento pueden adoptarse de oficio a petición del titular del derecho marcario²⁴. Ellas sin perjuicio de otras que puedan corresponder por aplicación de las normas del código civil y comercial (arts. 1710 y siguientes) o del código procesal civil y comercial de la Nación.

Conforme lo dispone el art.40 de la ley marcaria, el titular de una marca registrada “podrá solicitar las medidas cautelares previstas en el art. 38 aun cuando mediare delito ante una marca similar o ilegítimamente empleada”²⁵. La ley exige que se deduzca la acción correspondiente dentro de los quince días hábiles de practicada la medida cautelar de embargo o secuestro, bajo apercibimiento de ser dejada la medida sin efecto a petición del dueño de los objetos embargados o secuestrados.

3. Deber de informar de quien posee objetos en infracción.

Dispone el art. 39 de la ley 22.362:

“Aquél en cuyo poder se encuentran objetos en infracción, debe acreditar e informar sobre:

- a) El nombre y dirección de quien se los vendió o procuró y la fecha en que ello ocurrió, con exhibición de la factura o boleta de compra respectiva;
- b) La cantidad de unidades fabricadas o vendidas y su precio, con exhibición de la factura o boleta de venta respectiva.
- c) La identificación de las personas a quienes les vendió o entregó los objetos en infracción.

Todo ello deberá constar en el acta que se levantará al realizarse las medidas previstas en el art. 38.

La negativa a suministrar los informes previstos en este artículo, así como también la carencia de documentación que sirva de respaldo comercial a los objetos en infracción, autorizará a presumir que su tenedor es partícipe en la falsificación o imitación fraudulenta. Estos informes podrán ampliarse o complementarse en sede judicial tanto a iniciativa del propio interesado como por solicitud del juez, que podrá intimar a ese efecto por un plazo determinado”.

²⁴ En caso de cotitularidad de la marca, pueden ser pedidas por cualquiera de los cotitulares. Conf: OTAMENDI (n.1), p. 372.

²⁵ Las medidas precautorias específicas contempladas por la ley 22.362 sólo pueden ser solicitadas por el propietario de la marca registrada. No así por el titular de una solicitud en trámite, pues el derecho de propiedad y la exclusividad que es inherente a la marca recién nacen cuando ella está registrada (argum. art. 4). Conf: OTAMENDI (n.1), p. 371. Nosotros pensamos que nada impide que aún quien no tiene registrada la marca a su nombre pero es titular de una solicitud en trámite podría excepcionalmente obtener ciertas medidas preventivas de índole cautelar por aplicación de las normas del código civil y comercial (art. 1710 y siguientes).

La norma tiene un claro sentido preventivo – sin perjuicio de sus proyecciones en materia resarcitoria y penal – pues a través de la información que se impone al sujeto en cuyo poder se encuentran objetos en infracción pueden desplegarse otras medidas eficaces de evitación, conexas o complementarias, orientadas a detener los efectos de una acción dañosa ya iniciada o su agravamiento.

4. Las normas del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) aprobado por la ley 24.425 relativas a marcas.

El art. 50.1 del ADPIC también contempla medidas provisionales de carácter judicial, “rápidas y eficaces”, de corte claramente preventivo, destinadas a:

a) Evitar que se produzca la infracción de cualquier derecho de propiedad intelectual y, en particular, evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales de la jurisdicción de aquéllas; inclusive las mercancías importadas, inmediatamente después del despacho de aduana;

b) Preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción”.

La norma permite a las autoridades judiciales ordenar cautelarmente, en juicios marcarios, el cese del uso de la marca hasta tanto se sustancie el juicio respectivo. Es una conclusión lógica que resulta de la evitación que un producto en infracción ingrese al circuito comercial. La orden tiene carácter preventivo y provisional y se mantiene hasta que el juez la revoque, por revisión o por sentencia definitiva.

Se trata de una medida grave, que por tal razón sólo debe proceder en casos en los cuales existan elementos de convicción suficientes para justificarla.

El procedimiento por seguir en tal supuesto está previsto en el art. 50. 2 a 5²⁶.

5. Juez competente.

Los tribunales competentes para entender en las pretensiones de responsabilidad civil preventiva son los federales. Es la solución que claramente surge del art. 33 de la ley 22.362.

V.- Bibliografía

Doctrina:

BRAUER Moreno, Pedro C., *Tratado de marcas*, Valerio Abeledo, Bs.As., 1946.

MITELMAN, Carlos, *Cuestiones de derecho industrial*, Ad-Hoc, Bs.As., 1999.

OTAMENDI, *Derecho de marcas*, 9ª ed., Abeledo-Perrot, Bs.As., 2017.

PIZARRO, Ramón Daniel – VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2024

SÁNCHEZ HERRERO, Andrés en ROUILLÓN, Adolfo N. (Dir.) – ALONSO, Daniel (Coord.), *Ley 22.362. Marcas y designaciones Código de Comercio. Comentado y anotado*, La ley, Bs. As., 2006, t.V

Jurisprudencia:

²⁶ Para un estudio completo del tema, ver OTAMENDI (n.1), p. 382.

CNFed.Civ.Com, sala 1ª 30/9/2004, Noverazco, E. c. Televisión Federal SA y otro, JA
2005-I- 350

Determinación del Cuánto en las sentencias. Comentarios a los arts. 333, 334 y 335 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.¹

Por Martín Juárez Ferrer²

Sumario: I.- Introducción. II.- Las reglas del Código Procesal. Concordancias. III.- Sistemas Procesales. IV.- El objeto de la condena. V.- (Relativa) Incertidumbre de la cuantía de la condena. VI. El ámbito problemático. Indeterminación no imputable. VII.- La práctica en Córdoba. ¿Flexibilización? 1.- Flexibilización aceptable. 2.- Inaceptable modificación del sistema. 3.- No hay flexibilización. VIII.- Constitucionalidad del sistema. IX.- Proceso de determinación de daños. X.- Liquidación de daños en acciones colectivas XI.- Conclusiones.

Resumen: En el presente trabajo se analizarán las reglas de determinación del cuánto en la sentencia, que surgen del texto de los arts. 333, 334 y 335 del CPCC. Para ello, se analizarán algunas cuestiones que plantea el distinto objeto de la condena que dispone la sentencia y se abordará el problema de la relativa incertidumbre del cuánto indemnizatorio, mostrando las normas que surgen de los textos en análisis; poniendo énfasis en el ámbito problemático del sistema, es decir, el de la indeterminación imputable. Se abordará la cuestión del proceso de liquidación de daños, en sus variantes aritmética y sustancial, indagando asimismo sobre la constitucionalidad del sistema procesal cordobés.

Abstract: In this work, the rules for determining the amount in the sentence will be analyzed, which arise from the text of arts. 333, 334 and 335 of the CPCC. To do this, some issues raised by the different purpose of the sentence provided in the sentence will be analyzed and the problem of the relative uncertainty of the amount of compensation will be addressed, showing the norms that arise from the texts under analysis; placing emphasis on the problematic area of the system, that is, that of attributable indeterminacy. The

² Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba.

Palabras clave: Monto indemnizatorio - liquidación de daños - condena - constitucionalidad.

Keywords: Compensation amount - liquidation of damages - conviction - constitutionality

¹ Este trabajo es una versión revisada de un trabajo anteriormente publicado en CALDERÓN, Maximiliano R. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Toledo, Córdoba, 2022.

question of the damage settlement process will be addressed, in its arithmetic and substantial variants, also inquiring into the constitutionality of the Córdoba procedural system.

I.- Introducción

En lo siguiente se harán algunos comentarios a las reglas de determinación del cuánto en la sentencia, que surgen del texto de los arts. 333, 334 y 335 del CPCC. Todas estas reglas trabajan sobre la base de la determinación exitosa de la existencia y entidad cualitativa de la obligación, es decir, que quien pretende la condena ha logrado demostrar que la obligación existe, y los límites y contornos de su entidad cualitativa, y esto surge de modo expreso de los incisos 1 y 2 del art. 335. Esto quiere decir que el supuesto fáctico sobre el que trabajan las reglas que aquí se analizan es que la acreedora de una obligación ha logrado demostrar que su obligación existe, que es exigible, así como cualquier otro aspecto de su entidad cualitativa. El caso de la acreedora que fue exitoso en acreditar la existencia cualitativa y cuantitativa de la obligación que reclama es el del primer supuesto del art. 333 CPCC y no requiere mayor análisis, puesto que en tal caso la jueza deberá simplemente condenar al pago de la obligación.

Los artículos 333, 334 y 335 CPCC contienen una serie de reglas que indican a la jueza cómo debe proceder en los juicios en que la sentencia de condena imponga el pago de frutos, intereses o daños y perjuicios. La regla general es que la jueza debe liquidar en la sentencia; si eso no es posible entonces debe establecer las bases para la posterior liquidación. Por ende, entonces la regla, es la determinación en la sentencia, salvo imposibilidad. En el caso de que la imposibilidad tuviera su origen en problemas de prueba exclusivamente vinculados a la cuantía (y no sobre la entidad cualitativa del daño) que no fueran imputables (a quien obtiene la condena) entonces la jueza puede hacer fijación prudencial, en base a lo que es habitual en casos análogos.

Para ello, en primer lugar se mostrarán los artículos en cuestión, así como sus concordancias internas dentro del propio CPCC, y las concordancias con el CPCCN. En segundo lugar se mostrarán los posibles sistemas de determinación de la cuantía de condena, incluyendo el sistema de desdoblamiento del CPCCN y de unificación de la determinación, del CPCC. En tercer lugar, se analizarán algunas cuestiones que plantea el distinto objeto de la condena que dispone la sentencia. En cuarto lugar se abordará el problema de la relativa incertidumbre del cuánto indemnizatorio, mostrando las normas que surgen de los textos en análisis; en quinto lugar se analizará el ámbito problemático del sistema, es decir, el de la indeterminación imputable. En sexto lugar se intentará mostrar la forma en que la jurisprudencia ha interpretado y construido las normas jurídicas que derivan de estos artículos en la práctica cordobesa, y si ha existido o no flexibilización del sistema. En séptimo lugar se abordará la cuestión del proceso de liquidación de daños, en sus variantes aritmética y sustancial. En octavo lugar se abordará la pregunta por la constitucionalidad del sistema procesal cordobés, y por último, en noveno lugar, se hará una breve mención de las necesidades y dificultades que plantea la liquidación en sentencias de procesos colectivos.

II.- Las Reglas de Código Procesal. Concordancias.

El CPCC contiene en los artículos 333, 334 y 335 una serie de reglas relativas a la determinación de la cuantía de la sentencia de condena, pero para comprender el sistema de modo completo es necesario acudir a otras reglas del mismo Código, por lo que es útil en este punto revisar algunas concordancias. Los artículos en cuestión son los siguientes:

Cantidad líquida o base.

ARTÍCULO 333.- *Cuando la sentencia contenga condenación al pago de frutos, intereses o daños y perjuicios, fijará su importe en cantidad líquida o establecerá, por lo menos, las bases sobre las que haya de hacerse la liquidación.*

Liquidación diferida

ARTÍCULO 334.- *Si no se pudiere cumplir con la prescripción del artículo anterior por imposibilidad no imputable de prueba, el tribunal estimará el daño conforme a los parámetros del artículo siguiente.*

Prudente arbitrio

ARTÍCULO 335.- *El tribunal podrá fijar prudencialmente el monto de la obligación cuyo pago se reclama, mediando las siguientes circunstancias:*

- 1) Que la existencia de la obligación y su exigibilidad hayan sido demostradas.*
- 2) Que la duda del tribunal recaiga sólo sobre el número, el valor de las cosas o la cuantía de los daños y perjuicios que se reclamen.*
- 3) Que no haya sido posible determinar los extremos a que se refiere el inciso anterior, pese a la diligencia puesta por aquél a quien incumbe la carga.*

La determinación del monto de la condena deberá responder a lo que es habitual en circunstancias análogas a las demostradas en autos, optando por la más moderada.

Estos artículos requieren de otros, que contienen reglas que resultan necesarias para la aplicación de estas mismas. Entre ellas están las reglas de los incidentes de oposición a la liquidación formulada por quien obtiene sentencia de condena (art. 564 CPCC), las reglas de los incidentes (art. 418 inc. 5 CPCC y 426 y ss.), y por último, las reglas de los arts. 812, 813, 814 y 815, que por tener una conexión necesaria con los que aquí se analizan serán analizadas en un acápite separado más adelante.

Estas reglas no tienen una conexión necesaria pero sí muy relevante con otros problemas de cuantificación de condenas tales como las reglas del art. 175 inc. 3 CPCC, que exigen a la actora (o a quien reconviene) formular su pretensión aún cuando la determinación cuantitativa estuviere librada al prudente arbitrio judicial, y dentro de las cuales suele estudiarse el problema del uso de fórmulas tales como *lo que en más o menos resulte de la prueba a producirse*, o su variante menos difundida *lo que en más o en menos estime prudente el tribunal* (más apropiada quizás en relación a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales).

En cuanto a las concordancias con el CPCCN, estas cuestiones son tratadas allí en el art. 165 aunque el sistema allí establecido es bien diferente, por cuanto permite

la determinación de la cuantía en un proceso sumario (i.e. en un incidente cuya estructura parece fusionar el del art. 564 y el art. 812 CPCC, según el art. 503 CPCCN y subsiguientes), y considera jurídicamente irrelevante la diligencia o negligencia de las partes en la producción de pruebas sobre la cuantía; antes bien, producir pruebas, e incluso, estimar la cuantía en la demanda, son conductas meramente facultativas para la pretensora, y no obligatorias como en el CPCC.

Por último, y como se verá en el acápite siguiente, el CPCC ha modificado el sistema del antiguo Código Procesal Ley 1419, que previa la posibilidad, al igual que el CPCCN, de que la acreedora formulara su pretensión de modo tal que la cuantificación quedare diferida a una segunda etapa. Estas cuestiones estaban reguladas en los arts. 354 y 355.

III.- Sistemas Procesales

Como ya se dijo, dada la acreditación exitosa por parte de quien pretende la condena de la existencia de la obligación y de su entidad cualitativa, el sistema del CPCC indica que la determinación de la cuantía indemnizatoria de la sentencia de condena debe hacerse en la sentencia, y que si esto no fuere posible entonces deberán darse las bases para una posterior liquidación. La falta de determinación de la cuantía que obedece a la falta de actividad de la parte interesada resultará en el rechazo del objeto o rubro demandado, y si esta falta de determinación no fuere imputable a la falta de actividad la jueza deberá cuantificar de modo prudencial. Se advierte que el sistema intenta dar por concluido, del modo más completo posible, los asuntos de *conocimiento* en la sentencia, de modo tal de evitar la tramitación de segundas etapas completas (con prueba) con posterioridad a la sentencia de condena. Para reforzar el funcionamiento el CPCC ha dispuesto la obligatoriedad de precisar en dinero el objeto pretendido (art. 175 inc. 3) y la carga procesal de producir prueba sobre la cuantía del objeto demandado, cuyo incumplimiento se traducirá en el rechazo del objeto o del rubro. En el diseño de este sistema, la definición de la cuantía en una etapa posterior a la sentencia es una situación excepcional, que requiere acudir al procedimiento del art. 812 y ss. CPCC; sin embargo, es perfectamente compatible con liquidaciones mayormente aritméticas y su procedimiento de impugnación del art. 564 CPCC. Puede llamarse a este sistema de determinación unificada, por oposición a los otros sistemas en que la determinación de la cuantía puede estar desdoblada.

Como ya se dijo, este no era el sistema del Código anterior, Ley 1419, que preveía la posibilidad de desdoblamiento de la discusión sobre calidad y cantidad del objeto demandado en dos etapas, a solicitud del pretensor, sea actor o reconviniente. El TSJ ya había puesto límites al sistema del desdoblamiento bajo el imperio de la Ley 1419, en el caso *Briggiler c. Municipalidad de Córdoba*³, sosteniendo que no era posible pedir en demanda una condena genérica de daños y perjuicios, sino que las reglas del Código exigían la designación precisa en dinero. La sanción, en 1995, del actual CPCC, ley 8465 terminó con el sistema de desdoblamiento e impuso el actual sistema de determinación unificada de cuantía indemnizatoria.

³ TSJ, *in re* Briggiler c. Municipalidad de Córdoba (Sent. N° 4, de fecha 10.3.87)

Este sistema que el CPCC abandonó es el que aún rige en el CPCCN y en la mayor parte de los Códigos Procesales del país, según el relevamiento que hizo Matilde Zavala de González hace tiempo ya⁴, y que incluía en este segundo grupo a los Códigos de Tucumán (art. 275), La Rioja (art. 248), Mendoza (art. 90 inc. 7) y Tierra del Fuego (art. 177 inc. i).

El sistema de determinación desdoblada proviene de los antecedentes de los Códigos Procesales Civiles argentinos, entre los cuales uno de los más importantes es la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 de España. La distinción también existía en la doctrina procesal italiana, y son bien conocidos dos trabajos de Calamandrei⁵ y Carnelutti⁶ en relación a estas cuestiones, y sus argumentos sobre la conveniencia de este sistema.

Se ha debatido en nuestro ámbito respecto de la conveniencia o inconveniencia del sistema de desdoblamiento, y sobre los principios que lo informan. Mario C. Perrachione⁷ ha sostenido que el sistema del desdoblamiento es mejor, puesto que el sistema de determinación unificada es violatorio de la prohibición del excesivo rigor formal. Matilde Zavala de González, por su parte, ha sostenido que el sistema puede ser, en determinados casos, inconstitucional por violación de diversos derechos, entre ellos el de reparación integral de los daños⁸. Por nuestra parte, y como se mostrará abajo, creemos que el sistema es perfectamente constitucional, y que resulta además, muy conveniente, puesto que concentra la discusión sustancial en una sola etapa. Creemos, por último, que una prueba, aunque menor, de su conveniencia es la ausencia de declaraciones de inconstitucionalidad de estas reglas, y que, con cierta flexibilidad, el sistema se ha adoptado razonablemente bien a los modos de hacer de los tribunales cordobeses.

IV.- El objeto de la condena

Las posibilidades para la sentencia de condena que las reglas ofrecen son, entonces, dos: o bien se condena a pagar cantidad líquida en la sentencia (por existencia de prueba o por fijación prudencial), o bien se difiere la decisión cuantitativa a una etapa posterior. El caso de plena determinación de la cuantía no plantea problema alguno, desde que la jueza simplemente debe condenar a pagar la suma de dinero; las cuestiones más complejas, en cambio, se plantean cuando hay certeza sobre la entidad cualitativa pero incerteza cuantitativa del objeto de la condena.

⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Doctrina Judicial de Casos 7. Aspectos procesales del resarcimiento*. Córdoba, Alveroni, 2010, p. 387 y ss.

⁵ CALAMANDREI, Piero. *La condena genérica a los daños*. En CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las provisiones cautelares*. Buenos Aires, Editorial Librería El Foro, 1996.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Condena genérica al resarcimiento del daño*. En CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, 1952 (traducción S. Sentís Melendo).

⁷ PERRACHIONE, Mario C. *La pretensión de sentencia resarcitoria "mere declarativa" práctica o implícitamente derogada por el nuevo Código Procesal Civil*. En *Semanario Jurídico* 1395, Tomo 87 2003-A, 33.

⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, op. cit. 2, p. 408 y ss.

En relación al objeto de condena, caben hacer algunas precisiones preliminares. En relación a los intereses, se estila diferir su cuantificación para la etapa de la ejecución de sentencia, puesto que estos corren hasta el efectivo pago de la obligación, y se devengan durante periodos de tiempo no estimables de antemano (al menos, no en la sentencia). En estos casos, la liquidación en la sentencia tiene un sentido casi exclusivamente aritmético, en donde parece muy difícil que haya cabida para otras cuestiones que cálculos matemáticos. Sin embargo, no es inusual que existan controversias relativas a esos mismos cálculos, y también con frecuencia, sobre las posibilidades de actualización del capital mandado a pagar, y su capitalización⁹; pero estas controversias en general no requieren producción de pruebas, sino que, eventualmente, tramiten en forma de incidentes, de acuerdo a lo prescrito por el art. 564 CPCC, (o pequeños incidentes, en la terminología de Calderón¹⁰) que solo se resuelven con vista a la contraparte (y a veces incluso sin vistas). Podría darse el caso de que alguna de las partes pueda cuestionar la tasa de interés fijada en la sentencia, lo que ha sido entendido en la jurisprudencia como admisible, desde que no opera en la tasa de interés cosa juzgada material, y en tal caso incluso podría ofrecerse prueba documental para acreditar el aumento o morigeración que se pretende, pero en este caso, nuevamente, la cuestión incidental sería, en cuanto al trámite, muy sencilla, puesto que solo habría prueba documental.

Cuando el objeto de condena es frutos, puede darse el caso de que su cuantificación sea solo exclusivamente aritmética, y de que los cuestionamientos tramiten solo por la vía de incidentes con vista a la contra parte. Sin embargo, aquí ya es posible imaginar casos en donde, aún sentadas las bases en la sentencia, pueda producirse otra prueba más allá de la documental para la determinación final de la condena, como por ejemplo, si se condenara a pagar una determinada cantidad de cereal por hectárea.

Finalmente, si el objeto de condena es daños y perjuicios, como en el caso anterior, se abre la posibilidad de una condena más o menos genérica con bases para liquidación posterior, y que en el trámite de esa liquidación haya producción de prueba. En general, las necesidades de producción de prueba más allá de la documental estarán dadas por la condición futura del daño, pero es posible también pensar en determinados tipos de daños (o determinados procesos de liquidación) que requieran el despliegue de una etapa probatoria más intensa, que requerirá de la confección, por parte de quien es acreedor, de una *relación de daños* (art. 812 CPCC), que no es otra cosa que una demanda incidental en la que se postulará la pretensión y los medios de prueba que se ofrecen para acreditar la validez de la pretensión, en la forma del juicio abreviado (art. 418 inc. 5 CPCC).

Esta clasificación resulta importante puesto que, en el caso de diferimiento parcial o total de la liquidación de la condena al momento posterior a la sentencia, pueden

⁹ Sobre este tema puede verse JUÁREZ FERRER, Martín. *Capitalización de intereses en juicio*. LL 2017-E, 1206, y también PIZARRO, R. Daniel. *Los intereses en el Código Civil y Comercial*. LL 2017-D, 991.

¹⁰ CALDERÓN, Maximiliano R. Comentario al art. 426 CPCC, en CALDERÓN, Maximiliano R. *Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba Ley N° 8465*. Toledo Ediciones, Córdoba, 2021, p. 118

darse dos tipos de demandas incidentales: por una parte hay liquidaciones o cuestiones liquidatorias puramente aritméticas o que se resuelven con prueba documental, para las que rigen las reglas del incidente del art. 564 CPCC o las de los pequeños incidentes (arts. 170 y ss. CPCC). Por otra parte, puede haber cuestiones que requieran mayor amplitud de prueba (en el sentido de prueba otra que documental) y que requieran un proceso incidental más amplio, que requieren una postulación incidental en forma de *relación de daños*, y que se rige por los trámites del art. 812 CPCC.

V.- (Relativa) Incertidumbre de la cuantía de la condena.

Cuando en el juicio no hay incertidumbre sobre la cuantía de la condena entonces la jueza deberá condenar a la cuantía cierta y determinada, y el asunto no ofrece más problemas. Un supuesto muy próximo a este es aquel donde lo que queda por determinar son los intereses, en donde la liquidación se reduce a una operación más o menos compleja, y que tramita bajo las reglas de los art. 564 CPCC y ss.

Supuestos. El supuesto que se analizará aquí es el de la relativa incertidumbre de la cuantía de la condena. Este supuesto puede presentarse de dos maneras, según si es posible o no establecer bases para una posterior liquidación, bases que por supuesto deberán surgir del expediente; o bien la incertidumbre es salvable con las constancias del expediente, o bien es insalvable. Si la incertidumbre es salvable, entonces la jueza deberá fijar las bases para la determinación, y la interesada deberá ir a una segunda etapa, al menos parcialmente cognoscitiva, con el trámite del art. 812 CPCC que será analizado posteriormente.

Si, en cambio, la incertidumbre es insalvable con las constancias del expediente, esto puede darse por dos causas. Si la incertidumbre insalvable no es imputable a la parte interesada, entonces la jueza deberá fijar prudencialmente el monto de condena. Si la incertidumbre insalvable sí es imputable a la parte interesada, entonces el objeto o rubro pretendido deberán ser rechazados.

Para que se dé la habilitación a la jueza para fijar prudencialmente la cuantía de condena debe tratarse, entonces, de un caso en que la incertidumbre no pueda ser salvada con el material probatorio rendido en el expediente, y que esto no obedezca a una conducta culpable de la parte interesada, sea a título de negligencia, imprudencia o impericia. Por cierto, y como ya se dijo arriba, también se requiere haber mostrado la existencia y entidad cualitativa de la obligación (arg. art. 335 inc. 1 y 2 CPCC), puesto que la incertidumbre sólo puede estar relacionada con su entidad cuantitativa, i. e., *número, valor de las cosas o cuantía de los daños y perjuicios*.

Fijación mediante el prudente arbitrio judicial. Como ya se dijo, para que se habilite la fijación mediante el prudente arbitrio judicial debe tratarse una imposibilidad de determinación de la cuantía no imputable a la parte interesada¹¹. La consecuencia

¹¹ Sobre los requisitos para que se habilite la fijación prudencial la jurisprudencia ha indicado que deben presentarse de modo conjunto las situaciones que requieren los incisos del art. 335 CPCC. Por nuestra parte, no creemos que se trate de tres requisitos, sino de una única situación particular: obligación cuya existencia y entidad cualitativa ha sido acreditada, y cuya cuantía no lo ha sido, sin

jurídica es abierta, y la jueza tiene un amplio marco de discreción para tomar decisiones relativas a la cuantificación. En nuestra opinión, la decisión judicial solo tiene dos límites: un límite negativo está dado por la evitación de la imprudencia en la decisión cuantificativa, y un límite positivo está dado por lo que es habitual en circunstancias análogas.

Las posibilidades son, entonces, muy amplias. El límite de la prudencia impone a la jueza la necesidad de tomar una decisión meditada, y que atienda a todas las circunstancias del caso, y a lo que sucede en el curso normal y ordinario de las cosas. El límite de lo que es habitual en circunstancias análogas completa, de modo positivo, la pauta de la prudencia, puesto que la jueza deberá transitar el camino de lo habitual y la analogía. Finalmente, deberá optarse, dentro de lo habitual, por la opción más moderada.

La jueza no está limitada respecto de las formas de obtener el conocimiento de lo habitual y de apreciar la prudencia que se le requiere. En este sentido, la jueza puede, entre muchas otras cosas, acudir a su propia experiencia personal¹², o a lo que sucede en el curso normal y ordinario de las cosas.

Cabe preguntarse si la jueza podría acudir a las medidas para mejor proveer para determinar la cuantía. Vénica sostiene que sí¹³, en atención al principio de la verdad jurídico objetiva. Por nuestra parte, creemos que, en principio, no es posible que la jueza acuda a medidas para mejor proveer para determinar la cuantía, puesto que no logramos imaginar un supuesto en donde la propia parte interesada no pudiera haber acudido a esta misma medida probatoria. Por esto, creemos que si la jueza puede obtener el elemento probatorio necesario para cuantificar mediante una medida para mejor proveer, entonces es el caso en que la parte también pudo, y por ende, la ausencia de determinación de la cuantía es imputable a la propia parte, y por ende, entonces corresponde el rechazo del objeto o rubro demandado.

En relación a la prudencia como límite de la decisión discrecional de la jueza, esta debe guiarse, según la doctrina, por las reglas de la sana crítica racional¹⁴. En relación la necesidad de optar por la opción más moderada dentro de las habituales en casos análogos, esto ha sido criticado por Matilde Zavala de González¹⁵, que sostuvo que resulta preferible que la jueza deba tomar la opción más razonable, tal

que esta omisión sea imputable a la parte interesada. Conf. DÍAZ VILLASUZO, Mariano A. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*. Córdoba, Advocatus, Tomo 2, p. 322, y TSJ, Sala Civil y Comercial in re *Amarilla, Lidia c. Gatti, Roberto E.* (16.12.02), en La Ley Online, documento TR LA LEY 70018405.

¹² Contra: DÍAZ VILLASUZO, op. cit. nota 8, Tomo 2, p. 323, citando el precedente del TSJ in re *Zallo, Enrique P. c. D'Amario, Víctor H.* (8.5.08)

¹³ VÉNICA, Oscar H. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Ley 8465*. Córdoba, Lerner, 1999, Tomo 3, p. 230 (el comentario a este artículo está redactado, según se aclara en la introducción del libro, por Gustavo A. Massano, pero en este punto Massano cita al propio Vénica en un trabajo anterior, VÉNICA, Oscar H. *Conclusión del juicio*, en AA. VV, *Código Procesal Civil y Comercial, ley 8465*. Córdoba, Foro de Córdoba, p. 127.

¹⁴ LLOVERAS, Nora y MONJO, Sebastián. *La determinación de la cuantía del daño y la negligencia probatoria*. LLC 2007, 453.

¹⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Determinación judicial del monto indemnizatorio*. JA 2006-II, 1323, y op cit. en nota 2, p. 410.

como lo indica el CPCC de Tierra del Fuego, aun cuando también admite que el criterio de apreciación sea estricto.

En relación a la utilización de lo que es habitual en situaciones análogas, se trata de un recurso que se ha utilizado con enorme frecuencia en los tribunales cordobeses en relación a la cuantificación de daños morales difícilmente resarcibles, en donde desde el 2001 el Tribunal Superior de Justicia ha sostenido la necesidad de acudir a mecanismos de tarificación judicial indicativa¹⁶, que contemplen lo otorgado en concepto de indemnizaciones en casos similares¹⁷. Este criterio es difícilmente compatible con las exigencias del art. 1741 del Código Civil y Comercial¹⁸, que establece como pauta cuantificatoria del daño moral los placeres o satisfacciones sustitutivas a que dé lugar el dinero que se pida como indemnización¹⁹, lo que cual exigirá a la parte interesada la alegación y acreditación de tales satisfacciones sustitutivas, bajo pena, a nuestro criterio, de caer en el supuesto fáctico de indeterminación cuantitativa imputable, y por ende, de rechazo del rubro.

Denegación del rubro por indeterminación imputable. Dado el caso de que la indeterminación de la cuantía de la condena obedece a una inactividad imputable a la parte, es decir, que esta haya tenido la carga de probar, y que, pudiendo hacerlo, no lo haya hecho, la consecuencia jurídica es la del rechazo del objeto o rubro pretendido. En este punto es donde se ve con mayor claridad las diferencias del sistema cordobés con las del CPCCN, ya que nuestro sistema ha optado por considerar una circunstancia jurídicamente relevante la diligencia de la parte en la producción de la prueba que tiene a cargo. Este rasgo del sistema cordobés marca una fuerte impronta dispositiva y garantista del proceso civil, y ha sido objeto de gran debate en la jurisprudencia y la doctrina.

El debate sobre este supuesto y su consecuencia jurídica han incluido la cuestión de cuándo hay negligencia probatoria, cuál es el rol del juez en la apreciación de la prueba existente en el juicio, si estamos o no ante una sanción dispuesta por el CPCC, y si estamos o no ante una norma (que puede ser) inconstitucional, debate este que dejaremos para un acápite posterior. En relación a la existencia de negligencia probatoria y cuándo se da, creemos que esta se da sí y solo sí la determinación de la cuantía era posible, es decir, susceptible de ser alcanzada mediante medios probatorios disponibles para un litigante. Si la determinación, en cambio, es imposible (cuestión que abordaremos con más detalle abajo), o no es susceptible de ser alcanzada por un litigante, entonces no habrá tal negligencia. Por esto es que creemos que no es posible que se dé el caso de diligencia

¹⁶ PEYRANO, Jorge W. *De la tarificación judicial iuris tantum del daño moral*. Jurisprudencia Argentina, 1993-I, 877

¹⁷ TSJ, Sala Civil y Comercial *in re Belitzky, Luis E. c. Montoto* (10.4.01), Foro de Córdoba 68, p. 137 y *López Quiros, C. c. Citibank N.A.* (20.6.2006), LLC 2006, 894.

¹⁸ JUÁREZ FERRER, Martín. *Cuantificación del daño moral por escalas*. En JUÁREZ FERRER, Martín (dir.) *Cuantificación. Parte General*. Buenos Aires, La Ley, 2017.

¹⁹ Puede verse MARCELLINO, Leonardo. *Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial*, en Revista de Derecho de Daños, N°3, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p.427. y PIZARRO, R. Daniel. *Cuantificación judicial del daño moral. Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias*. LL23.9.20, p. 1.

probatoria y determinación cuantitativa vía medida para mejor proveer al mismo tiempo.

En búsqueda de una interpretación más flexible de este supuesto, la doctrina ha sostenido que la jueza deberá hacer un esfuerzo especial²⁰ en orden a intentar determinar la cuantía en base al material probatorio existente en el expediente, siendo especialmente cauto en la apreciación de la negligencia. Por nuestra parte, no creemos que haya posible esfuerzo, si no, o bien un criterio laxo en la apreciación de la prueba de la cuantía, cuando se ha probado la existencia cualitativa, o bien, si la jueza considera que la norma resulta, en el caso concreto, inconstitucional, deberá ejercer sus facultades de control judicial de constitucionalidad.

Alguna doctrina²¹ ha cuestionado que como consecuencia de la negligencia probatoria de la parte interesada el rubro u objeto de la condena resulte rechazado, entendiendo que esto equivale a una suerte de sanción. Por nuestra parte, entendemos que no estamos ante una sanción sino de una mera consecuencia del incumplimiento de la carga de probar, que en relación a determinadas pretensiones de condena tiene perfiles precisos, que exigen lograr un grado de acreditación de la entidad cualitativa y cuantitativa de lo pretendido. Como otras muchas cargas del proceso civil, su incumplimiento acarrea consecuencias negativas, que en casos pueden aún ser mucho más graves, por ejemplo, el caso de la perención de instancia de un litigio en donde se ha acreditado en forma completa, cualitativa y cuantitativamente, la obligación de indemnizar perjuicios gravísimos, derivados de un accidente causó el estado de vida vegetativo del damnificado, y que perime por la inactividad en la etapa de alegatos. Creemos que en este caso difícilmente se podrían dejar de aplicar las reglas de la perención de instancia por los derechos en juego, sin importar si se ha acreditado completamente el daño y solo faltara alegar y decidir. Adicionalmente, existen sin duda sanciones en el ámbito del derecho procesal civil, y por nuestra parte, entendemos que estas son perfectamente válidas en éste ámbito, y que no hay problema alguno de constitucionalidad en que un código procesal como el CPCC contenga un elenco de sanciones determinadas para problemas determinados, tales como, entre otras, las del art. 83 CPCC.

VI.- El ámbito problemático. Indeterminación no imputable.

Una vez mostrados, en los acápite anteriores las diversas alternativas en torno a la determinación cuantitativa de la condena, es posible mostrar ahora que tan grande es el ámbito de aplicación, en términos prácticos, de las reglas ya analizadas, y en particular, los supuestos que plantean, para la doctrina ya mencionadas, supuestos de lagunas axiológicas²² o de eventuales

²⁰ Conf. LLOVERAS y MONJO, op. cit. nota 10 y VÉNICA, op. cit., nota 9, p. 231

²¹ Conf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, en op. cit. en nota 11, en donde sostuvo que *no cabe denegar la reparación con criterio procesal "sancionatorio" de la posible negligencia probatoria del pretensor, en tanto y cuanto no exista un resorte jurisdiccional subsanatorio de tal falencia; y al margen - reiteramos- de que en tal hipótesis la inactividad del actor conduzca a una indemnización mesurada o estricta*. En la misma línea se encuentran LLOVERAS y MONJO, op. cit.

²² Seguimos aquí la terminología de ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea, 1973.

inconstitucionalidades. Para esto es útil analizar si existen rubros u objetos respecto de los cuales la condena plantea dificultades en su cuantificación.

El ámbito obligacional. En primer lugar, cabe formular una distinción que siga la clasificación de las obligaciones en aquellas de dar, de hacer y de no hacer (arg. arts. 746, 773 y 778 CCC). Las obligaciones de no hacer y de hacer tienen como objetos prestaciones que implican una conducta activa u omisiva de parte de la deudora, y que no necesariamente se traducen en una suma de dinero, aunque pueden incluirla de modo accesorio, o de modo principal si el cumplimiento específico no fuera posible. Las obligaciones de dar, en cambio, si contienen una prestación de dar cosas, que pueden ser ciertas y determinadas o indeterminadas de diversas maneras hasta llegar a la total fungibilidad de las obligaciones de dar sumas de dinero. Con esto quiero decir que el problema de la indeterminación cuantitativa puede darse de modo directo en las obligaciones de dar cosas fungibles, y de modo accesorio en las obligaciones de dar cosas ciertas y de hacer y de no hacer, sea como condenas accesorias de daños y perjuicios o bien ante la imposibilidad de ejecución forzada o cumplimiento por tercero. El problema de la indeterminación, entonces, se presenta como especialmente agudo en obligaciones de dar cosas fungibles y en obligaciones de indemnizar que surgen o bien por transformación del objeto obligacional por imposibilidad de ejecución forzada o cumplimiento por tercero. Esto ya delimita el problema, ya que solo puede darse en un sector limitado de juicios.

El objeto de la condena. En segundo lugar, cabe recordar lo ya dicho respecto del objeto de la condena, en el acápite tercero. La condena de intereses es siempre determinable, y usualmente las sentencias mandan a pagar una suma y dan pautas para la liquidación puramente aritmética de los intereses. En relación a los frutos, el problema también es acotado, puesto que en general estos serán fácilmente determinables o bien en la sentencia o bien mediante el material probatorio producido durante la etapa probatoria del juicio, y si la sentencia no los liquida probablemente siente bases para esa tarea en la ejecución. Los problemas se presentarán con mayor frecuencia, entonces, en el ámbito de la cuantificación de daños y perjuicios.

Cuantificación de daños y perjuicios. Aquí se presentará la mayor parte de los problemas de indeterminación cuantitativa de obligaciones. Nuevamente, algunas distinciones ayudarán a ver cuál es la verdadera magnitud del problema; estas distinciones imponen distinguir los rubros en los que se dividen los daños y perjuicios, y a su vez, las distintas especies dentro de cada rubro. De esta manera, y si se toma en cuenta la distinción entre daño patrimonial y extrapatrimonial, cabe destacar que el ámbito del daño extrapatrimonial es un ámbito en donde las posibilidades de producir material probatorio son cuando menos muy limitadas. En el ámbito de daños extrapatrimoniales derivados de lesiones a la vida o a la integridad física o psíquica suele entenderse que el daño ni siquiera precisa una prueba en relación a su entidad cualitativa, sino que surge *in re ipsa* (arg. art. 1744 CCC), y por ende, mucho menos es necesaria una prueba sobre su entidad

cuantitativa. De hecho, suele entenderse que tal prueba es, en verdad, imposible²³, y que el esfuerzo probatorio podrá solo dirigirse a *poner de relieve circunstancias cualitativas atinentes a la existencia y dimensión del perjuicio espiritual*. Algo parecido sucede con lesiones a intereses tales como el buen nombre, el honor y la dignidad personal. En el caso de lesión a intereses exclusivamente patrimoniales suele entenderse que el daño extrapatrimonial no resulta presumible, pero se admite la prueba de su existencia y entidad cualitativa, aun cuando tampoco en estos casos resulta posible la producción de prueba concreta sobre su entidad cuantitativa. En relación al daño extrapatrimonial de fuente contractual, generalmente se vincula a la lesión de intereses de tipo patrimonial, y si bien no se presume su existencia de la lesión a estos intereses, se entiende que puede probarse su existencia y entidad cualitativa, pero no su entidad cuantitativa. De todo esto surge, con claridad, que en el ámbito del daño extrapatrimonial no es posible producir prueba sobre su entidad cuantitativa, y que por ende, no podría darse el caso de denegación de la pretensión por negligencia en la producción de prueba.

El método de satisfacciones sustitutivas y las cargas probatorias. Sin embargo, antes de dar esto por cierto cabe reflexionar que tipo de deberes impone el método de cuantificación de satisfacciones sustitutivas del art. 1741 CCC, aun cuando ello excede largamente el comentario al CPCC. En nuestra opinión, el art. 1741 y en particular el método de satisfacciones sustitutivas (o placeres compensatorios) impone a quien reclama el daño las siguientes cargas: 1. Estimar el daño en la demanda (al igual que en el régimen del CC); 2. Vincular la estimación con determinados placeres o satisfacciones determinados en su entidad cualitativa; 3. Alegar y acreditar el valor de tales placeres o satisfacciones. Así entendidas, las cargas de este método implican producir prueba sobre el valor de satisfacciones sustitutivas²⁴. Esta carga probatoria no incide ya sobre la entidad cuantitativa del daño sino sobre la forma, indirecta, de cuantificación. Creemos, en consecuencia, que en caso de que no se acredite el valor de tales placeres o sustituciones nos hallaremos nuevamente en el caso de indeterminación cuantitativa, y muy probablemente esta se deba a la negligencia de la interesada, puesto que por definición estos placeres o sustituciones son de carácter eminentemente patrimonial, y por ende, fácilmente comprobables en su cuantía.

El método de satisfacciones sustitutivas todavía no tiene total vigencia práctica en el ámbito de los tribunales cordobeses, aún cuando cada vez se lo utiliza con mayor frecuencia, y por lo tanto, podemos decir que, respecto del daño extrapatrimonial todavía puede quien pretende resarcimiento dejar de indicar los placeres o satisfacciones sobre la base de los cuales estima la indemnización que pretende, y tampoco acreditar tales valores, pero esta afirmación dejará de ser válida cuando el sistema entre en pleno vigor práctico y se haga absolutamente exigible la acreditación del valor de las satisfacciones sustitutivas.

²³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, op. cit. nota 2, p. 390.

²⁴ Creemos que aquí sí estamos ante verdaderas cargas de alegar y probar, a diferencia de los antecedentes jurisprudenciales que podían mencionarse e incluso probarse bajo el sistema del CC y de la tarifación judicial indicativa. Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, op. cit. nota 2, p. 390.

Daños patrimoniales presumidos. Dentro del ámbito del daño patrimonial, es sabido que hay dos grandes especies, que son el daño emergente y el lucro cesante. En el ámbito del daño emergente, existen algunas especies de daños respecto de las cuales existen presunciones relevantes; en efecto, el art. 1746 CCC, en relación a indemnizaciones derivadas de lesiones a la integridad física o psíquica indica que *se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resulten razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad*. Esta presunción sin dudas abarca la existencia y entidad cualitativa de los daños, y aunque no es tan claro, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que también se presumen estos daños en su entidad cualitativa. Adicionalmente, estos daños suelen ser difíciles o muy onerosos de acreditar en su entidad cuantitativa, por cuanto en general se dan en situaciones en donde la pre constitución de prueba es la última de las prioridades de la damnificada o sus familiares, y en donde poner energía en cuidar los recibos recibidos puede ser considerado, en nuestras costumbres, como super erogatorio. Por ende, la falta de prueba sobre la determinación cuantitativa de estos daños difícilmente pueda ser considerada imputable a quien reclama indemnización. La doctrina ha discutido respecto de si gastos de una cierta importancia pueden incluirse dentro de estas presunciones²⁵; por nuestra parte entendemos que estos gastos, y en particular, los que se hacen en los primeros momentos después de un evento dañoso, y más aún cuando las lesiones son de gravedad y hay riesgos de incapacidades importantes o muerte, deben considerarse incluidos aun cuando se trata de montos importantes. En el caso de gastos médicos, de farmacia y de transporte, vinculados a eventos dañosos que producen lesiones, la indeterminación cuantitativa de los daños puede considerarse no imputable a la damnificada, y por ende, fijable de modo prudencial por las juezas, teniendo en cuenta los parámetros del art. 335 CPCC y la regla de razonabilidad del art. 1746 CCC.

Otros daños susceptibles de prueba en su cuantía. Por último, creemos que en el ámbito del lucro cesante y de otros daños emergentes no se presentan con facilidad supuestos en los que la indeterminación cuantitativa de la obligación debida no es imputable al reclamante; por ende, podemos concluir que el ámbito en donde el damnificado debe si o si prestar atención a la acreditación de la determinación cuantitativa de su reclamo es el ámbito de los daños patrimoniales emergentes que no son gastos médicos, farmacéuticos y de transporte en caso de lesiones, y en el ámbito del lucro cesante. En el ámbito del daño extrapatrimonial, en tanto no entre en plena vigencia el sistema de la cuantificación vía satisfacciones sustitutivas el damnificado podrá omitir producir prueba sobre la cuantía de la indemnización, pero siempre con la carga de estimar el daño; sin embargo, a medida que la vigencia del método del art. 1741 CCC se extienda entonces habrá un nuevo ámbito en donde la no producción de prueba sobre la cuantía acarree como consecuencia la denegación de la pretensión.

Prueba imposible, muy difícil, onerosa y posible. Otra forma de abordar esta cuestión es distinguir la producción de prueba según sus posibilidades de producción: las categorías de prueba imposible, muy difícil u onerosa tendrían

²⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, op. cit. nota 2

como regla que su no producción no acarrea como consecuencia jurídica la denegación del reclamo sino la fijación judicial de la cuantía de la obligación; mientras que la categoría de la prueba posible indica que su no producción y la consiguiente falta de prueba de la determinación cuantitativa de condena pretendida se traducen en un rechazo del rubro pedido.

Dentro de la categoría de daños cuya acreditación cuantitativa es imposible, y por ende, su falta de acreditación no es imputable a la parte, podemos situar al daño moral, bajo el método de cuantificación del prudente arbitrio, o de la tarifación judicial indicativa, hoy en retroceso frente al nuevo art. 1741 CCC; también puede resultar imposible la prueba de ciertos daños futuros, que pueden resultar una consecuencia causal adecuada del evento dañoso, y que pueden tardar más o menos en manifestarse, tales como por ejemplo, los daños que causa el tabaquismo en la salud cardíaca y respiratoria en fumadores y quienes conviven con ellos. Por último también pueden incluirse en esta categoría no ya rubros enteros de daños, sino la determinación precisa de las chances o probabilidades de ocurrencia de un evento, lo que usualmente queda librado a la prudente estimación de la jueza²⁶.

En la categoría de daños cuya cuantía puede ser de acreditación muy difícil, y como consecuencia, la falta de prueba no es imputable a la parte, están, por una parte, los gastos médicos, farmacéuticos y de transporte que se hacen en los momentos cercanos y posteriores a un accidente. En estos momentos, como se dijo, la prioridad de la damnificada y sus familiares está siempre puesta en la persona y no en el eventual reclamo de tales gastos, y eso conspira contra la posibilidad de poner cuidado en la acreditación de estos gastos. Por otra parte, también pueden incluirse aquí aquellas cosas o servicios respecto de las cuales, más allá de que exista un deber de emitir factura, no se estila hacerlo o no se da recibo usualmente, como por ejemplo, traslados, honorarios médicos no cubiertos por la obra social y otros de este tipo. En esta categoría confluyen daños cuya imposibilidad de acreditación es objetiva²⁷, por cuanto, por ejemplo, simplemente no se da recibo (v. gr. honorarios médicos no cubiertos), y otros cuya imposibilidad es subjetiva, es decir, deriva de la particular situación de la persona que es víctima, que tiene la posibilidad de guardar o de pedir recibos en el momento en que se encuentra.

Por último, existe la categoría de daños cuya determinación cuantitativa es muy onerosa, sea porque esta prueba es en sí muy onerosa y por ende fuera del alcance del damnificado, o bien por que el costo de producción de la prueba excede el valor del daño.

La situación en la que la acreditación de la cuantía es muy difícil o demasiado onerosa ha sido tenido en cuenta en el derecho comparado como una situación en la que se habilita a la jueza a la fijación prudencial de los daños (Principios Europeos de Derecho de la Responsabilidad Civil, art. 2:105). En este contexto, la

²⁶ Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, op. cit. nota 11.

²⁷ Ibidem.

prueba se entiende como demasiado difícil si *ni siquiera una prueba pericial puede clarificar la precisa extensión del daño con razonable certeza*²⁸

En la jurisprudencia se ha entendido que *la configuración y cuantía de los daños ocasionados por la sustracción de objetos previamente dados a depósito con fines de transporte deben determinarse en base a presunciones, dado que en tales casos la prueba directa resulta extremadamente dificultosa y de casi imposible producción*²⁹. También se ha dicho que *es improcedente la reparación del daño material sufrido por el actor como consecuencia de la sustracción de efectos personales acaecidos durante su estadía en un hotel si, no obstante la estimación de los elementos sustraídos efectuada en la demanda, omitió discriminar el valor de cada uno y aportar la prueba pertinente a fin de determinar el perjuicio*³⁰

VII.- La práctica en Córdoba. ¿Flexibilización?

El esquema normativo ya reseñado se presenta como claro, en cuanto a que si la indeterminación cuantitativa obedece a una omisión de prueba imputable a la parte reclamante entonces el rubro reclamado debe ser rechazado. Sin embargo, la práctica en los tribunales cordobeses permite hablar de una cierta flexibilización³¹ de estas reglas, en base a requerimientos acotados en cuanto a la determinación cualitativa del daño, un estándar de diligencia probatoria de baja intensidad, y un entendimiento amplio de las facultades de la jueza de estimar según su prudente arbitrio.

Se ha entendido que la regla que impone el rechazo del reclamo cuando la pretensora ha sido negligente en la producción de la prueba de la entidad cuantitativa de la obligación puede ser mitigado cuando este rechazo implica, o bien la denegación de un derecho subjetivo³², o bien el desconocimiento de la verdad jurídico-objetiva³³. Por nuestra parte, y en relación al argumento que sostiene que la posible denegación de un derecho subjetivo exige una flexibilización del sistema, no estamos de acuerdo, puesto que nos parece que no es el único caso de una consecuencia importante para quien incumple cargas procesales (quizás la más grave situación esté dada por la institución de la perención de la instancia), y que además, la acreedora de una indemnización es siempre titular de un derecho subjetivo, es decir, un derecho de crédito. Entender que los derechos subjetivos no pueden ser afectados por la negligencia probatoria implicaría, en relación a los

²⁸ MAGNUS, Ulrich. *Comentario al art. 2.105 PETL*. En European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. Texto y Comentario*, Navarra, Aranzadi, 2008.

²⁹ CNCCom, Sala A, 20.10.04, en DJ 2005-1, 435, citado por ZAVALA DE GONZÁLEZ, op. cit. nota 2, p. 399.

³⁰ CNCiv, Sala M, 11.3.02, en RCyS 2002-837, citado por ZAVALA DE GONZÁLEZ, op. cit. nota 2, p. 399, quien desapueba el criterio del tribunal. Por nuestra parte, consideramos acertado el criterio del tribunal, ya que la falta de determinación de la cuantía cuya imposibilidad habilita la fijación prudencial solo comprende la acreditación de la cuantía, pero siempre tiene el pretensor la carga de expresar su pretensión en forma clara.

³¹ Conf. DÍAZ VILLASUZO, op. cit. nota 8, p. 324.

³² Conf. DÍAZ VILLASUZO, op. cit. nota 8, p. 324, LLOVERAS y MONJO, op. cit. y VÉNICA, op. cit. nota 10, p. 230. En particular, LLOVERAS y MONJO y VÉNICA entienden disvaliosa la solución del CPCC, en la medida en que sus reglas permitirían que la lesión a un derecho subjetivo quede sin reparación.

³³ Conf. DÍAZ VILLASUZO, op. cit. p. 325, citando al TSJ, Sala Civil y Comercial in re *Ortiz de Zárate, Federico c. Automovil Club Argentino* (26.8.09) y *Sociedad Española* (12..8.10).

supuestos que nos ocupan, que nunca habría el caso de rechazo del rubro, puesto que como siempre estamos ante derechos subjetivos de crédito, entonces siempre la jueza debe fijar prudencialmente los daños. Esta interpretación nos parece equivocada puesto que no solo en términos de sistema las reglas del art. 335 quedarían sin campo de aplicación, y por ende, supondríamos que la legisladora ha incluido una norma superflua, sino que además entendemos que el incumplimiento de cargas procesales puede perfectamente generar la pérdida de derechos subjetivos (y de hecho, lo hace en muchas ocasiones, en el mismo ámbito del CPCC y en otros ámbitos). Por último, más allá de la evaluación negativa que pueda hacerse del sistema, creemos que es importante distinguir lo que las reglas son de lo que reglas deberían (o creemos que deberían) ser, y en este caso, el sistema del CPCC contiene una regla muy clara que para la negligencia probatoria en la determinación de la cuantía la consecuencia jurídica es el rechazo del rubro pretendido.

En relación al principio de la verdad jurídico objetiva, no creemos que este imponga una flexibilización del sistema del CPCC, y que el principio de la verdad jurídico-objetiva no resulta contradictorio con la consecuencia jurídica del rechazo del rubro ante el caso de la negligencia probatoria en la cuantía de la pretensión. Dada la compatibilidad del principio, no hay entonces necesidad de declaración de inconstitucionalidad alguna del sistema. Eventualmente, aunque no compartimos la postura, creemos que la invocación de este principio podrá sí justificar una apreciación muy laxa del estándar probatorio de la cuantía de la condena, que lleve de esta manera a una flexibilización del sistema.

Resulta interesante repasar los casos de flexibilización que detalladamente revisa Díaz Villasuzo, y verificar cuando estamos ante una flexibilización razonable, y cuando ante una modificación del sistema incompatible con la letra de la ley; por último también encontramos casos en donde, a nuestro criterio, no hay flexibilización sino una imposibilidad de determinación de la cuantía no imputable a la parte por ser la prueba imposible, difícil, o muy onerosa:

1. Flexibilización aceptable.
 - a. Utilización de pruebas indirectas o elementos probatorios débiles. Se dan casos en donde el tribunal acude pruebas indirectas, o elementos probatorios muy débiles, tales como por ejemplo, la cuantificación del costo de reparación de un auto en base a un presupuesto que no fue reconocido³⁴. Estos nos parecen casos de flexibilización aceptable, ya que aun cuando la prueba era débil existía algún elemento probatorio.
2. Inaceptable modificación del sistema.

³⁴ Cám. 1 Civ. y Com. Cba, in re *Misa, Rogelio c. Pires, Hernán* (26.11.13), en La Ley Online Documento TR LA LEY AR/JUR/90782/2013, Cám. 5 Civ. y Com. Cba.in re *Maghetti, Lucas c. Franco, Mariana I.* (18.12.13), en La Ley Online Documento TR LA LEY AR/JUR/100404/2013; en este fallo se fundamenta la decisión en que es contradictorio tener por acreditado el daño y negar compensación por no haber prueba de su monto; por cierto, estamos de acuerdo con el criterio de utilización de pruebas indirectas, pero no con el cuestionamiento del sistema de determinación unificada del CPCC cordobés. .

- a. Acreditación mediante experiencia de la jueza o búsqueda en internet. Existen casos en donde el tribunal construye las pruebas de la cuantía en base a búsquedas en internet³⁵ o su propia experiencia³⁶. Creemos que si la jueza pudo acreditar la cuantía del daño en base a su experiencia o a búsquedas en internet es porque la parte también pudo haberlo hecho, y si pudo haberlo hecho y no lo hizo entonces fue negligente. Estos casos, que más que flexibilizar el sistema lo modifican, son casos que el tribunal simplemente suple la negligencia del pretensor y lesiona el principio de imparcialidad para facilitar la tarea de una parte, o evitarle las consecuencias negativas de su mal proceder.
3. No hay flexibilización.
 - a. Cuantía de la privación de uso. Casos donde se reclama privación de uso de un vehículo³⁷, en los que se ha entendido que la falta de prueba de la cuantía de la privación, lo que podría hacerse a través de recibos o tickets, no impide que la jueza fije prudencialmente la cuantía del rubro. En estos casos, la pauta del art. 335 CPCC requiere la consideración de lo que es habitual en casos análogos, lo que excluye, por ejemplo, lo que podría haber sido pero no es habitual (por ejemplo, el alquiler de un auto)³⁸. Por nuestra parte creemos que no estamos en verdad ante una flexibilización del sistema, sino del supuesto de prueba difícil de producir, y por ende, de indeterminación cuantitativa no imputable a la pretensora.
 - b. Dificultad para probar ingresos en el lucro cesante.
 - i. Existen muchos casos en donde la damnificada no logra probar sus ingresos, y en estos casos los tribunales utilizan como parámetro el salario mínimo vital y móvil. Creemos que tampoco estamos aquí ante una flexibilización del sistema, en la medida en que, por ejemplo, por no estar registrado, la damnificada tiene a su cargo una prueba difícil de producir.
 - ii. En otros casos, la damnificada no logra acreditar la efectiva afectación de sus ingresos, en casos en que el tribunal considera que esta es una condición jurídicamente relevante³⁹, y en estos casos, los tribunales suelen tomar también el salario mínimo vital y móvil como medida de la pérdida de ingresos por incapacidad vital.
 - c. Prueba imposible. Cuantía del Daño Moral. También se menciona dentro de los supuestos de flexibilización la fijación prudencial del

³⁵ Cám. 8 Civ. y Com. Cba. in re *Carrizo, Hugo M. c. Libertad* (9.2.14).

³⁶ Cám. 3 Civ. y Com. Cba. in re *Soria, Pedro A. c. Ferragut, Julián A.* (29.12.09) en Semanario Jurídico N° 1748, del 18.3.10, en SJ 101-2010.A, p. 365. .

³⁷ Cám. 6 Civ. y Com. Cba, in re *Baigorriá, Ariel W. c. Acosta, Darío* (16.8.12), en La Ley Online Documento TR LA LEY AR/JUR/51926/2012; Cám. 9 Civ. y Com. Cba, in re *Cáceres, Mariana c. Speggiari, Oscar* (15.2.13), en La Ley Online Documento TR LA LEY AR/JUR/282/2013

³⁸ TSJ, Sala Civil y Comercial, in re *Chávez, Daniel A. c. Bank Boston* (28.5.07), en La Ley Online Documento TR LA LEY AR/JUR/2873/2007.

³⁹ Ver JUÁREZ FERRER, Martín. *Daño lesión, daño consecuencia y lucro cesante*. En JUÁREZ FERRER, op. cit. nota 15. Contra este criterio, ver CSJN in re *Grippo, Guillermo c. Campos, Enrique* (2.9.21) en Fallos 344:2256 y *Ontiveros, Stella M. c. Prevención* (10.8.17), en Fallos 340:1038.

daño moral⁴⁰. Por lo ya dicho en el acápite anterior, creemos que cuando se cuantifica daño moral en base al método del prudente arbitrio judicial o a la tarifación judicial indicativa no estamos ante una flexibilización, por cuanto en estos sistemas la prueba directa de la cuantía del daño moral resulta imposible. Sin embargo, en un sistema de cuantificación mediante satisfacciones o placeres sustitutivos la prueba de la cuantía del daño no es ya directa, y por ende imposible, sino que es indirecta, por vía de alegación y prueba de placeres, cuya determinación cuantitativa es factible y cuya falta de prueba (y de alegación) causará el rechazo de la demanda en este rubro.

VIII.- Constitucionalidad del sistema.

Cierto sector de la doctrina ha entendido que el sistema del CPCC resulta inconstitucional, en particular, en cuanto permite que un daño cuya existencia fue acreditada quede sin resarcimiento si por negligencia de la parte no se probó su entidad cuantitativa. Para Perrachione⁴¹ este sistema consagra un rigor formal inconstitucional, en los términos del muy conocido precedente Colalillo⁴² de la CSJN, que sería contrario al derecho de defensa en juicio y derivaciones de este, tales como por ejemplo, el derecho de acceso a la justicia.

Por su parte Zavala de González⁴³ sostiene la *frecuente inconstitucionalidad del sistema cordobés*. Los motivos de esta inconstitucionalidad son que *lesiona el sistema resarcitorio y deja insoluto la transgresión al principio que veda dañar a otro (art. 19 CN)*, y también el dispar tratamiento que reciben daños morales y patrimoniales frente la ausencia negligente de prueba de la cuantía. Entendemos que Zavala de González hace referencia al derecho constitucional a la reparación integral, una de cuyas fuentes es precisamente el art. 19 CN⁴⁴, así como también al derecho a la igualdad.

Por nuestra parte, creemos que ninguno de los tres motivos que menciona esta doctrina hacen al sistema cordobés inconstitucional, sino que, por el contrario, las reglas del sistema y en particular, el rechazo del rubro o pretensión cuando por negligencia no se probó la cuantía son reglamentaciones razonables del derecho de defensa en juicio (los propios códigos procesales no son otra cosa que reglamentaciones del derecho constitucional de defensa en juicio), y que además estas reglamentaciones no restringen de modo irrazonable ni el derecho a la reparación integral ni el derecho a la igualdad.

En primer lugar, y en relación al derecho de defensa en juicio, que resultaría violado por el excesivo rigorismo que Perrachione le imputa al sistema del CPCC, creemos que en verdad no hay tal violación. Este sistema contempla una consecuencia negativa para una conducta que no es un deber sino una facultad de

⁴⁰ Cfr. DÍAZ VILLASUZO, op. cit., Tomo 2, p. 328.

⁴¹ PERRACHIONE, op. cit. nota 5

⁴² CSJN in re *Colalillo, Domingo c. Compañía de Seguros* (18.9.57), en Fallos 238:550.

⁴³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, op. cit. nota 2, p. 408 y ss.

⁴⁴ Con mayor detalle, el tema fue abordado en JUÁREZ FERRER, Martín. *El derecho constitucional a la reparación integral*. Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

quien lleva a un tribunal una pretensión. Se trata, entonces, del género de situaciones jurídicas que se conoce con el nombre de cargas, que han sido frecuentemente definidos como imperativos del propio interés, entre las que se encuentran, entre otras especies, la carga de la prueba, y la carga de impulsar el proceso en sistemas procesales dispositivos (como el del CPCC). En el propio ámbito del CPCC la falta de cumplimiento de la carga de impulsar el proceso puede concluir en la terminación del proceso por vía de perención, lo que en la mayor parte de los casos es una consecuencia más grave que el rechazo de un rubro indemnizatorio por falta de prueba sobre su cuantía. Sin embargo, tanto la perención como otras consecuencias negativas del incumplimiento de cargas, en el ámbito del proceso civil y en otros ámbitos (por ejemplo, en el ámbito del derecho de seguros) son perfectamente constitucionales y no ocasionan, *per se*, la inconstitucionalidad del sistema ni constituyen rigorisismos formales excesivos.

En segundo lugar, y en relación a la lesión que podría haber al derecho a la reparación integral, es necesario señalar dos cuestiones: la primera es que el derecho a la reparación integral no se da respecto de todos los daños que existen, sino de los daños que el propio sistema jurídico considera resarcibles; la segunda es que el derecho a la reparación integral, como la mayor parte de los derechos, no es absoluto, sino que, por el contrario, es susceptible de reglamentación, en la medida en que esta sea razonable y no lo restrinja, altere o lesione en su contenido esencial. El propio CCC contiene una reglamentación del derecho a la reparación integral, en forma de derecho de daños, que permite el resarcimiento de daños a través de un sistema de reglas. Con esto queremos decir que del hecho de que el daño quede sin resarcimiento no se deduce, sin más, la inconstitucionalidad del sistema. El derecho a la reparación integral es perfectamente compatible con instituciones tales como la perención de instancia, el pago de aportes para acceder a la jurisdicción, los pactos de cuota litis, y los factores subjetivos de atribución; siendo todas estas instituciones que moldean (y limitan el acceso a) el derecho a la reparación integral de los daños.

Finalmente, en relación a la inconstitucionalidad derivada del tratamiento dispar de daños patrimoniales y extrapatrimoniales, creemos que tampoco hay allí inconstitucionalidad. Lo que la CN prohíbe, y así lo recoge la jurisprudencia de la CSJN, es que se hagan diferencias *arbitrarias* o diferencias *discriminatorias*. No parece acá darse el caso de diferencias arbitrarias, desde que la diferencia de exigencia de prueba en la cuantía deriva de la naturaleza de los daños o de sus métodos de cuantificación. Adicionalmente, lo ya dicho respecto de las exigencias probatorias que plantea el método de cuantificación del daño moral por vía de los placeres compensatorios (art. 1741 CCC) hace que en cierto modo el tratamiento del daño patrimonial y extrapatrimonial haya quedado, en este punto, equiparado.

Concluimos que la opción que ha tomado el legislador cordobés deriva de las potestades que tiene la Provincia como derivación del art. 75 inc. 12 CN, y que se trata de una de las posibles opciones a seleccionar, dentro del margen de elección

que la CN le confiere, y que esta decisión está dentro del ámbito de su política procesal⁴⁵.

IX.- Proceso de determinación de daños.

Como ya se dijo anteriormente, el sistema procesal cordobés, que en relación a la cuestión de la determinación de la cuantía de la condena podríamos llamar de unificación (por oposición al sistema de desdoblamiento, del CPCCN) contiene como regla general que la determinación cuantitativa debe hacerse en la sentencia, tanto en casos en que existe prueba suficiente como aquellos en que la falta de prueba sobre el punto no es imputable a la parte y por ende la cuantía se fija según el prudente arbitrio judicial. Como regla subsidiaria, ante el caso de imposibilidad de liquidar de modo completo la condena, el art. 333 CPCC impone a la jueza establecer *las bases sobre las que haya de hacerse la liquidación*. Estas reglas son perfectamente compatibles con liquidaciones simplemente aritméticas, que comprenden en general todas las cuestiones vinculadas a intereses, y una muy buena parte de las cuestiones vinculadas a los frutos y daños y perjuicios. En estos casos de liquidación simplemente aritmética el trámite de esta es el del art. 564 CPCC, y hay un contradictorio incidental reducido a una vista de la liquidación con posibilidad de impugnarse, pero sin otro tipo de actividad probatoria que la meramente documental.

En el ámbito de las condenas de frutos y de daños y perjuicios puede darse el caso de que la liquidación *que haya de hacerse* no sea simplemente aritmética, sino que requiera de una etapa de conocimiento más desarrollada, con producción de pruebas otras que documentales. En estos casos, el trámite que corresponde no es el del art. 564 CPCC sino el del art. 812 y ss.. Se reproducen a continuación estos artículos:

Cantidades ilíquidas

ARTÍCULO 812.- En el caso del art. 333, quien hubiere obtenido la sentencia, al instar la ejecución presentará una relación de los daños y perjuicios, frutos o intereses y su importe, sujetándose, a las bases establecidas.

Traslado de la relación

ARTÍCULO 813.- De la relación antes mencionada se dará traslado al condenado por la sentencia, para que dentro del plazo de seis días conteste lo que estime conveniente.

Conformidad del deudor

ARTÍCULO 814.- Si el deudor se conforma con la relación y su importe, o no contestare el traslado, el tribunal la aprobará sin ulterior recurso y se procederá a hacer efectiva la suma fijada en la forma establecida en los artículos 805 y 811.

Impugnación

ARTÍCULO 815.- Si el deudor impugna la relación o su importe, en el mismo acto deberá ofrecer la prueba, procediéndose de acuerdo con el art. 510 y siguientes.

⁴⁵ DÍAZ VILLASUZO, op. cit. Tomo 2, p. 324.

En relación a estos casos caben las siguientes preguntas: 1. ¿Qué tipo de proceso es este proceso? 2. ¿Puede la acreedora pedir que la liquidación se haga por este trámite en la demanda?

En relación al tipo de proceso, creemos que estamos ante un proceso de conocimiento limitado, que tiene la forma de un incidente con un trámite especial. Este proceso completa la decisión de la sentencia, que ha sido desdoblada en dos partes. La sentencia de condena genérica produce un *efecto de cosa juzgada material sobre todos los elementos constitutivos del derecho a la indemnización*⁴⁶ y el proceso de liquidación posterior es un *verdadero incidente declarativo dentro del proceso de ejecución*⁴⁷.

En una primera parte, la acreedora de la obligación debe presentar una *relación de daños*, que no es otra cosa que una demanda incidental⁴⁸ en que se expresa su pretensión respecto de la liquidación, y las pruebas de las que ha de valerse (arg. art. 507 CPCC), todo ello según las bases establecidas en la sentencia. Cabe destacar que no se trata de una nueva oportunidad de mostrar los daños y que la pretensión no puede desbordar la condena de la sentencia, sino que solo se trata de un desdoblamiento de la decisión⁴⁹.

El traslado (por seis días, art. 813 CPCC) a la contraparte abre un doble juego de posibilidades: o bien no hay oposición, y entonces la *relación* se aprueba *sin ulterior recurso* y entonces la decisión judicial queda completa y liquidada, y de algún modo, podemos decir que el incidente retoma el camino de las liquidaciones simplemente aritméticas del art. 564 CPCC. Por ende, luego queda expedita la ejecución de esta(s) decisión(es) por la vía de la ejecución de sentencia líquida del art. 805 CPCC y ss.

En cambio, si la deudora *impugnare la relación y su importe* (art. 815 CPCC) el trámite continúa siendo el mismo de los incidentes genéricos, es decir, el trámite del juicio abreviado, lo que queda confirmado con la remisión al art. 510 CPCC y ss.

En segundo lugar, creemos que la liquidación mediante relación de daños no es una opción que el legislador abre a la actora, sino que se trata de una facultad discrecional del tribunal⁵⁰. Sin embargo, de igual manera en que a veces se ve que las partes piden medidas para mejor proveer, aunque estas sean una facultad exclusiva del tribunal y ajenas a la iniciativa de parte, creemos que probablemente una petición en este sentido, fundamentada en dificultades de liquidar en la

⁴⁶ CORDÓN MORENO, Faustino. *La sentencia de condena a indemnizar daños y perjuicios*. En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, N° 8, año 1984, p. 41,

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ GIANNINI, Leandro J. *La liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos*. En *Revsita Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 2014, p. 219 y ss., ha sugerido que este tipo de incidente se parece en alguna medida al incidente regulatorio, y por nuestra parte estamos de acuerdo.

⁴⁹ Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, op. cit. nota 13.

⁵⁰ Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, op. cit. nota 13.

sentencia o en la conveniencia del desdoblamiento, tiene posibilidades de ser oída por el tribunal y eventualmente aceptada.

IX. Liquidación de daños en acciones colectivas.

Las particularidades de las acciones de clase o colectivas, sólo parcialmente reguladas en nuestro derecho, en el ámbito de la LDC y la percepción de que estas serán cada vez más usadas en el futuro próximo nos llevan a esbozar algunas breves ideas respecto a la liquidación en esta clase de procesos, siguiendo de cerca el trabajo de Leandro Gianini sobre el tema⁵¹.

La administración de intereses de múltiples sujetos, que pueden o no estar identificados, y cuyo interés patrimonial en el litigio puede ser insignificante desde la perspectiva individual plantea serios problemas, por lo cual las liquidaciones en estos procesos pueden darse de las siguientes formas:

1. Liquidaciones individuales.
 - a. Cuando es posible determinar el monto de resarcimiento individual esto debe ser indicado en la sentencia;
 - b. En caso de no ser posible establecer el monto individual (por ejemplo, porque los daños son proporcionales a algún dato que es exclusivo de cada damnificado) deben sentarse las bases para la liquidación en un proceso liquidatorio en ejecución, *tipo* relación de daños.
 - c. Por último puede darse el caso de que cada afectado específico promueva liquidación y ejecución de sus propios daños.
2. Liquidaciones colectivas. Existe la necesidad de liquidaciones colectivas cuando las indemnizaciones son tan pequeñas que no se justifica su promoción individual, o en casos en donde los damnificados o miembros de la clase están dispersos o permanecen en el anonimato (por ejemplo, quienes se vieron privados del vuelto de las cabinas telefónicas durante la década de los 90 y 2000).
 - a. En estos casos se hace una cuantificación global de los daños (también denominada *fluid recovery* o *cy pres distribution*).
 - b. El producido de la condena puede o bien distribuirse en forma de descuentos sobre productos determinados, o bien obligar al productor de servicios a disminuir el precio del servicio como modo de compensar el daño, o bien el monto se coloca en un fondo preexistente o ad hoc.

X.- Conclusiones.

1. Los arts. 333, 3334 y 335 contienen reglas relativas a la determinación de la cuantía de la sentencia de condena, pero para comprender el sistema de modo completo es necesario también tener en cuenta las reglas de los arts. 564, 418, 426, 812, 813, 814 y 815 CPCCC.
2. El CPCC de Córdoba tiene un sistema unitario de cuantificación, en oposición a sistemas de desdoblamiento (como el del anterior CPCC y el del CPCCN), que permiten elegir a la actora diferir la cuantificación de la condena al

⁵¹ GIANINNI, op. cit.

proceso posterior a la ejecución. En el CPCC el desdoblamiento es la excepción.

3. En relación al objeto de la condena, cabe destacar que los intereses usualmente se difieren usualmente a la liquidación posterior a la ejecución de la sentencia, con el trámite del art. 564 CPCC; si la condena es de frutos la sentencia puede liquidarlos o bien puede acudirse al trámite del art. 812 y ss. CPCC; si la condena es de daños y perjuicios también puede acudirse al trámite de la relación de daños del art. 812 CPCC.
4. El supuesto de relativa incertidumbre de la cuantía abre un panorama de posibilidades: o bien la incertidumbre es salvable con las constancias del expediente, o bien es insalvable. Si la incertidumbre es salvable, entonces la jueza deberá fijar las bases para la determinación, y la interesada deberá ir a una segunda etapa, al menos parcialmente cognoscitiva de la relación de daños (art. 812 CPCC). Si la incertidumbre es insalvable con las constancias del expediente, esto puede darse por dos causas. Si la incertidumbre insalvable no es imputable a la parte interesada, entonces la jueza deberá fijar prudencialmente el monto de condena. Si la incertidumbre insalvable sí es imputable a la parte interesada, entonces el objeto o rubro pretendido deberán ser rechazados.
5. El supuesto de la indeterminación no imputable a la parte se presenta como estadísticamente más posible en obligaciones de dar cosas fungibles y en obligaciones de indemnizar. Los problemas más frecuentes se presentan en la cuantificación de los daños y perjuicios. En el ámbito del daño patrimonial parece difícil que se presenten casos en donde la falta de prueba no sea imputable a la parte, salvo el caso de prueba imposible, muy difícil u onerosa. En el ámbito del daño extrapatrimonial parece difícil que haya indeterminación imputable a la parte, aunque el estándar de las satisfacciones sustitutivas (art. 1741 CCC) impone exigencias que, de no ser cumplidas, podrán causar una indeterminación imputable.
6. En la práctica cordobesa existe una serie de flexibilizaciones que nos parecen aceptables, mediante el uso de pruebas indirectas o elementos probatorios débiles, y otras que nos parecen inaceptables, como el acudir a la experiencia de la jueza o a búsquedas en internet. Por último, no hay flexibilización en relación a la cuantía de la privación de uso y a la prueba de ingresos en el lucro cesante.
7. Creemos que el sistema del CPCC es constitucional, y que el hecho de que alguna víctima pueda quedar sin indemnización no es otra cosa que el resultado de las reglas del proceso, que puede arrojar un resultado eventualmente negativo (tal como la perención de instancia) pero constitucionalmente válido.
8. El art. 812 CPCC contiene un proceso de liquidación de daños que completa el sistema de cuantificación en los supuestos excepcionales de desdoblamiento.
9. En el ámbito de acciones de clase debe preferirse la liquidación individual de los daños en la medida en que ello sea posible; de ser imposible deberá acudirse a liquidaciones colectivas.

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 PAPANANNIS, 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 deseamos 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 inculcado. § 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 inculpado, 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 peticionar 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.gob.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 para determinar 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 Derecho 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 las 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 antijuricidad 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).

Prevención de daños derivados de medidas cautelares. Medidas Anticautelares

Por Lidia María del M. Cornavaca¹

Sumario: I.- Introducción. II.- La prevención de los daños derivados de medidas cautelares. 1. La función preventiva del derecho de daños. 2. Tutela sustancial inhibitoria. A. El deber de prevención del daño. B. La acción preventiva. 3. Tutela procesal inhibitoria. III.- Las medidas anticautelares. 1. Concepto. 2. Naturaleza. 3. Tipologías. 4. Denuncia Antecautelar de bienes. 5. Análisis de las regulaciones existentes. 6. Necesidad de regulación en nuestro ordenamiento procesal local. 7. Análisis jurisprudencial. IV.- Bibliografía.

Resumen: En el presente trabajo se pretende analizar la función preventiva del derecho de daños, en el ámbito de las medidas cautelares. Así, en primer término, se brindan las nociones básicas relacionadas con la función preventiva del derecho de daños. Se hace un repaso de la tutela sustancial inhibitoria, a cuyo fin, se examina el contenido y alcance del deber de prevención y de la acción preventiva. Luego, se hace una breve referencia a la tutela procesal inhibitoria. En este punto, se reflexiona sobre la posibilidad de prevenir daños derivados de medidas cautelares. A partir de allí, se ingresa de lleno en el estudio de las medidas anticautelares, como mecanismos procesales tendientes a prevenir ciertos daños derivados de la traba de medidas cautelares. A continuación, se profundiza sobre el concepto, la naturaleza y las tipologías. Posteriormente, se analizan las regulaciones existentes en el país, y finalmente, se realiza un análisis de la jurisprudencia relevante.

Abstract: In this work we intend to analyze the preventive function of damage law, in the field of precautionary measures. Thus, first, the basic notions related to the preventive function of tort law are provided. A review of the substantial inhibitory protection is made, to which end, the content and scope of the duty of prevention and preventive action are examined. Then, a brief reference is made to inhibitory procedural protection. At this point, we reflect on the

¹ Abogada (UNC).
Escribana.(UES21). Magister
en derecho procesal
(UES21). Maestranda en
Derecho Civil Patrimonial
(UNC). Profesora invitada
de Grado (UNC) y Posgrado
(UCC). Investigadora
(UES21). Adscripta en
Derecho Privado VII y Teoría
General del Proceso (UNC).
Asistente de magistrado en
la Cam. Civ. y Com. 2° Nom.
Cba.

Palabras clave: Prevención
del daño - Función
preventive - Acción
preventive - Tutela
sustancial inhibitoria-
Tutela procesal inhibitoria -
Proceso - Medidas
cautelares- Medidas
anticautelares.

Keywords: Damage
prevention- Preventive
function- Preventive action-
Substantial inhibitory -
guardianship - Inhibitory -
procedural protection
Process - Precautionary
measures - Anti-
precautionary measures

possibility of preventing damages derived from precautionary measures. From there, we enter fully into the study of anti-precautionary measures, as procedural mechanisms aimed at preventing certain damages derived from the obstruction of precautionary measures. Next, we delve deeper into the concept, nature and typologies. Subsequently, the existing regulations in the country are analyzed, and finally, an analysis of the relevant jurisprudence is carried out.

I.-Introducción

El principio que proscribe la defensa propia del derecho implica que, en todo supuesto de violación del derecho, agotados los medios pacíficos de solución, debe recurrirse a la protección del Estado, que actúa por medio de los órganos en los cuales ha delegado su función jurisdiccional. Desde que esa protección se invoca con la interposición de la demanda, hasta que el juez la acuerda o la niega en la sentencia, median una serie de actos, cuyo conjunto toma el nombre de proceso.²

Ahora bien, desde la iniciación del proceso, hasta su culminación, existe una inevitable dilación. Este lapso temporal genera muchas veces un serio riesgo para los derechos que mediante él se quieren preservar. Este peligro en la demora, que puede ser fuente de daños irreparables, es sorteado a través de medidas cautelares, que en sus diversas modalidades, garantizan la real consecución del objeto del proceso principal, confiriendo el tiempo necesario para que la declaración pueda ser eficaz. Sin embargo, la ejecución de medidas cautelares es susceptible a su vez, de constituirse en causa de daños, para la parte contraria o para terceros.³

Desde siempre se ha conjeturado esta contingencia, razón por la cual, se ha previsto la constitución de una “contracautela”, como requisito de ejecutoriedad de la medida, a los fines de garantizar de esta forma, el eventual resarcimiento ulterior de los daños que pudieran ocasionarse.

En este sentido, el sistema ha ponderado que si bien es cierto que la traba de medidas cautelares puede constituirse en una fuente generadora de daños, la necesidad de garantizar el derecho objeto de juicio al litigante, tiene primacía. Por lo expuesto, se ha optado por permitir que los daños generados, en principio sean “soportados” por el sujeto pasivo de la medida. Se trataría de acciones jurídicas dañosas “justificadas” por el ordenamiento jurídico. Sólo eventualmente podrían ser resarcidos los damnificados, si resultara que el derecho no existe, o que el que trabó la medida, abusó o se excedió en la medida y siempre que concurren los requisitos de la responsabilidad civil⁴. Pero siempre, a partir de un análisis *ex post facto*.

Ahora bien, el instituto ha sido constituido con un fin específico, como mencionamos al inicio. En este sentido, la medida cautelar propende a asegurar la eficacia de la sentencia, y evitar que se torne ilusorio el derecho cuyo reconocimiento se pretende.

² Cfr. ALSINA, H. *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, 2º Ed. Ediar, Bs. As., 1956, Pp. 399-400.

³ Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. *Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113*. Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 193.

⁴ En cuanto a los presupuestos para que se configure la obligación de resarcir, existe una divergencia doctrinaria. Lo hemos desarrollado en otro trabajo.

No obstante lo apuntado, en la práctica se ha podido constatar una utilización prolífica y muchas veces abusiva de las medidas. Así, se ha señalado que el ámbito de las medidas cautelares, se ha transformado también en campo fértil para los abusos procesales⁵.

Se ha sostenido que en muchos casos, se han utilizado estas medidas con fines extorsivos, con el fin de generar daños innecesarios, o con el fin de alcanzar un cambio de posición negocial en el afectado por la medida.

La doctrina argentina se ha encargado de reconocer hace tiempo, la aplicación del principio del abuso del derecho, en el marco del proceso⁶.

Así, se ha señalado que el abuso del derecho es un verdadero principio del derecho que encontró recepción legislativa expresa, en el art. 1071 del código civil de Vélez Sarsfield, con la reforma del año 1968, y que por ser un imperativo legal, se extiende al ámbito del proceso⁷. En la actualidad está expresamente reconocido en el art. 10 del Código Civil y Comercial (en adelante CCCN), que replica, en general, los términos del anterior articulado, y establece un doble parámetro para su juzgamiento: así, considera que el ejercicio es abusivo cuando contraría los fines del ordenamiento, y también, el que excede los límites de la buena fe, moral y buenas costumbres.

Ya en el ámbito procesal, la doctrina mayoritaria, a la que adherimos, se ha enrolado en la concepción objetiva del abuso del derecho en materia procesal, que juzga que un acto sería abusivo, cuando se desvía de los fines que le asigna el ordenamiento, siempre y cuando dicha desviación haya causado un daño procesal⁸. Esta concepción, guarda perfecta coherencia con la norma citada, y con la noción de antijuridicidad material (art. 1717CCCN), que impregna nuestro sistema.

A partir de la proscripción del abuso del derecho, ha surgido la inquietud de generar vías para evitar tales abusos, en el marco del proceso.

La particularidad que tiene el ámbito procesal, es que en principio, no se puede predicar la antijuridicidad de las conductas, en forma previa a la resolución del pleito, ya que recién al finalizar el litigio, se podrá saber si a la parte le asistía el derecho o no.

Ahora bien, bajo esta noción de abuso procesal, no obstante la limitación expuesta, sería posible identificar ciertas conductas o actuaciones, que encuadrarían en este concepto, incluso en forma preliminar.

De la mano de este fenómeno, de un tiempo a esta parte, ha cobrado cada vez mayor preponderancia, la función preventiva del derecho de daños, finalmente reconocida explícitamente a partir del año 2015, en el código de fondo, a la par de la función resarcitoria, y ha sido receptada también en el ámbito del proceso.

Así, han comenzado a gestarse institutos tendientes a la prevención de daños procesales.

⁵ PEYRANO, J.W. "Las medidas anticautelares". La Ley. AR/DOC/774/2012. Primer artículo publicado sobre el tema. No obstante, la inquietud ya había sido planteada, en una obra anterior: ver PEYRANO, J.W. "Abuso de los derechos procesales" en: PEYRANO, J.W. Abuso procesal. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2006 p. 82.

⁶ Para un estudio más detallado, consultar: RAMBALDO, J.A. "El abuso procesal" en: PEYRANO, J.W. Abuso procesal. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2006. Pp. 215-236.

⁷ RAMBALDO, J.A. "El abuso procesal" en: PEYRANO, J.W. Abuso procesal. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2006. Pp. 224-225.

⁸ PEYRANO, J.W. *Abuso Procesal*, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2006. Pp. 189-193.

La conjunción de estas dos circunstancias, ha generado que cobre fuerza la idea de que quizás sería posible prevenir al menos algunos de los daños que pudieran ocasionar las medidas cautelares.

Esta es la novedosa idea que plantea el Dr. Peyrano, por primera vez, en un conocido artículo del año 2012⁹, adelantándose a lo que establecería el Código Civil y Comercial, luego, en los artículos referidos a la prevención del daño (1710-1713CCCN), y a las facultades del juez en el marco del ejercicio abusivo del derecho (art. 10 CCCN). Así, el jurista coloca sobre el reflector, la idea de que es posible prevenir el abuso procesal en materia de cautelares, a través de un nuevo instituto, la medida anticautelar.

La medida anticautelar así, se plantea como un mecanismo procesal que tiende a proscribir un ejercicio abusivo o excesivo de la potestad cautelar; circunscribiéndose a vedar que se concrete una medida cautelar en particular o la traba de una precautoria en relación con determinados bienes, cuando la realización de lo vedado acarrearía un grave perjuicio para el cautelado por afectar el giro de sus negocios y siempre que pueda ser reemplazado idóneamente por otra cautelar¹⁰.

Al respecto, cabe señalar, que se utilizarán en este trabajo, los términos “pretensión anticautelar”, “medida anticautelar”, “proceso anticautelar”, “tutela anticautelar”, “mecanismo anticautelar”, y similares, en forma indistinta.

Si bien, en el último tiempo, los autores refieren que el término correcto sería el de “pretensión anticautelar”¹¹, entendemos que cada uno de los nombres se enfoca en algún aspecto distinto de esta herramienta, de ahí la diferente nomenclatura. Ahora bien, a los fines de facilitar la identificación del instituto, consideramos útil utilizar la denominación originaria: “medida anticautelar”, que es el nombre con el cuál ha nacido.

II.-La prevención de los daños derivados de medidas cautelares

1.- La función preventiva del derecho de daños

Se ha señalado, con acierto, que la prevención es un tema que compromete tanto al derecho sustancial como al procesal, por eso, de los posibles remedios, se ocupan tanto estudiosos del derecho de fondo, como procesalistas¹².

⁹ Ver: PEYRANO, J.W. “Las medidas anticautelares” LA LEY 01/03/2012, 01/03/2012, 1. Cita: AR/DOC/774/2012.

¹⁰ PEYRANO, J.W. “Las medidas anticautelares”. LA LEY 01/03/2012, 01/03/2012, 1. Cita: AR/DOC/774/2012.

¹¹ Así lo ha propuesto en el último tiempo PEYRANO, J.W. “Rebatiendo comentarios adversos formulados respecto de la tutela anticautelar” en PEYRANO, J. W. Medidas cautelares y anticautelares, Rubinzal-Culzoni.Santa Fe. 2022, p. 71. Así también: FERNÁNDEZ BALBIS, ESPERANZA, y otros.

Se observa sobre todo a partir del año 2020, el predominio de esta denominación, que pone el foco en la petición que realiza un sujeto al órgano jurisdiccional a fin de obtener la tutela preventiva del abuso cautelar.En efecto, se ha señalado que “la pretensión es la afirmación que formula un sujeto de otros. derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva” (FERREYRA DE DE LA RÚA, A. y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, C. *Teoría general del proceso* - 2a ed. Advocatus. Córdoba ,2009, p. 21).

¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. “La función preventiva de la responsabilidad civil en el código civil y comercial de la Nación”, en: PEYRANO (Dir) La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016. P. 389

Sentado lo anterior, diremos que, el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional consagra el principio general de no dañar a otro (*alterum non laedere*). De este principio que hunde sus raíces en el derecho romano, emergen dos de las funciones primordiales del derecho de daños: la función preventiva y la resarcitoria. Así, el principio esbozado supone primero no dañar a otro y luego, si se lo daña, reparar el perjuicio causado. Ahora bien, el no dañar a otro lleva implícito, en su misma esencia, la idea de una razonable evitación del perjuicio.¹³ Junto con este principio general del derecho, de anclaje constitucional, se ha ubicado también al principio de la buena fe, como fundamento de la función preventiva¹⁴.

Si bien tradicionalmente, se le ha dado una notable preponderancia a la función resarcitoria, en desmedro de las restantes, la realidad es que desde hace ya varios años, ha comenzado a tomar relevancia esta segunda función del derecho de daños, que pone el foco en la prevención de los perjuicios.

En efecto, la evolución del desarrollo industrial y tecnológico, entre otros factores, ha generado la aparición de nuevas formas de dañosidad, muchas de ellas de alcance masivo y que afectan derechos esenciales de la persona humana. En este contexto, cobra relevancia esta función preventiva del derecho de daños. Sobre todo, en aquellas situaciones en las que, por la índole de los derechos afectados, la reparación *in natura* es inviable, tales como los daños al medio ambiente o a los derechos de la personalidad¹⁵.

Se ha señalado que la función preventiva tiene entidad para cercenar el ejercicio de libertades reconocidas en aras a evitar daños no justificados. Por ello, su ejercicio importa un delicado equilibrio entre la garantía de autodeterminación libre y el deber de no dañar, emergentes ambos del art. 19 de la Constitución Nacional. Si el fundamento de esa función se halla en la regla que reza "mejor prevenir que reparar", no es menos cierto que restringir las libertades asociadas al ejercicio de derechos fundamentales y de facultades de obrar o no en determinado sentido exige una evaluación que no puede soslayar la justificación, no ya por la sola posibilidad de producirse un daño, sino de cuáles son los efectos reales en aras a la evitación de ese mal que las acciones preventivas traen aparejadas. Dicho de otra manera, "mejor prevenir que reparar si la disuasión es eficaz y eficiente", caso contrario, se incurre en una prohibición anticipada de los derechos y de la libertad¹⁶. Se han distinguido dos formas de prevención.

a) Una prevención de carácter general, que opera de manera indirecta, a través de normas que prevén consecuencias legales negativas, frente a la producción determinada de un daño. Estas normas, pueden tener, en muchos casos, un efecto disuasivo en los sujetos. Así, en estos casos, la prevención surge de la decisión del

¹³ PIZARRO, R.D. Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales. SJA 20/09/2017, TR LALEY AR/DOC/3952/2017.

¹⁴ Así, en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho de 2017, Comisión N° 4 sobre Derecho de Daños, se sostuvo por unanimidad: "El " *alterum non laedere*" y la buena fe (art.1710 b) CCCN), son el fundamento constitucional de la función preventiva de la responsabilidad civil". Se pueden consultar las conclusiones en: <https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/jornadas-nacionales-de-derecho-civil/conclusiones-de-todas-las-ediciones?id=102>.

¹⁵ Cfr.VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función preventiva de la responsabilidad civil", LA LEY2015-C,726.

¹⁶ AZAR, A. M. y OSSOLA, F., en SANCHEZ HERRERO, Andrés (Dir), "Tratado de Derecho Civil y Comercial: Responsabilidad Civil", Bs. As., Ed. La Ley, 2016. T.III, p. 30.

propio autor de la conducta potencialmente riesgosa, quien opta por tomar los recaudos para evitar la producción del daño, y así, librarse de la consecuencia negativa. Se señalado, que en este sentido, un adecuado régimen de sanciones (penales, administrativas, civiles, etcétera) puede constituirse en un factor de prevención importante, ante el temor que generan para potenciales dañadores el incurrir en las conductas previstas por la ley. También algunas instituciones jurídicas sancionatorias, como los daños punitivos (art. 52 bis, ley 24.240), cumplen, además, una clara función preventiva¹⁷.

b) Una prevención específica, que tiene lugar en un contexto más circunscripto de actividades riesgosas o peligrosas. Esta prevención se realiza, mediante la imposición de deberes especiales, a ciertos sujetos, incluidos funcionarios estatales, destinados a controlar o aminorar los riesgos de la actividad por ellos desplegada, a través de la adopción de medidas de seguridad, adecuadas, o de mecanismos orientados a impedir la consumación del daño o a detener los efectos de la acción dañosa ya iniciada. En este ámbito puede ser el juez o un funcionario administrativo, quien decida sobre la posibilidad de realizar o de continuar ciertas actividades, adoptando las medidas pertinentes a tal fin. En otros casos los deberes específicos de prevención recaen sobre particulares, por expreso mandato legal¹⁸. En nuestro país, hoy tenemos una regulación orgánica, sustancial y procesal, que hunde sus raíces en la propia constitución nacional, se proyecta al código civil y comercial, y a las normas y principios de derecho público y también a ámbitos específicos¹⁹.

Dicho plexo comprende una tutela sustancial inhibitoria y una tutela procesal inhibitoria.

2.- Tutela sustancial inhibitoria.

Entre las normas que dan sustento a una teoría sustancial de la tutela inhibitoria, se encuentran: la acción de amparo, receptada en el art. 43 CN; el régimen estatuido por los arts. 1710 a 1713 CCCN, que regula el deber de prevención del daño y la acción preventiva; y el art. 10CCCN, que al regular la interdicción del ejercicio abusivo del derecho, se impone al juez el deber de "ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva", lo cual evidencia una clara función preventiva, de evitación y de cesación de la actividad abusiva con potencialidad dañosa y de sus efectos, entre muchas otras²⁰.

a.- El deber de prevención del daño

Siguiendo el análisis de AZAR y OSSOLA²¹, diremos que el Código Civil de Vélez Sarsfield, si bien reconocía situaciones de amenaza de daño, no concedía una

¹⁷ Cfr. ACIARRI, H. "Funciones del derecho de daños y de prevención". LA LEY 04/02/2013, 1 - LA LEY2013-A, 717. TR LALEY AR/DOC/179/2013 y PIZARRO, R.D. "Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales". SJA 20/09/2017, TR LALEY AR/DOC/3952/2017.

¹⁸ Cfr. ACIARRI, H. "Funciones del derecho de daños y de prevención". LA LEY 04/02/2013, 1 - LA LEY2013-A, 717. TR LALEY AR/DOC/179/2013 y PIZARRO, R.D. "Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales". SJA 20/09/2017, TR LALEY AR/DOC/3952/2017.

¹⁹ PIZARRO, R.D. Ob. Cit.

²⁰ PIZARRO, R.D. Ob. Cit.

²¹ AZAR, A. y OSSOLA F. "Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva y función sancionatoria" en: SÁNCHEZ HERRERO, A. (Dir), *Tratado de derecho civil y comercial*. 2° Ed. Tomo III (Responsabilidad civil). La Ley. CABA. 2018, Pp451-487

acción civil para su evitación, dejando librada la cuestión al poder de policía municipal, conforme surgía del art. 1132²².

Con la reforma de la Ley 17.711 del año 1968, se agregó un segundo párrafo al art. 2499, que estatuyó: *"Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares"*.

Se receptó así, la acción de daño temido, que fue el germen de la tutela preventiva en la responsabilidad civil, especialmente porque no se limitó a los edificios sino también a "otra cosa" que pudiera causar un daño. A partir de allí, se fue construyendo y ampliando la función preventiva, doctrinaria y jurisprudencialmente, lo que finalmente desembocó en la nueva regulación del Código Civil y Comercial.

Debemos agregar que el artículo utiliza la palabra "cautelares", en sentido amplio, similar a "preventivas", y no con el específico sentido que tienen las medidas cautelares en el ámbito procesal, que ya ha sido explicado al inicio.

Sentado lo anterior, diremos que los arts. 1710 y 1713 CCCN, receptan ahora con carácter general, la función preventiva del derecho de daños²³.

En los artículos citados, se establece el deber general de prevención del daño, y luego se consagra una herramienta idónea para hacerlo efectivo.

Así, el art. 1710 establece: "Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto 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".

En primer lugar, debemos aclarar que la norma citada, en cuanto norma de prevención del daño, refiere a la noción de daño lesión daño en sentido amplio. Es decir, aquel que se define como la ofensa o lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, de orden patrimonial o extrapatrimonial (conf. art. 1737CCCN)²⁴. Se trata de lesiones que se constituyen en fuentes

²² Así, el art. 1132 CC originario, disponía: *"El propietario de una heredad contigua a un edificio que amenace ruina, no puede pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que podría causarle su ruina. Tampoco puede exigirle que repare o haga demoler el edificio"*. En la nota al artículo, Vélez aclaraba: "(...)La admisión de una acción preventiva en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía, y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina"

²³ En este punto coincidimos con PIZARRO, quien considera que el emplazamiento del instituto, dentro del capítulo referido a la responsabilidad civil, es errado. Ello por cuanto, la función preventiva no forma parte de la responsabilidad civil. En efecto, la responsabilidad civil (entendida en la concepción clásica, como reparación del daño injustamente causado), la prevención del perjuicio y la punición por el derecho privado de ciertos ilícitos calificados por su especial gravedad, forman parte de una temática más amplia, que denominamos derecho de daños (Cfr. PIZARRO, R.D. Op. Cit). Una posición diferente sostiene GALDÓS, J.M. en: *La teoría general de la prevención del daño. Principales reglas y principios*. LA LEY 27/10/2021, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/3020/2021. La distinción no es menor, y tiene incidencia práctica, por ejemplo, en relación al alcance subjetivo de las normas de prevención (1710-1715), respecto del Estado, atendiendo a lo que disponen los arts. 1764 y 1765CCCN.

²⁴ Así lo entienden: PIZARRO y VALLESPINOS, *Manual de responsabilidad civil*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2019, P. 8-81; AZAR y OSSOLA OpCit.. P. 465.

potencialmente generadoras de consecuencias perjudiciales o daños resarcibles (conf. art. 1738 y 1741).

Sentado lo anterior, cabe señalar, que de la norma citada surge que el deber de prevención pesa sobre "toda persona". La locución "toda persona" comprende no sólo a quien puede causar el daño con su acción u omisión, sino también a terceros que no generaron el peligro pero que están en posibilidad de evitar el suceso dañoso, o mitigar sus efectos. Ello incluye también a la posible víctima del daño²⁵.

Las tres situaciones previstas en la norma.

1. En primer lugar, la norma impone el deber de evitar causar daños injustificados. La doctrina ha señalado, que la causación o la no evitación de daños debe provenir de una conducta antijurídica, de acuerdo con lo que surge del art. 1717 CCCN. Ello por cuanto, únicamente hay deber de evitar daños que derivan de conductas contrarias al ordenamiento jurídico integralmente considerado, y no cuando éstos sean legítimos. A contrario sensu, si la conducta potencialmente dañosa se encuentra permitida, ello importa justificación, pues no existe deber de prevenir daños justificados²⁶. Además, la no causación o evitación del daño, debe depender del sujeto, es decir, el sujeto debe tener poder o autoridad, por sí o por terceros, para gobernar el desenlace de los hechos. Ello así, la evitación del daño, debe encontrarse dentro de la esfera de control del sujeto al que se le impone ese deber.²⁷

Todo ello deberá ser ponderado, atendiendo a las circunstancias del caso, en base a estándares de causalidad adecuada, calibrados a la luz del principio de la buena fe y de la regla que veda el ejercicio abusivo de los derechos y libertades. En efecto, nadie está constreñido a lo imposible, ni a cargas desmesuradas; menos aún a actos de heroísmo o de inmolación. Por eso la imposición de deberes preventivos en modo alguno puede entrañar sacrificios desmedidos ni un peligro injustificado o excesivo para el principio de libertad que el art. 19 de la CN consagra. Es preciso que las circunstancias concretas impongan al sujeto un deber de actuar efectivo. Una solución contraria desnaturalizaría la esencia misma de la antijuridicidad por omisión, con grave riesgo para la libertad²⁸.

2. En segundo término, la norma impone el deber jurídico de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Se ha señalado que la norma se orienta esencialmente a las situaciones de peligro de daño o su agravación originadas en un hecho ajeno (hecho de un tercero, hecho fortuito)²⁹. Debe existir previsibilidad de que ocurrirá un daño.

Se ha criticado la redacción de la norma, por ser demasiado amplia y estar dotada de vaguedad. En efecto, si bien el artículo incluye expresiones destinadas a calibrar el deber, al estatuir: "en cuanto de ella dependa", "de buena fe y conforme a las

²⁵ Ver: PIZARRO, R.D. "Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales". SJA 20/09/2017, TR LALEY AR/DOC/3952/2017. El autor aclara, en opinión que compartimos, que toda persona incluye lógicamente al Estado, a pesar de la inaplicabilidad de las normas del Código Civil que surge de los arts. 1764 y 1765, pues sería escandaloso sostener una solución contraria.

²⁶ En este sentido: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2015, t. I, p. 184; PIZARRO, R.D. Ob. Cit.; AZAR y OSSOLA, Ob. Cit. p.466, entre otros.

²⁷ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "La función preventiva de la responsabilidad civil", LA LEY, 2015-C-726, citado por: PIZARRO, Ob. Cit.

²⁸ Cfr. PIZARRO, R.D. Ob. Cit.

²⁹ Así lo entienden: PIZARRO, R.D. Ob. Cit.; AZAR y OSSOLA, Ob. Cit. Pp. 451-465.

circunstancias" y "medidas razonables", no deja de ser una norma que impone una tarea hermenéutica, en orden a determinar su verdadero alcance.

Así, se ha procurado interpretarla de la forma más armónica con el ordenamiento jurídico integralmente considerado, y en aras a lograr una aplicación factible y que genere frutos positivos. Así, se ha señalado que este deber pesa sobre la persona, cuando una norma le impone un deber específico de actuar en determinado sentido y el agente omite hacerlo. Y también, cuando pueda configurarse un abuso del derecho de abstenerse de actuar, supuesto en el cual también podría configurarse un caso de responsabilidad por omisión³⁰.

Creemos que esta es la hermenéutica correcta, porque de otro modo, el deber de prevención, en muchos casos, entraría en franca colisión con el derecho a la libertad de actuar (o no actuar), que posee toda persona, conforme lo estatuido en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional.

3. Por último, la ley imponer el deber de no agravar el daño ya producido. Sea cual sea la causa del daño (propia o extraña), se consagra el deber de no acrecentarlo, en tanto ello se proyecte a la esfera de los intereses jurídicos ajenos³¹. Se ha señalado, que este supuesto no constituye técnicamente un supuesto de prevención del daño, sino una carga de minimización o mitigación del perjuicio ya producido, en cabeza del propio damnificado.³² Se trata de un deber que emana del principio de buena fe.

b.- La acción preventiva

El deber de prevención del daño, que hemos analizado *ut supra*, es el que justifica la concesión de una acción sustancial, mediante un proceso autónomo cuyo único objeto es evitar su producción, agravación o continuación, y no requiere (como sucede, por ejemplo, en el amparo) que no exista otro medio más idóneo³³.

Así, está prevista en el art. 1711, que estatuye: "*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*".

Peyrano señala que la acción preventiva (que también puede ser colectiva) tiene por destinatario a quien está en condiciones de evitar la producción, repetición, persistencia o agravamiento de un daño posible según el orden normal y corriente de las cosas; debiendo prosperar en la medida que el accionante posea un interés razonable. Excepcionalmente puede hacerse valer contra quien no ha generado la amenaza de daño en ciernes, pero que se encuentra emplazado de modo tal que

³⁰ Esta es la posición de PIZARRO, R.D. en la obra citada, y también fue la conclusión mayoritaria obtenida en la Comisión N° 3 sobre Derecho de Daños, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2022, celebradas en Mendoza. Así, las conclusiones rezan: "*DEBER DE PREVENCIÓN DE TERCEROS. Existe deber de prevención de terceros solo si hay deber específico o si la no actuación configura un abuso del derecho*". Estas conclusiones fueron aprobadas por mayoría por: Matilde Pérez, Eduardo Carena, Leonardo Marcellino, Cristian Werlen, Fernando Ubiría, Norma Martínez, R. Sebastián Danuzzo, Tomás Rueda, Enrique Müller, Rosario Etchevesti, Lucas Zudaide, Paula Cicchino, Pamela Tolosa, Raúl Martínez Appiolaza, Pablo Quirós, Juan C. Pandiella y Martín Juárez Ferrer (Ver: <https://mendozalegal.com/2022/09/27/conclusiones-y-ponencias-de-las-xxviii-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-mendoza-2022/>)

³¹ Cfr. AZAR y OSSOLA, Ob. Cit. p. 466.

³² Cfr. PIZARRO, Ob. Cit.

³³ AZAR y OSSOLA, Ob. Cit. Pp. 467-468.

puede contribuir a evitar el daño o a morigerarlo. Reclama, eso sí, la existencia de una conducta antijurídica unida causalmente al daño posible.³⁴

Requisitos

La doctrina en general coincide, en que deben concurrir los siguientes requisitos para la promoción de la acción: 1. Una acción u omisión que origina un peligro de daño; 2. Antijuridicidad de la conducta riesgosa; 3. Previsibilidad del resultado nocivo; 4. Lesión a un interés razonable del actor y 5. La posibilidad de detener el emprendimiento nocivo.³⁵

1. En primer lugar, es necesario que exista una acción u omisión actual, que sea idónea para producir un daño futuro (o para provocar su persistencia o agravamiento). Es decir, que posea una razonable aptitud causal para generar un peligro de daño no justificado. El demandante debe acreditar la vinculación razonable entre la actividad o inactividad ilegítima del demandado y el daño que conforme a estándares de causalidad adecuada podría derivar como consecuencia inmediata o mediata previsible de aquella. No se exige demostración de la certeza del daño que amenaza; basta con una probabilidad o previsibilidad objetiva y seria.³⁶

2. Es preciso la conducta (acción u omisión) sea antijurídica, es decir, contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado. No procede acción preventiva contra el peligro de daño derivado de conductas lícitas. La antijuridicidad requerida, es una antijuridicidad material. Así, lo que se requiere es que de manera clara e inequívoca exista un deber de actuar para prevenir el daño, emergente del ordenamiento jurídico integralmente considerado. Ella puede surgir no sólo de lo que formalmente establezca una norma, sino también de todo un plexo que se integra con los valores y principios fundamentales que emergen de aquél. Se incluye aquí el abuso del derecho, el fraude a la ley, la regla moral, las buenas costumbres y el orden público.

3. Es preciso que quien articula la acción preventiva acredite suficientemente un resultado dañoso previsible, conforme parámetros de causalidad adecuada, esto es, de acuerdo al curso normal y ordinario de las cosas. De otro modo no se justifica la invasión en la esfera ajena.

4. Debe existir una amenaza concreta, cierta, real de un interés no ilegítimo del accionante, individual o colectivo, patrimonial o extrapatrimonial.

5. Finalmente, debe ser posible para el destinatario impedir el daño que amenaza. Para ello, se requiere que la acción dañosa no se encuentre totalmente consumada.

Ausencia de factor de atribución.

³⁴ PEYRANO, J.W. "Más sobre la acción preventiva" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016. P. 31.

³⁵ Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo código*. Alveroni. Córdoba, 2015., P. 211; OSSOLA, Federico, *Responsabilidad civil*. AbeledoPerrot. CABA. 2016, Pp. 177-178; PIZARRO, R.D. Ob Cit.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "La función preventiva de la responsabilidad civil en el código civil y comercial de la Nación", en: PEYRANO (Dir) *La acción preventiva* (Cit.) p. 391. Estos requisitos fueron aprobados por unanimidad en la Comisión de Derecho de Daños de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2017, conforme surge de las conclusiones de aquel año. Consultar en: <https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/jornadas-nacionales-de-derecho-civil/conclusiones-de-todas-las-ediciones?id=102>.

³⁶ Cfr. PIZARRO, Ob. Cit.

Cabe aclarar, conforme surge de la norma, que para la procedencia de esta pretensión, no se exige la concurrencia de ningún factor de atribución³⁷.

No se requiere que exista una vía judicial más idónea.

En efecto, este requisito no es exigido por la ley.

Legitimación activa

El art. 1712 CCCN estatuye que están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

Ello así, toda persona que acredite un interés razonable en la prevención del daño, se encuentra legitimada para accionar.

Peyrano aclara que puede tratarse de un interés simple, y no necesariamente ser un derecho subjetivo con aprobación legislativa³⁸.

Tratándose de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como por ejemplo derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente, a la competencia, a los derechos de consumidores y usuarios, a los derechos de sujetos discriminados, etcétera, rige de manera operativa el art. 43, CN, en cuanto a los legitimados para ejercer la acción³⁹.

Se ha señalado, con acierto, que la configuración de un interés razonable presupone la confección de un test comparativo de "razonabilidad" entre el daño que se procura conjurar y las consecuencias perjudiciales que ello pueda acarrear al destinatario de la acción preventiva del caso⁴⁰.

Legitimación pasiva

La acción procede contra quienes de manera directa, indirecta, por el hecho de las cosas o por realizar actividades riesgosas podrían ser civilmente responsables del daño que se procura evitar.

De igual modo, contra quienes tienen un deber específico de prevención impuesto por el ordenamiento jurídico y contra todos los que de algún modo permiten o coadyuvan a su producción mediante colaboración, permisividad, negligencia o incumplimiento de su obligación de prevenir⁴¹.

La sentencia

³⁷ No obstante ello, PIZARRO critica este apartado de la norma, y sostiene que lo razonable hubiera sido exigir la presencia de un factor objetivo de atribución, que por lo general está presente y se erige en uno de los elementos que quíerese o no el juez termina ponderando a la hora de poner en la balanza los intereses de los dos protagonistas. Ello por una razón simple: el peligro de daño inminente es riesgo creado. Como bien se ha señalado, siempre es "menester la concurrencia de algún motivo racional y valioso para el surgimiento de una obligación preventiva frente a menoscabos que el sujeto puede y, por tanto, debe impedir por razones que le conciernan; no cuando "nada tiene que ver" con la fuente del peligro nocivo o con la factibilidad de eliminarlo (PIZARRO, Op. Cit); OSSOLA y AZAR, en cambio, defienden la normativa, y señalan que la ausencia del factor de atribución, se justifica por cuanto se trata de evitar la causación de un daño derivado de una conducta no justificada, y no de resarcir; provenga de quien provenga, se haya obrado o no con culpa, sea o no riesgoso dicho actuar. Aclaran que si bien en la mayoría de los casos se presentan factores como el riesgo o la culpabilidad, son otras las razones axiológicas para justificar la acción preventiva, estas son: la evitación de daños injustos por parte de quien puede hacerlo, obrando de buena fe, y en cuanto de él dependa (AZAR y OSSOLA, Op. Cit. P.472).

³⁸ PEYRANO, J.W. "Más sobre la acción preventiva en": PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016. Pp. 33.

³⁹ PIZARRO, Ob. Cit.

⁴⁰ ZAVALA DE GONÁLEZ, M. *La responsabilidad civil en el nuevo código*, Alveroni, Córdoba, 2015, p. 213 citada por: PEYRANO, J.W. "Más sobre la acción preventiva" Op. Cit. p. 33, quien adhiere al criterio.

⁴¹ Cfr. PIZARRO, Ob. Cit.

Conforme lo estatuye el art. 1713 CCCN, la sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

Conforme con la estatuido, el juez tiene amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer.

La medida de prevención puede ser dictada a pedido de parte o de oficio. Ahora bien, coincidimos con Kemelmajer De Carlucci, quien señala que para que el juez actúe de oficio, se requiere un proceso iniciado; en otras palabras, la facultad oficiosa del juez sólo actúa en el marco de un proceso iniciado o en curso.⁴²

Asimismo, como en todos los casos en que se restringen facultades constitucionales de otras personas, el juez debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en obtención de la finalidad⁴³.

Se ha sostenido, que el juicio de ponderación judicial que estatuye el art. 1713CCCN se apoya en tres parámetros: 1) procurar la menor restricción posible de los derechos en conflicto sobre la base de la menor lesividad (v.gr. en la tensión entre la privacidad y la libertad de prensa se debe procurar la más enfática tutela de la persona restringiendo lo menos posible el derecho de expresión) o limitar de modo restrictivo la difusión de contenidos en las redes sociales para armonizar a ambos; 2) utilizar el medio más idóneo (v.gr. en una laguna peligrosa, cuya potencialidad dañosa debe cesar, disponer que se lo alambre razonablemente, junto con otras medidas de advertencia, evitando adoptar otras medidas más onerosas y complejas; v.gr colocar cámaras de seguridad); 3) asegurar la eficacia y efectividad del resultado de la medida preventiva, atendiendo a su finalidad (v.gr. no prohibir la difusión completa de un contenido nocivo en las redes sino limitarlo a la supresión de la identidad del posible afectado)⁴⁴.

Vías procesales

La pretensión preventiva es autónoma, y como tal, admite una vía procesal independiente, aunque nada impide que pueda ser articulada de manera conjunta con otra de naturaleza resarcitoria, particularmente cuando se trate de hacer cesar conductas dañosas ya iniciadas que han generado secuelas de dañosidad.⁴⁵

Se ha expresado, en este sentido, que la acción preventiva debe generar un proceso de conocimiento. Más precisamente, un proceso de condena atípico, que debe vehiculizarse mediante un procedimiento breve y expeditivo⁴⁶. No obstante ello, no existe uniformidad respecto de cuál es el formato que debe seguirse. En general, hay acuerdo en que debería plasmarse en el proceso de conocimiento más abreviado que exista en cada orden local. También se ha señalado que sería útil y conveniente su recepción en los ordenamientos procesales locales⁴⁷. De hecho, ya

⁴² KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. Ob Cit. p. 394.

⁴³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. Ob Cit. p. 394

⁴⁴ GALDÓS, J.M. *La teoría general de la prevención del daño. Principales reglas y principios*. LA LEY 27/10/2021, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/3020/2021

⁴⁵ PIZARRO Ob. Cit. y PEYRANO, Ob. Cit. p. 33.

⁴⁶ Cfr. PEYRANO, J. W. "La acción preventiva: certezas y dudas", en: PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el código civil y comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016. P. 27.

⁴⁷ Así lo indica PEYRANO, J.W. "La acción preventiva: certezas y dudas", en: PEYRANO (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016. Pp. 29-30.

existen ordenamientos procesales que la receptan, aunque de forma muy genérica.⁴⁸

Ahora bien, en este punto, resulta relevante la distinción que realiza Peyrano, al diferenciar entre acciones preventivas urgentes y acciones preventivas sin peligro en la demora.

Así, el autor explica que las primeras están signadas por la inminencia de la producción efectiva del daño que es una mera amenaza. Esta categoría es la que admite por lo común en su seno, medidas cautelares y tutela anticipada. La otra, la de la acción preventiva sin peligro en la demora, es aquella donde la amenaza de daño no es inminente, sino que es aquella en la que, conforme el curso normal y ordinario de las cosas, transcurrirá un lapso apreciable hasta que el riesgo de daño pueda llegar a concretarse⁴⁹.

Creemos que esa distinción es útil, porque la existencia de la “urgencia” no solo marca la posibilidad de plantear medidas cautelares o de tutela anticipada, en el marco de los procesos de conocimiento iniciados con fin preventivo; sino que también permite advertir, que en algunos casos, la pretensión podría llegar a vehiculizarse a través de alguna otra vía, urgente, no cautelar, por ejemplo, a través de una medida autosatisfactiva, sin perjuicio de que en aquel caso, deban reunirse además, los requisitos exigidos por dicha vía, para su procedencia.

En este sentido, se coincide con Azar y Ossola, quienes entienden que se ha consagrado una acción autónoma, con identidad propia, respecto de la cual no existen (o no debieran existir) impedimentos para su promoción como tal, sin perjuicio de la absoluta necesidad de una regulación procesal específica, que la torne más operativa y eficaz. Entretanto, en razón de la naturaleza de la pretensión, es de toda lógica postular que deberán aplicarse las normas del procedimiento de conocimiento más breve. De todas maneras, la acción también puede promoverse por vía de la acción de amparo, hábeas data o las medidas autosatisfactivas, que no son sino manifestaciones procesales de dicha tutela sustancial inhibitoria. Pero debe aclararse que estas acciones nominadas o típicas tienen sus propios requisitos de procedencia.⁵⁰

3.- Tutela procesal inhibitoria

Sentado lo anterior, cabe añadir, que las bases normativas de la prevención del daño se completan con los dispositivos e instituciones de carácter procesal, que

⁴⁸ Así, el art. 629 del Código Procesal Civil y Comercial de San Juan (Ley 2415 del año 2022) estatuye: *“Acción de Tutela Preventiva: Quien ostente un interés razonable en la prevención de un daño, está legitimado para deducir la acción preventiva prevista por las normas de fondo, ofreciendo toda la prueba sobre la previsibilidad del daño, su continuación o agravamiento.*

Esta acción tramita por las normas del proceso abreviado. El juez puede adecuar el procedimiento a las especiales circunstancias de la causa.

En situaciones de suma urgencia y de gravedad manifiesta, el juez puede ordenar inmediatamente las medidas necesarias para evitar el daño. Esta resolución puede ser impugnada mediante recurso de reposición por quien acredite interés legítimo, y en tal supuesto, el juez debe fijar inmediatamente una audiencia y convocar a los interesados. Concluida la misma, debe resolver en el plazo de tres (3) días.” (Consultar en: <http://www.saij.gob.ar/2415-local-san-juan-codigo-procesal-civil-comercial-mineria-provincia-san-juan-lpj1502415-2022-08-11/123456789-0abc-defg-514-2051jvorpyel?>)

⁴⁹ PEYRANO, J. W. “Más sobre la acción preventiva”, en: PEYRANO (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016. Pp. 29-30.

⁵⁰ AZAR y OSSOLA, Ob. Cit. p. 472.

son indispensables para asegurarla eficazmente, sin los cuales su eficacia devendría ilusoria.

Dentro de esta categoría se encuentran una serie de instrumentos procesales, tales como: el amparo, las medidas autosatisfactivas, las medidas cautelares, la acción preventiva materializada procesalmente, y demás remedios, que pueden tener un fin preventivo.

Es en este marco que cobran especial relevancia las medidas anticautelares.

Así, estas aparecen como mecanismo procesal adecuado para prevenir una especie particular de daños. Estos son los daños injustamente causados por las medidas cautelares.

En este punto, se hace preciso recordar que la medida cautelar es aquella que se concede para asegurar el resultado práctico futuro del proceso civil.⁵¹ Su función es propender a que el derecho sustancial alegado en juicio, no se frustre, en el transcurso del juicio.

La nota verdaderamente típica de las providencias cautelares se encuentra en su carácter instrumental. Nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente *preordenadas* a la emanación de una ulterior providencia definitiva, cuyo resultado práctico aseguran preventivamente. Así, la finalidad inmediata de las providencias cautelares es la de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez, para actuar el derecho.⁵²

Debemos preguntarnos entonces, qué daños es posible prevenir en materia de medidas cautelares.

Para responder esta pregunta, debemos distinguir entre las distintas modalidades que puede asumir la antijuridicidad en el ámbito de las medidas cautelares.

Así, la antijuridicidad aparece en el ámbito de las medidas cautelares, de tres maneras:

a) Utilización de la medida sin derecho sustancial que la justifique: es el caso en que la medida cautelar se traba, sin derecho sustancial alguno que la respalde.

b) Utilización de la medida cautelar con abuso del derecho: es el caso en el que se utiliza la medida con un fin que no es el que persigue el instituto. Esto es, se lo utiliza para perjudicar o extorsionar al afectado. Así, el embargo trabado a sabiendas sobre un bien inembargable, o el embargo trabado sobre un bien a sabiendas de la existencia de otros bienes igualmente tuitivos del cumplimiento de la sentencia, pero cuya afectación es menos gravosa.

c) Utilización de la medida cautelar con exceso de derecho: es el caso en el que la entidad de la medida no guarda proporción con el derecho que se pretende asegurar. Por ejemplo, un embargo trabado sobre una multiplicidad de automotores, para asegurar el cobro de una deuda de poco monto.

En el primer supuesto (a), resulta claro que, en principio, no será posible prevenir el daño derivado de tal conducta. Ello así, porque la medida cautelar, por naturaleza, está prevista para asegurar un derecho cuya existencia es probable o verosímil, nunca cierta. Por ende, la ausencia de derecho sustancial, solo podrá determinarse en el proceso principal, y en general, esto se producirá, luego de trabada la medida, y producido el daño. De lo contrario, se desnaturalizaría el

⁵¹ PEYRANO, J.W. "Las medidas anticautelares" en: PEYRANO, J.W. *Medidas cautelares y antecautelares*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022, 1º Ed. Pp. 371

⁵² Cfr. CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Librería "EL FORO". Buenos Aires, 1996, Pp. 44-45.

instituto mismo de las medidas cautelares, que en algunos casos (v. gr. embargo) admiten su traba incluso sin necesidad de demostrar ningún tipo de verosimilitud, y con el solo requisito del peligro en la demora y la contracautela. Por lo expuesto, en este primer universo de supuestos, el daño solo sería susceptible de reparación, si concurren los requisitos para su resarcimiento, pero no sería susceptible de evitarse o prevenirse.

SOSA plantea una posición distinta y señala que todos los daños derivados de una cautelar ilícita pueden ser evitados, incluso los derivados de una cautelar pedida sin derecho⁵³. No coincidimos con esta postura, por cuanto la ausencia de derecho solo podría ser dirimida, *a posteriori*, en el juicio principal al cual accede la medida cautelar, y en este sentido, no podría “prevenirse”.

En este sentido, ZAVALA DE GONZÁLEZ señala, en opinión que compartimos, que pese a la antijuridicidad de la conducta de quien pide una medida cautelar sin derecho sustancial para hacerlo, como esa antijuridicidad no puede ser todavía conocida, el destinatario de la medida no puede reaccionar anticipadamente contra la fuente del daño, sino que debe esperar hasta que se despeje la incógnita jurídica sobre el derecho del peticionante. Y es que en razón de la organización del servicio de justicia, el damnificado debe soportar el perjuicio.⁵⁴

En los dos supuestos restantes: b) y c), referidos a daños causados con abuso o exceso de derecho, se advierte que en principio, no habría obstáculos para detectar la antijuridicidad *ex ante*. Ahora bien, en estos casos, no se pretende evitar la medida con el argumento de la ausencia de derecho, sino con el sustento de que es abusiva o excesiva, en relación al derecho que se pretende asegurar.

De hecho, el ordenamiento concede la facultad al demandado, de requerir la sustitución de la cautelar, una vez ya trabada, por otra menos gravosa, siempre que se asegure debidamente el derecho del acreedor (cfr. art 463 2º párrafo CPCC). Ahora bien, el levantamiento o sustitución cautelar, previsto en los ordenamientos procesales, no evita los perjuicios ya causados por las medidas cautelares luego de su traba, y antes de ser levantadas o sustituidas⁵⁵. Ello así, se observa que este ámbito sería el terreno fértil para aplicar la función preventiva, mediante un nuevo instituto. Este camino nos conduce directamente a las medidas anticautelares.

III.- Las medidas anticautelares

1.- Concepto

Estas se presentan como un instrumento apto para prevenir los daños derivados del abuso o exceso en las medidas cautelares.

De hecho, Peyrano, en su famoso artículo del año 2012, en el que introduce las medidas anticautelares, interroga: “¿por qué no prevenir un tipo de abuso procesal (el cautelar) que es moneda corriente, cual es el consistente en permitir que el

⁵³SOSA, T. “Levantamiento o sustitución anticipados de la medida cautelar” en: PEYRANO, J.W. *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016. Pp. 717-718.

⁵⁴Cfr. ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. *Responsabilidad por riesgo*. Hammurabi. Buenos Aires. 1987. P. 197.

⁵⁵ SOSA, T. “Levantamiento o sustitución anticipados de la medida cautelar” en: PEYRANO, J.W. *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016. Pp. 717.

acreedor elija libremente la medida precautoria que le resulte más aflictiva a su deudor para ponerlo así de rodillas y obtener transacciones o ventajas leoninas?”⁵⁶ De acuerdo a lo abordado, la "medida anticautelar", entonces, no apunta en modo alguno a proscribir la traba de cualquier diligencia cautelar —lo que sería claramente inconstitucional—, sino tan sólo a proscribir un ejercicio abusivo y excesivo de la potestad cautelar; circunscribiéndose a vedar que se concrete una medida cautelar en particular, o la traba de una precautoria en relación de determinados bienes, cuando la realización de lo vedado importaría un grave perjuicio para el cautelado por afectar el giro de sus negocios y poder ser reemplazado idóneamente por otra cautelar. Si bien se mira y para simplificar las cosas, se trataría de una suerte de sustitución cautelar anticipada⁵⁷.

Se la puede describir como una postulación que está en condiciones de promover el posible destinatario de una cautelar abusiva, por resultarle particularmente perjudicial para el giro de sus negocios (sea en razón de una medida cautelar precisa, sea porque la cautelar en cuestión compromete la libre disposición de ciertos bienes) y ser fácil e idóneamente reemplazables por otra precautoria. Procura restringir la selección cautelar de que dispone el titular de un crédito frente a su deudor. No viene a proscribir toda suerte de precautoria sino alguna en particular cuya traba le sería especialmente gravosa al requirente de la anticautelar⁵⁸

Si bien algunos autores la han denominado como “sustitución cautelar anticipada”⁵⁹, consideramos ello es incorrecto, puesto que no refleja su verdadera naturaleza preventiva. En efecto, adherimos a quienes señalan que no puede sustituirse lo que todavía no existe, debiendo recordarse, que la anticautelar necesariamente debe plantearse antes de que se despache una cautelar muy gravosa o abusiva porque esa desmesura —precisamente— es la nota que intenta evitarse⁶⁰.

2.- Naturaleza

En cuanto a su naturaleza, en sus inicios, se la concibió como una nueva aplicación de la medida autosatisfactiva. Es decir, como una autosatisfactiva con una finalidad específica: proscribir preventivamente el abuso cautelar.⁶¹

Otro autores, en cambio han sostenido que la medida anticautelar es una medida cautelar, cuya finalidad es neutralizar preventivamente los perjuicios injustificados derivados de alguna medida cautelar inidónea, innecesaria o desproporcionada. En pocas palabras, la medida anticautelar (o contra cautelar) es una medida cautelar contra medidas cautelares. Por lo expuesto, está regida por los principios y reglas aplicables en materia cautelar⁶².

⁵⁶ PEYRANO, J.W. “Las medidas anticautelares”. LA LEY 01/03/2012, 01/03/2012, 1 AR/DOC/774/2012

⁵⁷ PEYRANO, J.W. “Las medidas anticautelares” LA LEY 01/03/2012, 01/03/2012, 1 AR/DOC/774/2012

⁵⁸ PEYRANO, J.W. “La pretensión anticautelar”. LA LEY 26/03/2020, 1 - LA LEY2020-B, 1084 TR LALEY AR/DOC/326/2020

⁵⁹ SOSA, T. “Levantamiento o sustitución anticipados de la medida cautelar” en: PEYRANO, J.W. *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

⁶⁰ FERNANDEZ BALBIS, “La pretensión anticautelar codificada”. Rubinzal-Culzoni, Cita: RC D 284/2021

⁶¹ Así: PEYRANO, J.W. “Las medidas anticautelares”. LA LEY 01/03/2012, 01/03/2012, 1 AR/DOC/774/2012

⁶² Así lo propone Toribio Sosa en: SOSA, T. “Lo anticautelar es cautelar” en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas cautelares y anticautelares*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022. Pp. 437-441. CAMPS, también sostiene que la anticautelar es una cautelar, y la asimila a la “prohibición de demandar”, sobre la

En lo personal, disentimos con esta última postura. En efecto, ya hemos analizado en forma precedente, que la medida cautelar, en esencia, procura asegurar el resultado futuro de un pleito, cuando hubiera peligro de que en el lapso existente entre demanda y sentencia, se frustrare el derecho cuyo reconocimiento se pretende en juicio.

Se advierte que no es este el cometido de la medida anticautelar. Por el contrario, lo que procura la medida anticautelar es evitar la producción de daños derivados de una medida cautelar, pero no persigue en modo alguno asegurar el resultado futuro de un pleito. Tampoco tiene por finalidad asegurar la correcta eficacia de la medida cautelar que se quiere evitar. Únicamente persigue evitar la producción de daños injustificados derivados de una cautelar abusiva. Ello así, a nuestro juicio, la naturaleza es completamente diferente al de una medida cautelar, y se acerca mucho más, a la de la medida autosatisfactiva, que como veremos a continuación, constituye un remedio procesal urgente y no cautelar, apto para remover vías de hecho que no admiten demoras.

Ahora bien, con el correr del tiempo, la doctrina ha ido desarrollando con mayor profundidad la temática y se ha advertido que si bien en muchos casos, esta es la vía por la cual se materializa la medida, por cuanto se plantea antes de que exista un proceso principal incoado en contra del requirente de la anticautelar, en otros casos, el planteo puede tener lugar, en el seno de un proceso en trámite.

3.- Tipologías

Ello así, cabe distinguir entre las distintas tipologías, a través de las cuales puede presentarse la medida anticautelar.

a.- Medida anticautelar exógena

Cuando la medida anticautelar se plantea en forma previa e independiente de cualquier proceso, se ha dicho que la medida es por naturaleza, una medida autosatisfactiva con finalidad específica.

Se trata de una medida autosatisfactiva que tiene un cometido específico: conjurar un posible abuso cautelar.⁶³

Las medidas autosatisfactivas⁶⁴

Cabe recordar, al respecto, que las medidas autosatisfactivas, aparecen como remedios procesales urgentes no cautelares, aptos para remover vías de hecho que no admiten demoras⁶⁵. Tienen una clara finalidad preventiva de daños y por esa razón, constituye uno de los instrumentos de la tutela procesal inhibitoria. Esta herramienta de creación doctrinaria, a la fecha ha recibido recepción jurisprudencial y legislativa en un buen número de provincias.⁶⁶

La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar y autónoma que implica una respuesta expeditiva del poder jurisdiccional en vista a satisfacer

que ya se ha escrito bastante (Ver: CAMPS, C.E. "La Medida anticautelar Ambiental" ,La Ley, 2015, Cita Online: AR/DOC/4612/2015)

⁶³ PEYRANO, J.W. "Las medidas anticautelares". LA LEY 01/03/2012, 01/03/2012, 1 AR/DOC/774/2012

⁶⁴ Para un estudio más profundo, consultar: la obra de PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2º Ed. Rubinzal-Culzoni. Sante Fe. 2014.

⁶⁵ EGUREN, M.C. "Las medidas autosatisfactivas, la jurisdicción oportuna y el derecho procesal del destiempo", en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2º Ed. Rubinzal-Culzoni. Sante Fe. 2014, p.34.

⁶⁶ Así: se encuentran reguladas en los ordenamientos procesales de Chaco, Formosa, Corrientes, La Pampa, Santiago del Estero y San Juan. Asimismo, también está previsto en el anteproyecto de CPCCCN, art. 438, dentro de los procesos urgentes.

postulaciones urgentes avaladas por una fuerte verosimilitud de que le asistiría razón al requirente y por la prestación eventual de una contracautela que respondería por los perjuicios que pudiera acarrear su dictado.⁶⁷

Se trata de pretensiones basadas en derechos verosímiles o casi evidentes, donde la urgencia de la tutela judicial es esencial.

Entre sus presupuestos, se encuentran: la existencia de una fuerte probabilidad en el derecho; la urgencia en la prestación de tutela por exposición a un daño⁶⁸, y la innecesariedad de un proceso principal o posterior (típico de la autonomía de la medida).⁶⁹

Se han añadido otros requerimientos, tales como: que sea necesaria la cesación de conductas o vías de hecho, contrarias a derecho, conforme legislación de fondo o procesal; y que el interés del postulante se circunscriba en forma evidente, a obtener la solución urgente requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines.⁷⁰

Se ha expresado además, que es un proceso autónomo de todo otro, que persigue solucionar la urgencia que justifica su promoción, solo procede cuando no es menester una amplitud de debate y reclama un grado mayor de verosimilitud que la tutela anticipada de urgencia⁷¹.

En cuanto a la contracautela, en general no se la exige como un requisito irreductible, dependerá de las circunstancias del caso concreto⁷².

En cuanto al trámite, han existido criterios disímiles. En sus orígenes se planteó que la regla era el despacho *in audita parte*, en atención a la urgencia y al riesgo de que se frustre la medida. Así lo entendió la doctrina y jurisprudencia mayoritarias. Con el tiempo, se fue admitiendo que en algunos casos se dispusiera una breve sustanciación. Otros autores han sostenido en cambio, que por regla cabría sustanciar la medida, salvo que exista una urgencia impostergable o el peligro de que se frustre la medida. A la fecha, los ordenamientos procesales no son uniformes en este punto⁷³.

⁶⁷ Cfr. DE LOS SANTOS, Mabel, "Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, N° 1, p. 31 y ss.

⁶⁸ Hay quienes sostienen, sin embargo, que la urgencia, concebida como la probabilidad que un derecho se frustre o desaparezca, y también, riesgo inminente de sufrir un daño grave o irreparable, es una llave segura que abrirá la puerta al despacho autosatisfactivo, pero no la única. Así, se señala que en algunos casos la urgencia puede tener menor intensidad, es decir, puede que no haya urgencia impostergable, pero no obstante ello, la existencia del derecho aparece casi evidente y sin admitir discusión. En estos casos, según algunos autores, procedería la autosatisfactiva de igual manera. Así lo entiende BARBERIO, Op Cit. P. 297-298, y también admiten la autosatisfactiva como tutela de evidencia (y no solo de urgencia): FERNÁNDEZ; CARBONE, entre otros. Creemos que si bien esto es admisible, de alguna manera debe existir un peligro de daño que habilite este remedio tan específico, y soslaye la tramitación de un proceso por vías ordinarias.

⁶⁹ BARBERIO, S.J. "Análisis comparativo de las medidas autosatisfactivas en los códigos procesales que la incorporan" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2° Ed. Rubinzal-Culzoni. Sante Fe. 2014, p.293.

⁷⁰ BARBERIO, Ob. Cit. P. 294.

⁷¹ Cfr. PEYRANO, J.W. "Diferencias existentes entre dos expresiones de la justicia temprana: la medida autosatisfactiva y la tutela anticipada de urgencia" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2° Ed. Rubinzal-Culzoni. Sante Fe. 2014, Pp.415-419.

⁷² PEYRANO, J.W. y EGUREN, M.C. "Vigorosa recepción legislativa de las medidas autosatisfactivas" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2° Ed. Rubinzal-Culzoni. Sante Fe. 2014, P.100.

⁷³ Ver: BARBERIO S. Ob. Cit. P. 299-301.

Cabe señalar que se ha admitido en algunos ordenamientos, la posibilidad de pedir la suspensión de los efectos de la medida, a fin de evitar que su despacho ocasione mayores daños que los que pretenden evitarse, previa prestación de una contracautela⁷⁴.

En cuanto al sistema impugnativo, en general se admiten dos vías: el recurso de apelación (con efecto no suspensivo⁷⁵) y el proceso declarativo posterior. En general, se establece la elección de una vía, es excluyente de la otra⁷⁶.

Finalmente, es preciso añadir, que algunos ordenamientos limitan la vigencia de la medida en el tiempo⁷⁷.

Requisitos de la anticautelar exógena

La anticautelar exógena, exige la concurrencia de una serie de requisitos, que si bien son semejantes a los de cualquier autosatisfactiva, revisten algunas particularidades.

1. Situación de vulnerabilidad cautelar. Urgencia

Como primera cuestión, el requirente de una medida deberá demostrar *prima facie*, que se encuentra incurso en una situación de vulnerabilidad cautelar (SVC). Esto significa que el destinatario de la medida está en condiciones ya mismo de postular en su contra una cautelar que lo perjudicaría grandemente⁷⁸. Este es el requisito correspondiente a la "urgencia". Es decir, el requirente acredita que es susceptible de ser víctima de un abuso cautelar.

Como ejemplos, se señalan: la demostración de la *mora debitoris*, el acontecimiento de un siniestro del cual es civilmente responsable, o la concurrencia de un episodio que lo deje en peligro de ser demandado⁷⁹.

Ahora bien, estimamos prudente efectuar una advertencia al respecto. El requirente de la medida, debería tener buen resguardo de no incurrir en una verdadera confesión⁸⁰, en desmedro de sus propios intereses, en pos de lograr la procedencia de la anticautelar, a menos, claro está, que ese sea su propósito. Esto podría ocurrir si se afirmaran calidades o hechos personales que le son desfavorables, y que podrían ser objeto de discusión en un proceso posterior, al que acceda la eventual cautelar que se busca evitar. En este sentido, debe tenerse en cuenta que las declaraciones efectuadas por las partes en un escrito judicial, tienen especial valor, por lo cual, a menos que sea la real intención del requirente, admitir la responsabilidad en algún hecho dañoso, o reconocer el carácter de deudor, o la existencia de una deuda, deberá plantear la demanda anticautelar en

⁷⁴ PEYRANO - EGUREN, Ob. Cit. P. 103-104

⁷⁵ Las regulaciones procesales de las distintas provincias, son uniformes en el efecto no suspensivo del recurso interpuesto contra medidas autosatisfactivas. Esto es de toda lógica, por la naturaleza preventiva de daños de la medida, que de otro modo se vería desvirtuada fácilmente. En igual sentido, nuestro ordenamiento prevé el efecto no suspensivo de los recursos que se interpongan contra medidas cautelares (art. 458CPCC).

⁷⁶ PEYRANO - EGUREN, Ob. Cit. P.104.

⁷⁷ PEYRANO - EGUREN, Ob. Cit. P. 103-104

⁷⁸ PEYRANO, J.W. "Las medidas anticautelares" en: PEYRANO (Dir.) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. 1º Ed. RubinzalCuzoni. Santa Fe. 2016. P. 624.

⁷⁹ PEYRANO, J. W. Las medidas anticautelares. Op Cit. P. 624.

⁸⁰ Se ha dicho al respecto que la confesión es una declaración efectuada por cualquiera de las partes, de manera espontánea o provocada, donde se reconoce la verdad sobre hechos personales o de conocimiento personal del confesante y que le son desfavorables. Cfr. DEVIS ECHANDÍA, citado por: DIAZ VILLASUSO M. *Código Procesal Civil y comercial de la Provincia de Córdoba*. Advocatus. Córdoba. 2013. Tomo 1. p. 752.

términos tales que no impliquen una confesión en este sentido. Ello así, si bien debe demostrar el peligro de ser destinatario de una cautelar abusiva, no necesariamente debería admitir ser deudor o responsable en algún hecho, sino dejar en claro, que la contraria lo afirma de esa manera, o que existen indicios fuertes que permiten inferir el peligro de ser destinatario de la cautelar.

PEYRANO agrega, que no es necesario que se acrediten intimaciones o amenazas de la futura traba de la cautelar, porque ello no siempre será posible. Pero sí es necesario que se expongan hechos que permitan inferir, el peligro de la traba de la cautelar en contra del peticionante.

2. Fuerte verosimilitud en el derecho de que le asistiría razón al requirente de la anticautelar.

En este caso, la verosimilitud radica en el relato y la demostración *prima facie*, de que la traba de la medida cautelar en particular, le resultaría especialmente gravosa o que la afectación cautelar de determinados bienes le sería especialmente perjudicial⁸¹. También se ha dicho que radica en la manifestación de que la medida precautoria a despacharse altera el normal desenvolvimiento de la actividad del afectado, lo que a su vez se torna perjudicial⁸². Este requisito implica también, individualizar de manera precisa bienes de su procedencia que puedan servir idóneamente de asiento de una medida precautoria de recambio.

3. Contracautela

El ofrecimiento de una contracautela suficiente, es requisito necesario para la ejecución de la medida.

En efecto, el solicitante de una pretensión anticautelar debe garantizar, mediante el ofrecimiento de una contracautela, el resarcimiento de los daños que originara si a la postre resultara que abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla. Esa contracautela debe limitarse a cubrir la responsabilidad por los daños y perjuicios que de ellas se sigan y se fundamenta en el principio de igualdad y de seguridad. La contracautela garantiza también, el pago de las costas generadas por la pretensión anticautelar atacada, en el caso de que su pretensor resultare vencido en el reclamo de daño. Así también, sería admisible la contratación de seguros de caución o la aportación de valores suficientes a ese efecto⁸³.

En este sentido, se ha señalado que debe consistir en una caución real o personal con aptitud para cubrir los daños ocasionados por la anticautelar cuando ella hubiere servido para facilitar maniobras del requirente tendientes a insolventarse. Por ejemplo, si a causa de la anticautelar, el requirente logra que se ordene no trabar en su contra una inhibición general de bienes, por resultarle lesiva, y la reemplaza por el embargo de un bien automotor que luego se comprueba que estaba en estado ruinoso y que poseía escaso valor de realización⁸⁴.

Consideramos que las mismas razones que los códigos procesales locales prevén para eximir de contracautela a los sujetos en las medidas cautelares, *mutatis mutandi*, aplican en estos casos.

⁸¹ PEYRANO, J.W. "Medidas anticautelares". Op. Cit. P. 624.

⁸² ESPERANZA, S. "La evolución del ideario de la anticautelar" en: PEYRANO, J.W. *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016. P. 680.

⁸³FERNANDEZ BALBIS. A. "La pretensión anticautelar codificada" Cita: RC D 284/2021

⁸⁴ Cfr. PEYRANO, J.W. "La pretensión anticautelar" en: PEYRANO, J.W (Dir) , *Medidas cautelares y anticautelares*, Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2022, p.457.

Legitimación activa

De los presupuestos expuestos, surge claro que el legitimado activo será aquel sujeto que tema ser el destinatario de una cautelar abusiva.

Legitimación pasiva

El legitimado pasivo, es aquel sujeto respecto del cual existe el temor fundado de que solicite la traba de la medida cautelar en contra del requirente.

En algunos casos, conforme veremos al analizar la jurisprudencia existente, la legitimación pasiva puede recaer sobre una multiplicidad de sujetos, que se encuentren en una misma situación respecto del requirente de la medida anticautelar.

Competencia

La competencia pertenece al juez del domicilio del requirente⁸⁵, conforme las reglas de las autosatisfactivas, en general.

Trámite

Por su finalidad, se ha propiciado su despacho sin sustanciación. Se ha señalado en favor de esta postura, que justamente el conocimiento del destinatario, posiblemente apresuraría al receptor a postular la cautelar abusiva.⁸⁶ Ello así, si se diera traslado previo a ordenar la anticautelar, se correría el riesgo de desnaturalizar el instituto, que pretende ser célere, y eficaz en la prevención del daño cautelar.

Otros autores, sin embargo, se han manifestado a favor de otorgar un traslado breve a la contraria, previo a que se ordene la medida. En sustento de lo apuntado, alegan que en estos casos, no ocurre lo que en cualquier cautelar, sino que el peticionante sabe o sospecha que se le viene encima una medida cautelar y no quiere frustrarla subrepticamente, sino que quiere ahorrarse perjuicios innecesarios. Además, estiman que si los pedidos de levantamiento o sustitución de cautelar ya trabada se sustancian, también deberían sustanciarse las mismas medidas cuando sean solicitadas en forma preventiva. Finalmente alegan que, si notificado el acreedor del traslado de la medida anticautelar, de mala fe este requiriese a otro juez la medida cautelar que se pretende evitar, la medida cautelar que obtuviera en principio sería nula.⁸⁷ Además, se ha señalado que por razón de economía procesal, debiera darse el traslado antes de la traba de la medida, ya que de lo contrario, los planteos podrían formularse después, y todo ello generaría dilación⁸⁸.

MOREA también apoya la postura de la sustanciación, y manifiesta que la regla general debe ser la sustanciación del pedido anticautelar, por cuanto ello concilia armónicamente el derecho a ser oído por parte del destinatario de la anticautelar, como expresión específica del derecho de defensa en juicio y el derecho del sujeto que se encuentra en situación de vulnerabilidad cautelar a no ser víctima de una medida precautoria abusiva. No obstante ello, aclara que no descarta de plano la

⁸⁵ ESPERANZA, S. "Vademecum de la pretensión anticautelar. Su frontera" en: PEYRANO, J.W (Dir) , *Medidas cautelares y anticautelares*, Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2022, p.467

⁸⁶ PEYRANO, J.W. "Medidas Anticautelares". Op. Cit. P. 624.

⁸⁷ SOSA, T. "Levantamiento o sustitución anticipados de la medida cautelar" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2016, p. 724.

⁸⁸ Así propone TRUCCO, J. "La medida canticautelar y el sentido común" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2016, P. 731-732.

posibilidad de que la medida anticautelar sea dispuesta *inaudita pars* en alguna situación excepcional —v.gr. contraparte con una intención manifiesta de perjudicar al anticautelante, aun a costa de los apercibimientos de ley—. ⁸⁹

Consideramos que la necesidad de sustanciación previa, debería analizarse en el caso concreto, atendiendo al grado de verosimilitud y urgencia que se evidencien en el caso, y al tipo de medida que se pretende evitar. La decisión debería ser en favor de la sustanciación, siempre que no se evidencie un riesgo grande de que se frustre la medida por dicha causa. Ello así, a nuestro juicio, debería establecerse una regla general (sustanciación) y otorgar amplias facultades al juez, para decidir, sobre la base del caso concreto, la posibilidad de dictar la medida sin sustanciación.

Oportunidad

Es esencial, para su despacho, que el destinatario no haya peticionado en sede judicial la traba de la precautoria aflictiva en el caso. Ello, atendiendo a que conforme con el principio de prevención, una vez que un juez se aboca al conocimiento de un asunto, ningún otro juez puede interferir directa o indirectamente en la cuestión⁹⁰.

La orden judicial

El proceso anticautelar culmina con una orden judicial que viene a morigerar la libre elección cautelar que posee su destinatario, cuando la selección de una precautoria específica le generaría graves perjuicios al requirente y puede ser reemplazada idóneamente por otra.

Es importante señalar, que conforme ha sido concebida doctrinariamente, en la resolución el juez no está habilitado para impedir en forma general, la traba de todas las medidas cautelares que se pudieran plantear contra el demandado, sino que es una orden que tiende a proscribir la traba de una medida cautelar en particular, o la traba de medidas respecto de algún bien o bienes, en particular. Ello así, porque de lo contrario, se impediría en forma total, el uso de las medidas cautelares, lo que atentaría contra los principios fundamentales de nuestro sistema, en especial el de la tutela judicial efectiva, que como vimos en forma precedente, habilita a la traba de medidas cautelares, como herramienta para asegurar la eficacia de las sentencias, y en definitiva, el reconocimiento efectivo de los derechos.

En cuanto sus efectos, se ha señalado que la desobediencia de esta orden puede estar sujeta a penalidades civiles (astreintes, multas civiles), tiene también connotaciones penales (desobediencia de una orden judicial) y su desconocimiento acarrearía la nulidad de la cautelar abusiva correspondiente, dictada en sentido contrario a la veda decretada. Ello por cuanto una de las consecuencias del abuso cautelar es la nulidad del acto abusivo y la proscripción de toda ventaja procesal que le pueda reportar al abusador la materialización del abuso.⁹¹

Medios impugnativos

⁸⁹ MOREA, A. "Aspectos procesales relativos a las medidas anticautelares". La Ley. 06.07.2018. Cita on line: AR/DOC/1318/2018

⁹⁰ PEYRANO, J.W. "Las medidas anticautelares". En: PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2016, P. 625

⁹¹ PEYRANO, J.W. "Las medidas anticautelares". En: PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2016, P. 625-626.

En cuanto a los medios impugnativos, en principio son los mismos que se presentan para impugnar cualquier autosatisfactiva. Así, sería admisible el recurso de apelación (sin efecto suspensivo), y también la vía del proceso declarativo posterior, en forma excluyente. Si fuera concedida sin sustanciación, en nuestro sistema sería admisible también el recurso de reposición, con apelación en subsidio (cfr. art. 358 y 363 CPCC).

b.- Medida anticautelar endógena

Como vimos, la medida anticautelar, en general, ha sido concebida como medida previa al inicio de un pleito. Ahora bien, ello no quita que en algunos casos, se pueda plantear en el marco de un proceso ya iniciado, pero en el cual aún no se ha peticionado la cautelar que se teme abusiva.

Surge aquí la pregunta acerca de cuál es la naturaleza que ostenta la medida anticautelar en este contexto.

Se han adoptado diferentes posturas al respecto.

Así, para algunos se trataría de una medida cautelar propiamente dicha. Sería una medida cautelar contra medidas cautelares⁹². Ya se ha señalado cuál es el punto criticable de esta postura. En concreto, se trata de una medida que procura evitar los daños que una cautelar abusiva podría generar, pero en modo alguno procura asegurar el resultado de un proceso principal. No es ese el objetivo. El fin último es evitar los daños que pueda generar el uso de la herramienta procesal “medida cautelar”. Ello así, no parece que en lo sustancial, sean institutos asimilables. De hecho, los incidentes de levantamiento o sustitución de medidas cautelares, no revisten naturaleza cautelar. Son incidentes con características propias que se plantean en el marco de un juicio o de un embargo trabado en forma preventiva, pero reiteramos, no revisten la naturaleza de medida cautelar, tal como la hemos descrito al inicio. Ello así, sin perjuicio de que cumplan una función preventiva de daños.

Sentado lo anterior, cabe señalar que coincidimos con la postura que entiende que se trataría de un incidente de naturaleza *sui generis* con singularidades atípicas⁹³. Existe una diferencia fundamental, en relación con la medida planteada como autosatisfactiva, y es que en este caso, la medida es un incidente, que se suscita en el marco de un juicio principal ya iniciado, y por tanto se debe plantear ante el juez que está entendiendo en el proceso principal⁹⁴.

En cuanto a los requisitos, salvando la diferencia anterior, diremos que son fundamentalmente los mismos que los que se precisan para la procedencia de la medida anticautelar exógena. Estos son: urgencia (situación de vulnerabilidad cautelar), fuerte verosimilitud en el derecho y contracautela.

Debe tenerse en cuenta que la urgencia en estos casos, aparecerá en forma prístina, respecto del demandado, del hecho de tener un juicio iniciado en su contra. En este sentido, resulta claro que si la medida se presenta en el marco de un

⁹² Así, lo entienden: CAMPS, C.E. “La medida anticautelar ambiental”, RDAmb41, 42. AR/DOC/4612/2015;y SOSA, T. “Lo anticautelar es cautelar” en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas cautelares y anticautelares*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022. Pp. 437-441.

⁹³ Cfr. PEYRANO, J.W. “La pretensión anticautelar”, en PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas cautelares y anticautelares*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022. Pp. 457-458.

⁹⁴ Así lo propone: ESPERANZA, S. “Vademecum de la pretensión anticautelar. Su frontera” en: PEYRANO, J.W (Dir) , *Medidas cautelares y anticautelares*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022, p.467

proceso iniciado, la sola existencia de la causa evidenciará la urgencia. Por lo demás, los restantes requisitos no revisten particularidades.

Finalmente, cabe señalar que en cuanto a la sustanciación, legitimación y demás extremos, no existen diferencias.

Culmina la medida con la orden judicial que ordena hacer lugar o no hacer lugar a la medida.

En cuanto a los medios impugnativos, serán los que prevén los códigos rituales, para las resoluciones que resuelven incidentes, aunque debe aclararse que el recurso deberá concederse sin efecto suspensivo, a los fines de no desnaturalizar la medida⁹⁵.

4.- Denuncia Antecautelar de bienes.

Finalmente, cabe analizar una herramienta preventiva, distinta de la antecautelar, que resulta relevante, puesto que podrá resultar de utilidad en algunos casos.

Se trata de la denuncia de bienes, en forma antecautelar.

Es una medida que consiste en poner en conocimiento del tribunal de la causa los bienes que integran el patrimonio del demandado para el supuesto de que el actor solicitara una cautelar. En estos casos, el demandado expone que la afectación de alguno de ellos le resultaría perjudicial y vendría a constituir un abuso procesal, y señala otros bienes, sobre los que podría recaer la medida, sin daño para nadie⁹⁶.

No resulta técnicamente una medida antecautelar, ya que no se plantea en estos términos, sino como una puesta en conocimiento anticipada al tribunal, para que al momento de discernir sobre una medida cautelar, cuente con elementos suficientes para poder evitar la traba de una medida gravosa (conf. arg. arts. 10 y 1710, y 1713).

5.- Análisis de las regulaciones existentes

Hasta la fecha, son muy pocas las provincias que han regulado en sus códigos rituales, el instituto de las medidas antecautelares⁹⁷. Algunos proyectos de reforma las han incorporado⁹⁸.

No obstante ello, ya son varias las provincias que tienen regulado el instituto de las autosatisfactivas, lo que simplifica la cuestión⁹⁹. En Córdoba, no obstante lo apuntado, no se encuentra regulada.

⁹⁵ Aquí rige el mismo argumento expuesto para la impugnación de medidas cautelares y autosatisfactivas, que no es otro que la esencia preventiva de daños de la medida, que exige la ejecución inmediata de lo ordenado.

⁹⁶ PEYRANO, J.W. "La pretensión antecautelar", en PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas cautelares y antecautelares*. Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2022. P. 458.

⁹⁷ Así, el Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes la recepta en forma expresa en el art. 203 y el Código Procesal de Familia de San Juan, hace otro tanto, en el art. 56 de dicho plexo.

⁹⁸ Así, el Anteproyecto de Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, elaborado por la Comisión Técnica Especializada designada por Resolución n° 549/20 de Ministerio de Gobierno, Justicia, Derechos Humanos y Diversidad, en el art. 282 *in fine*, preveía la pretensión antecautelar en estos términos: "A los fines de evitar abuso cautelar, se pueden interponer pretensión antecautelar o sustitución anticipada de cautela, que tramitan en lo pertinente bajo las reglas de procesos urgentes". Es objetable la técnica legislativa utilizada, puesto que un mismo artículo regula lo atinente a la modificación, levantamiento, sustitución, responsabilidad por abuso y las antecautelares. Se advierte así, que se agrupan en una misma norma, una serie de institutos diferentes, cuyos contornos deben ser delineados en forma individualizada. Por otro lado, la regulación es muy amplia y no indica los requisitos para la concesión de la medida antecautelar, ni el trámite a otorgarle. En definitiva, estimamos que si bien el fin es loable, la regulación ha quedado a mitad de camino.

La provincia de Corrientes, en el año 2021 sancionó un nuevo código procesal civil y comercial (Ley n° 6556). En este código recepta de manera expresa, el instituto anticautelar.

Así, el art. 203 estatuye: “Artículo 203. Pretensión anticautelar. Quien se encuentre en riesgo de que se dicte en su contra una medida cautelar que considere abusiva y que podría causarle graves e irreparables perjuicios, podrá petitionar que la jurisdicción se abstenga de decretarla, acreditando la verosimilitud del derecho y el peligro de la demora y ofreciendo bienes o un seguro de caución suficientes para sustituir la medida cuya prohibición solicita. La resolución que la admita fijará la contracautela por los daños que pudiera ocasionar. La anticautelar podrá ser impugnada por vía de revocatoria o incidental, las que no tendrán efecto suspensivo”

Se advierte que recepta prácticamente todos los presupuestos que hemos analizado a lo largo de este trabajo. No aclara el trámite a imprimir. No obstante ello, al estar regulado el instituto de las autosatisfactivas, si se presenta en modalidad exógena, será esa la vía apta, y si se presenta en el marco de un juicio, la vía incidental será la vía apta. En cuanto a la sustanciación, el artículo no la prevé, pero atendiendo al remedio impugnativo que fija, parecería que está pensada para que sea dictada sin sustanciación.

Como crítica, podría señalarse que la norma expresa: “podrá petitionar que la jurisdicción se abstenga de decretarla”, lo que permitiría inferir, que la orden se dirige contra otro tribunal, lo que a nuestro juicio es errado. En efecto, se trata de pretensión dirigida contra otra persona (destinataria), respecto de la cual, se teme que peticione la traba de la cautelar abusiva. Ello así, la orden de abstención recae en definitiva, en el sujeto destinatario de la medida, quien es el que tiene la facultad de impugnar la medida, y no en el tribunal que dirima eventualmente, la procedencia o improcedencia de la medida cautelar. Lo expuesto, sin perjuicio de los mecanismos de notificación que se implementen, en orden a hacerla eficaz.

Por otro lado, el Código Procesal de Familia de San Juan (Ley N° 2435), sancionado en el año 2022 regula el instituto en el art. 56, que estatuye: “Artículo 56. Pretensión anticautelar: Quien se encuentre en riesgo de que se dicte en su contra una medida cautelar que considere abusiva y que podría causarle graves e irreparables perjuicios, podrá petitionar al juez que se abstenga de decretarla, acreditando la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora y ofreciendo bienes o un seguro de caución o garantía suficientes para sustituir la medida cuya prohibición solicita. La resolución que la admita fijará la contracautela por los daños que pudiera ocasionar. La anticautelar podrá ser impugnada, en el plazo de cinco (5) días, por vía de reposición o incidental; no tendrán efecto suspensivo”

Se advierte que la regulación es prácticamente idéntica a la del código correntino, por lo que es pasible de las mismas observaciones.

6.- Necesidad de regulación en el Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba
En nuestro ordenamiento local, no están previstas las medidas anticautelares.

⁹⁹ Así los códigos procesales civiles de: Chaco, art. 253; Corrientes, arts. 478-483; Formosa, art. 232 bis; La Pampa, art. 305; Santiago del Estero, art. 37 y San Juan, art. 631. Este último código también regula la tutela preventiva, en el art. 629.

Asimismo, el anteproyecto de código procesal civil y comercial de la nación, del año 2019, preveía también en el art. 438, bajo el rótulo “proceso urgente”, la medida autosatisfactiva.

Creemos que sería de gran utilidad su regulación, a fin de generar claridad en cuanto a los requisitos a cumplimentar, el trámite a imprimirse, los medios impugnativos, y sus efectos. En definitiva, ello generaría seguridad jurídica, previsibilidad y favorecería su aplicación.

No obstante ello, se advierte que, los argumentos que se han utilizado para admitir las medidas autosatisfactivas en la provincia, serían aplicables, *mutatis mutandi*, en el caso.

Desde el punto de vista sustancial, debe tenerse en cuenta que la función preventiva del daño, de anclaje constitucional (art. 19CN), hoy reconocida en forma expresa en el Código Civil y Comercial (arts. 1710-1715), brinda un sustrato normativo de peso. En efecto, el ordenamiento de fondo, estatuye en primer término el deber de prevención del daño, que compete a toda persona, y luego estatuye que ese deber de prevención, justifica incluso, la concesión de una acción autónoma, para la prevención de daños injustificados (tutela sustancial inhibitoria). Ello así, sin perjuicio de los restantes remedios procesales que cumplen también, una función preventiva (tutela procesal inhibitoria).

Además, el art. 10CCCN establece en su último párrafo, el deber de los jueces de ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si corresponde, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización. Se ha dicho al respecto, que *"(..) este deber de los operadores jurídicos de prevenir el uso abusivo del derecho es el que demanda encontrar las herramientas adecuadas -si las hubiera- o crearlas -en caso de que no las hubiera- para evitar que el derecho de unos trasunte en el desconocimiento del derecho de otros; no pudiendo excusarse en la ausencia de tales instrumentos, constituyendo la medida anticautelar en estudio, de creación doctrinaria y recepción pretoriana en un válido ejemplo de operadores jurídicos ingeniosos, capaces de crear herramientas útiles para la efectivización del derecho cautelar, evitando el abuso en que este puede derivar en la práctica"*¹⁰⁰.

En este marco, coincidimos en que: *"La falta de regulación de una vía expedita para resolver casos urgentes y evidentes no puede importar la frustración de derechos, ni la necesidad de inventar un proceso principal a todas luces innecesario. Antes al contrario, se deben buscar soluciones de modo de asegurar el mandato constitucional que otorga a los particulares el derecho a obtener una respuesta expedita y razonable por parte del órgano jurisdiccional (conf. 14 y 43 CN, art. 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)"*¹⁰¹.

Por otro lado, no debe perderse de vista, que el art. 887 CPCC, estatuye que, en caso de silencio u oscuridad de este Código, los tribunales arbitrarán la tramitación que deba observarse, de acuerdo con el espíritu que le domina, leyes análogas y los principios generales que rigen en materia de procedimientos.

En este sentido, primeramente, cabe examinar nuestro ordenamiento procesal, a los fines de aplicar la norma citada. Así, nuestro código prevé un incidente específico en materia cautelar, que es el de la sustitución cautelar (arts. 463 2° párrafo CPCC - 473ibídem), que si bien presenta una naturaleza distinta a la medida anticautelar, tiene una clara finalidad mitigadora del daño. Por otro lado, el art. 484

¹⁰⁰ QUINODOZ, F.A. *Consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de las llamadas medidas anticautelares*. El Derecho, [276] - (02/02/2018, nro 14.341).

¹⁰¹ DIAZ VILLASUSO, M. *Código Procesal Civil y Comercial Comentado*. Advocatus, Córdoba, 2021.Tomo III.P. 171.

CPCC, permite la solicitud de medidas cautelares no tipificadas, a los fines de evitar perjuicios inminentes o irreparables. Estos dos artículos, podrían ser considerados, a los fines de vehicular, mediante una aplicación analógica (art. 887CPCC), las medidas anticautelares.

Incluso más, haciendo uso del art. 887, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1710 y ss CCCN, podría llegar a aplicarse, analógicamente, la regulación del código de Corrientes, por ejemplo.

En definitiva, estimamos que haciendo una interpretación armónica de las normativas procesales y sustanciales vigentes, es viable la solicitud y dictado de medidas anticautelares, ya por vía exógena, ya por vía endógena.

Ahora bien, a la hora de efectuar el planteo, la parte requirente debería cumplimentar los requisitos que la doctrina ha ido delineando, para su concesión. Asimismo, el juez debería explicitar el encuadre normativo y el trámite a otorgar a la medida, los medios impugnativos y sus efectos. Finalmente, debería realizar la tarea de ponderación, que emerge del art. 1713CCCN, a los fines de analizar la procedencia de la medida.

7.- Algunas aplicaciones en la jurisprudencia

El *leading* case en materia anticautelar lo hallamos en Rosario, en la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Sexta Nominación de esa ciudad, en la causa "Centro de Chapas Rosario S.A. c. Administración Provincial de Impuestos - API s/medida cautelar" (expte. N° 674/13), el 01.10.2013.

En este caso, la empresa actora planteó una medida anticautelar con el objeto de evitar el embargo sobre cuentas corrientes de su titularidad o la inhibición general de bienes. Ello así, atento a que existía un peligro cierto de que ello ocurriera (existía un expediente administrativo abierto) y esta medida era susceptible de afectar gravemente el giro de sus negocios. Asimismo, la accionante puso a disposición del tribunal, una nómina de bienes de propiedad libres de embargo, aptas para cubrir el valor de la deuda que el ente recaudador le atribuía. El juez hizo lugar al pedido de la requirente contra el órgano recaudador provincial y ordenó que la Administración Provincial de Impuestos se abstuviera de trabar inhibición general de bienes y/o embargo sobre cuentas corrientes de la actora, derivada de cierto expediente administrativo, si el crédito no excediere el monto de \$580.000, atento al grave perjuicio que esta importaría para la destinataria de la medida y a la existencia de los bienes puestos a disposición a los fines de efectivizar una eventual cautelar en su contra en virtud de tales actuaciones.

Se advierte que este caso es perfectamente ilustrativo de la medida cautelar exógena. Así, se planteó en forma autónoma (no había otro juicio iniciado), y concurrieron todos los requisitos de procedencia de la medida anticautelar: situación de vulnerabilidad cautelar, verosimilitud del derecho y contracautela). Por otro lado, la orden dictada, se dirigió en forma expresa a proscribir la traba de una medida específica (inhibición general de bienes) y la traba de embargo sobre determinados bienes.

Otro de los fallos más resonantes en materia de anticautelares, ha sido el fallo dictado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, sala I en lo civil, comercial y laboral en la causa “Ceshma”¹⁰².

En este caso, una empresa responsable de la construcción de un centro comercial solicitó el dictado de una medida cautelar a fin de que una fundación se abstuviera de realizar cualquier acto u omisión que implicara la perturbación de la ejecución del proyecto edilicio mencionado. El juez le hizo lugar. La Cámara revocó el decisorio. La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad. El Superior Tribunal de Justicia de Chaco le hizo lugar y confirmó la resolución de primera instancia.

El alto tribunal chaqueño, para dirimir la cuestión, partió del análisis de las medida anticautelares propuestas por el Dr. Peyrano. A partir de allí, consideró que se encontraban presentes los requisitos de las anticautelares.

Respecto del primer recaudo (urgencia - SVC) señaló que el sentenciante de primera instancia lo encontró verificado en las propias constancias de la causa, dadas las manifestaciones públicas realizadas por el demandado que traducían su intención de accionar legalmente en contra de la aludida obra.

En cuanto a la verosimilitud del derecho, expresó que el juez de grado, había sopesado la envergadura económica y social del proyecto de edificación a llevarse a cabo, el carácter de propietaria de la actora respecto del inmueble en donde se encuentra prevista desarrollar la obra, la acreditación prima facie del cumplimiento de las exigencias normativas y reglamentarias determinadas por los organismos públicos de contralor provinciales y municipales correspondientes; todo lo cual persuadió respecto a los visos de legalidad propios del proyecto urbanístico en cuestión -en el marco de una verosímil presunción mediante un conocimiento sumario-.

Se advierte que la medida dictada, desborda los límites de una medida anticautelar. Así, se emite una orden genérica y amplia, que va dirigida a vedar no solamente la traba de una cautelar sobre los bienes de la actora, sino que prohíbe, en general, todo acto que impida o suspenda la ejecución del proyecto.

Así, no aparece claro que los daños temidos, sean derivados de una medida cautelar abusiva, solamente, o de otros actos tendientes a paralizar la ejecución de los trabajos.

Las medidas anticautelares, en la forma en que han sido concebidas, procuran limitar el poder cautelar del destinatario de la medida, pero no impedirlo en forma total, lo cual sería inconstitucional, conforme señala Peyrano. Se restringe el poder cautelar, respecto de bienes específicos o de medidas cautelares específicas, nunca en forma general y amplia, como ocurre en el caso. Además, las medidas anticautelares no se dirigen a impedir todo tipo de conductas generadoras de daño, sino que restringen la traba de cautelares que se reputan abusivas.

Por otro lado, al analizar los requisitos de procedencia, el tribunal pondera los presupuestos como si se tratara de una medida cautelar propiamente dicha, y no como una anticautelar. De hecho, al señalar el requisito de la verosimilitud del derecho, en lugar de analizar si era verosímil que la cautelar temida causara daños injustificados al peticionante (presupuesto de la anticautelar), se refiere a la verosimilitud del derecho de fondo de la constructora, tal como se examina para el

¹⁰² “CESHMA S.A. c. Fundación Encuentro por la vida; Cultura y Democracia s/ medida cautelar” del 02.06.2014

otorgamiento de una cautelar (no en la anticautelar), y que además, en el caso, debía dirimirse en el proceso de amparo, que era el juicio principal.

Se advierte así, que no concurren los requisitos para considerar a la medida ordenada, como una anticautelar.

En definitiva, sin perjuicio de la utilidad simbólica que pueda presentar este caso, en tanto precedente en el que se recepta la herramienta “anticautelar” desde lo conceptual, se advierte que el fallo no concreta la aplicación de una efectiva medida anticautelar, tal como la entendemos en este trabajo e incluso es susceptible degenerar confusiones.

Más cerca en el tiempo han existido otras aplicaciones¹⁰³.

IV.- Bibliografía

ACIARRI, H. “Funciones del derecho de daños y de prevención”. LA LEY 04/02/2013, TR LALEY AR/DOC/179/2013

ALSINA, H. *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. I, 2º Ed. Ediar, Bs. As., 1956.

AZAR, A. M. y OSSOLA, F., en SANCHEZ HERRERO, Andrés (Dir), “Tratado de Derecho Civil y Comercial: Responsabilidad Civil”, Bs. As., Ed. La Ley, 2016. T.III.

BARBERIO, S.J. “Análisis comparativo de las medidas autosatisfactivas en los códigos procesales que la incorporan” en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2º Ed. Rubinzal-Culzoni. Sante Fe. 2014.

CALAMANDREI, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Librería “EL FORO”. Buenos Aires, 1996, Pp. 44-45.

CAMPS, C.E. “La Medida anticautelar Ambiental” ,La Ley, 2015, Cita Online: AR/DOC/4612/2015

DE LOS SANTOS, Mabel, “Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)”, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, N° 1.

DIAZ VILLASUSO M. *Código Procesal Civil y comercial de la Provincia de Córdoba*. Advocatus. Córdoba. 2013. Tomo 1 y 3.

¹⁰³ Así, fallos: “Emsade S.A. y otros vs. Guzzo, Marcelo Fabián s. Medida autosatisfactiva” Juzgado de Distrito en lo Civil y Comercial 8ª Nominación, Santa Fe, Santa Fe; 02-11-2016, “Coliber S.A. s/ Medida autosatisfactiva” Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de CuruzúCuatiá. Fecha 13/07/2018; “Proteccion Millenium S.A. s/ Concurso preventivo s/ Incidente Art. 250” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D. Fecha 23/04/2019, “Fiscalía de Estado de la Provincia del Chaco s/ medida cautelar” de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala I. Fecha: 01/02/2021, Khouri, Luis c. Insumos Agroquímicos S.A. s/ Demanda laboral” del Juzgado Laboral Nro. 1 de Corrientes. 28/04/2022, entre otros.

EGUREN, M.C. “Las medidas autosatisfactivas, la jurisdicción oportuna y el derecho procesal del destiempo”, en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2° Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2014.

ESPERANZA, S. “La evolución del ideario de la anticautelar” en: PEYRANO, J.W. *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016. P. 680.

ESPERANZA, S. “Vademecum de la pretensión anticautelar. Su frontera” en: PEYRANO, J.W (Dir) , *Medidas cautelares y anticautelares*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022.

FERNANDEZ BALBIS. A. “La pretensión anticautelar codificada” Cita: RC D 284/2021
FERREYRA DE DE LA RÚA, A. y GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, C. *Teoría general del proceso* - 2a ed. Advocatus. Córdoba ,2009

GALDÓS, J.M. *La teoría general de la prevención del daño. Principales reglas y principios*. LA LEY 27/10/2021, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/3020/2021

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. “La función preventiva de la responsabilidad civil en el código civil y comercial de la Nación”, en: PEYRANO (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016.

MOREA, A. “Aspectos procesales relativos a las medidas anticautelares”. La Ley. 06.07.2018. Cita on line: AR/DOC/1318/2018

OSSOLA, Federico, *Responsabilidad civil*. AbeledoPerrot. CABA. 2016.

PEYRANO, J.W. *Abuso Procesal*, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2006.

PEYRANO, J.W. “Las medidas anticautelares” LA LEY 01/03/2012, 01/03/2012, 1. Cita: AR/DOC/774/2012.

PEYRANO, J. W. *Medidas cautelares y anticautelares*, Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2022.

PEYRANO, J.W “La pretensión anticautelar”. LA LEY 26/03/2020, 1 - LA LEY2020-B, 1084 TR LALEY AR/DOC/326/2020

PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2016. P. 31.

PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2° Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2014.

PEYRANO, J.W. y EGUREN, M.C. “Vigorosa recepción legislativa de las medidas autosatisfactivas” en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas autosatisfactivas*. 2° Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2014, P.100.

QUINODOZ, F.A. *Consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de las llamadas medidas anticautelares*. El Derecho, [276] - (02/02/2018, nro 14.341).

RAMBALDO, J.A. "El abuso procesal" en: PEYRANO, J.W. *Abuso procesal*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2006.

SOSA, T. "Levantamiento o sustitución anticipados de la medida cautelar" en: PEYRANO, J.W. *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016.

SOSA, T. "Lo anticautelar es cautelar" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *Medidas cautelares y anticautelares*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022.

TRUCCO, J. "La medida anticautelar y el sentido común" en: PEYRANO, J.W. (Dir) *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función preventiva de la responsabilidad civil", LA LEY2015-C,726.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. *Responsabilidad por riesgo. El nuevo artículo 1113*. Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2015, t. I, p. 184; PIZARRO, R.D. Ob. Cit.; AZAR y OSSOLA, Ob. Cit.p.466, entre otros.

Daños derivados de la inteligencia artificial generativa: el alcance de la responsabilidad civil por el uso y creación de sistemas de IA destinados a la generación de *deepfakes*

Por Giuliana A. Forastiero ¹

Sumario: I.- Introducción. II.- Potenciales daños a la persona derivados de la creación de *deepfakes* y derechos involucrados. III.- Alcance de la legitimación pasiva. III.1.- La creación de *deepfakes* como actividad riesgosa: ¿resulta pertinente aplicar una regulación uniforme para los diversos usos de la Inteligencia Artificial? III.2.- Responsabilidad civil derivada de daños causados por el uso de sistemas de inteligencia artificial generadores de *deepfakes*. III.3.- Responsabilidad civil de quienes se encuentran involucrados en el desarrollo de los sistemas de IA generadores de *deepfakes*. IV.- Conclusión. V.- Bibliografía.

Resumen: El auge de la IA generativa ha suscitado una serie de desafíos legales, en particular respecto al alcance de la responsabilidad civil derivada del uso y creación de sistemas generadores de *deepfakes*, por los cuales se pueden causar daños significativos, como psicológicos, espirituales y a la integridad personal. La extensión de la responsabilidad de los usuarios, programadores y desarrolladores debe abordarse considerando que no todos los usos de la IA pueden ser regulados de manera uniforme. Si bien la creación de *deepfakes* parecería ser una actividad riesgosa (factor de atribución objetivo), el contexto de su generación podría eliminar su riesgosity (responsabilidad subjetiva); a su vez, se podría excluir la responsabilidad de los programadores y desarrolladores aplicando el criterio de “prohibición de regreso”, propio de la teoría de la imputación objetiva. El sistema jurídico argentino cuenta con las herramientas para abordar esto, mas debería existir una regulación específica.

Abstract: The generative AI boom has given rise to numerous legal challenges, particularly regarding the scope of civil liability derived from the use and creation of deepfake-generating systems, by which

¹ Estudiante de Derecho, Universidad Austral.

Palabras clave: Daños – inteligencia artificial generativa – *deepfakes* – responsabilidad civil – actividad riesgosa – responsabilidad objetiva – responsabilidad subjetiva.

Keywords: Harm – generative artificial intelligence – deepfakes – civil liability – risky activity – strict liability – personal liability.

significant harm can be caused, including at the psychological, spiritual, and personal integrity levels. The extent of liability for users, programmers, and developers must be addressed considering that not all applications of AI can be uniformly regulated. While the creation of deepfakes may be regarded as a risky activity (strict liability), the contextual circumstances surrounding their generation could eliminate such risky nature (personal liability); furthermore, the liability of programmers and developers might be excluded by invoking the doctrine that the negligent contribution to the commission of a crime should go unpunished, which is specific to the strict liability theory. The Argentine legal system has the necessary tools to approach this; however, specialized regulation is required.

I.- Introducción²

En la era de la información, el desarrollo tecnológico ha impulsado, paradójicamente, la existencia de una era de la posverdad³, la cual encuentra su apogeo en los avances de la inteligencia artificial (IA), especialmente, de la IA generativa, dentro de las cuales se hallan las técnicas destinadas a la creación de *deepfakes*.

El término *deepfake* combina las palabras en inglés *deep* (profundo) y *fake* (falso). Se trata de fabricaciones digitales hiperrealistas –pero, como indica su nombre, falsas–, generalmente imágenes, grabaciones de video o audio, creadas utilizando técnicas de IA: las técnicas de aprendizaje profundo,⁴ en particular redes generativas adversativas (en inglés, “GANs”⁵). Por medio de esta tecnología es posible, entre otras innumerables aplicaciones, superponer imágenes o videos, “insertando” el rostro de una persona en el cuerpo de otra⁶; alterar un video de una persona para que visual y auditivamente parezca que hizo o dijo algo que jamás ocurrió⁷, y crear contenido audiovisual completamente nuevo, como personas que en realidad no existen⁸. Como se ve, se puede generar tanto contenido como la imaginación lo permita, con un nivel de calidad altísimo, que el ojo humano no logra identificar como falso, sino más bien percibe como real.

No obstante, los *deepfakes* podrían resultar de gran utilidad en diversos ámbitos, tales como el educativo, artístico y cinematográfico (por ej., pueden ser empleados para “rejuvenecer” a los actores⁹). En definitiva, el progreso de la IA generativa no debe ser temido, sino más bien gestionado; en pos de maximizar sus beneficios y

² El presente escrito fue presentado en el Concurso de Monografías n.º 2 de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en el cual obtuvo el segundo premio.

Agradezco al Dr. Franco Andrés Melchiori por su valiosa orientación y sus sugerencias durante el desarrollo de este trabajo. También agradezco al Dr. Ramón Daniel Pizarro por brindarme la oportunidad de publicar este artículo.

³ RAMOS CHÁVEZ, Alejandro, “Información líquida en la era de la posverdad”, *Revista General de Información y Documentación*, Vol. 28, 2018, p. 286.

⁴ JODKA, Sara H., “Manipulating reality: the intersection of deepfakes and the law” (2024), *Reuters*, <https://www.reuters.com/legal/legalindustry/manipulating-reality-intersection-deepfakes-law-2024-02-01/>, (disponible en Internet el 07-VIII-2024).

⁵Sobre esto, cfr. UDDIN MAHMUD, Bahar y SHARMIN, Afsana, “Deep Insights of Deepfake Technology: A Review”, *Dhaka University Journal of Applied Science & Engineering*, Vol. 5, 2020, pp. 16-18.

⁶ A modo de ejemplo: <https://www.youtube.com/watch?v=eseGwoxiqNs> (Disponible el 28-VII-2024).

⁷ A modo de ejemplo: <https://www.youtube.com/watch?v=bE1KWpoX9Hk> (Disponible el 28-VII-2024).

⁸ A modo de ejemplo: <https://thispersondoesnotexist.com/> (Disponible el 28-VII-2024).

⁹ Véase MURPHY G., CHING D., TWOMEY J. y LINEHAN C., “Face/Off: Changing the face of movies with deepfakes”, *PLoS ONE*, Vol. 18, 2023, pp. 1-3.

minimizar sus potencialidad dañosa, resulta fundamental enmarcar jurídicamente su utilización.

El presente escrito tiene como objeto analizar el alcance de la responsabilidad civil derivada del uso y creación de los sistemas de IA destinados a la generación de *deepfakes*. Al efecto, se demostrará la relevancia de la cuestión identificando los potenciales daños a la persona y derechos comprometidos; se determinará la relación causal en dos dimensiones: primero, respecto a quienes utilizan estos sistemas de IA, y segundo, a quienes se encuentran involucrados en su desarrollo, y finalmente se dilucidará el *quid* de la variación del factor de atribución en función a los diferentes tipos y usos que se les den a los sistemas de IA, especialmente a los destinados a la creación de *deepfakes*.

II.- Potenciales daños a la persona derivados de la creación de *deepfakes* y derechos involucrados

Los sistemas de IA con los que se crean los *deepfakes* están disponibles para todo aquel que posea conexión a internet. Es decir, la mayor parte de la población puede crear contenido digital falso, no solo de uno mismo, sino también de otros individuos. A modo de ejemplo, un hecho que captó el interés de la sociedad fue la difusión de *deepfakes* sexualmente explícitos (no consentidos) de Taylor Swift en la red social X¹⁰. Este visibilizó una problemática relativamente poco discutida: el 96% de los *deepfakes* son de contenido pornográfico¹¹, y por la falta de regulación y tratamiento del tema, los afectados se ven desalentados a buscar justicia¹².

De todos modos, el estudio y regulación de esta tecnología no debe limitarse a esta clase de *deepfakes*, pues la IA puede generar diferentes tipos de contenido cuyos efectos podrían resultar igual de perniciosos. En particular, estos pueden manifestarse como daños a la persona –además de posibles daños patrimoniales, cuya determinación depende en gran medida de las circunstancias concretas, por ello no serán abordados en el presente escrito–; si bien el alcance de los daños a la persona debe ser evaluado en cada caso, procederé a explicar aquellos que estimo más probables a ocurrir.

Para empezar, se debe mencionar el menoscabo de la integridad personal (art. 1738 del Código Civil y Comercial), la cual “comprende la indemnidad de todos los

¹⁰ GILBOURNE, Jade, “Taylor Swift deepfakes: a legal case from the singer could help other victims of AI pornography”, *The Conversation*, 31 de enero de 2024, <https://theconversation.com/taylor-swift-deepfakes-a-legal-case-from-the-singer-could-help-other-victims-of-ai-pornography-222113> (Disponible el 2-VIII-2024).

¹¹ PECHENIK GIESEKE, Anna, “The New Weapon of Choice’: Law’s Current Inability to Properly Address Deepfake Pornography”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 73, 2020, p. 1482.

¹² STURGES, Julia, “Taylor Swift, Deepfakes, and the First Amendment: Changing the Legal Landscape for Victims of Non-Consensual Artificial Pornography”, *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, Vol. 25, 2024, pp. 9-10.

En Argentina, por la falta de regulación se derivó un caso (penal) de *deepfake* a una unidad contravencional; la deficiencia de tratamiento de la cuestión desalienta a buscar justicia en otros ámbitos del derecho, por ej., en el fuero civil. Al respecto véase INFOBAE, “Escándalo en una escuela de Córdoba: un alumno utilizó IA para crear imágenes pornográficas de sus compañeras”, 3 de julio de 2024, <https://www.infobae.com/sociedad/2024/07/03/escandalo-en-una-escuela-de-cordoba-un-alumno-utilizo-ia-para-crear-imagenes-pornograficas-de-sus-companeras/> (Disponible el 2-VIII-2024).

derechos de los cuales puede ser titular una persona”¹³. Así, la creación de *deepfakes* podría provocar una afectación al derecho a la identidad personal (art. 1740 CCyC) en tanto se le atribuyan a la persona cuya imagen se utiliza, calidades y características dinámicas (creencias, opiniones, acciones...) que permitan individualizarla en la valoración de los demás¹⁴, como por ej. un *deepfake* de un individuo realizando comentarios racistas. A su vez, se lesionaría el derecho a la intimidad (art. 19 CN; arts. 52, 1740 y 1770 CCyC) de los afectados, pues la creación de *deepfakes* implica la “manipulación e instrumentalización por otros [de la esfera de vida propia, intangible e inaccesible para los demás]”¹⁵.

Ahora bien, con respecto a los *deepfakes* en los cuales se muestra a una persona realizando actos generalmente considerados “ofensivos” o “humillantes”, estos suponen una manifiesta afectación al derecho al honor (arts. 52 y 1740 CCyC) en su dimensión objetiva (reputación). Tal es el caso del *deepfake* del actual presidente de Filipinas en el que se lo ve consumiendo estupefacientes¹⁶, el cual fue viralizado días antes del “State of the Nation Address”. La creación de esta clase de *deepfakes* “pone en riesgo la integridad de la democracia y los procesos electores, [al igual que] la estabilidad social”¹⁷. Por otra parte, el uso de la IA para crear *deepfakes* de esta naturaleza puede devenir en un agravio al honor en sentido subjetivo; por ej., la generación de *deepfakes* pornográficos resulta para las víctimas (en su percepción de sí) “deshumanizante [cosificante], [y simplemente] degradante (...) verse a sí mismo siendo representado de manera falsa”¹⁸.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando los *deepfakes* parecerían ser satíricos, artísticos o, en general, “creativos”? Ciertamente –además de afectar al derecho a la identidad personal y a la intimidad–, aunque no se acredite un daño a la reputación, “se tutela el honor cuando se ha afectado el sentimiento de la propia dignidad [honra], (...) [incluso si, por ejemplo,] los terceros, masivamente, no han creído la verdad de la imputación”¹⁹.

En esa línea, resulta fundamental aclarar que, incluso si no se acreditase el menoscabo a la identidad, a la privacidad ni al honor, la mera creación de *deepfakes* sin el consentimiento de la persona involucrada para ello²⁰ resulta violatorio del derecho a la imagen (art. 53 CCyC), en tanto el individuo pueda ser

¹³ ALFERILLO, Pascual E., “Capítulo 1: Responsabilidad civil. Sección 4ª: Daño resarcible”, en Jorge Horacio ALTERINI (dir.) e Ignacio Ezequiel ALTERINI (coord.), *Código Civil y Comercial: Tratado exegético*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2019, Tomo VIII, p. 265.

¹⁴ TOBIAS, José W., “Capítulo 3: Derechos y actos personalísimos”, en Jorge Horacio ALTERINI (dir.) e Ignacio Ezequiel ALTERINI (coord.), *Código Civil y Comercial: Tratado exegético*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2019, Tomo I, p. 622.

¹⁵ TOBIAS (n. 14), p. 559.

¹⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=VPA1pPktJrE> (Disponible el 7-VIII-2024).

¹⁷ CORVALÁN, Juan G., REQUEJO, Roberto y CARRO, María Victoria, *El impacto de la inteligencia artificial generativa y los deepfakes en los procesos electorales*, La Ley, 2024-B.

¹⁸ PASCALE, Emily, “Deeply Dehumanizing, Degrading, and Violating: Deepfake Pornography and the Path to Legal Recourse”, *Syracuse Law Review*, Vol. 73, 2023, p. 340.

¹⁹ TOBIAS (n. 14), p. 605.

²⁰ Cfr. DE CUCCO ALCONADA, María Carmen, *El derecho a la imagen y las redes sociales*, Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ), 2018.

diferenciado e identificado²¹, incluso aunque “[la imagen] se ‘falsifique’ con todas las apariencias de autenticidad [‘de cualquier modo que lo haga’]”²².

Por otra parte, la creación de *deepfakes* puede provocar otros tipos de daños a la persona, como daños psicológicos; lesiones de tal gravedad, que implican “la disminución de sus aptitudes para obtener ganancias”²³, podrían acaecer cuando estos son de contenido explícito, pues estos poseen la aptitud para producir en los afectados ansiedad y depresión extremas²⁴, las cuales tienden a manifestarse en la incapacidad para trabajar²⁵. En esa línea, la creación de cierto contenido falso provocaría una lesión a los sentimientos del sujeto –sufrimiento y menoscabo de la paz– es decir, daño espiritual (art. 1738 CCyC)²⁶.

III.- Alcance de la legitimación pasiva

1.-La creación de *deepfakes* como actividad riesgosa: ¿resulta pertinente aplicar una regulación uniforme para los diversos usos de la Inteligencia Artificial?

En primer lugar, la causación de los daños responde (materialmente) a la acción del usuario de generar los *deepfakes* mediante sistemas de IA. A su vez, en función a la teoría de la causalidad adecuada, resulta acorde (jurídicamente) al curso natural y ordinario de las cosas (art. 1727 CCyC) que la creación de ciertos *deepfakes* provoque en la persona cuya imagen se utilizó, los daños previamente analizados. En efecto, se evidencia que “el criterio de previsibilidad es el eje central de la causalidad jurídica” y, con este, surge el deber primordial de prevenir la producción de daños (art. 1710 CCyC)²⁷.

En ese sentido, resulta fundamental analizar si corresponde aplicar una regulación uniforme para los diversos usos de la IA, pues con base en esa conclusión se determinará si la generación de *deepfakes* en todos los casos se puede clasificar (o no) como “actividad riesgosa” y, en efecto, si el criterio de imputación resulta objetivo –para atribuir responsabilidad basta con acreditar el nexo causal entre la acción y el daño, siendo el único eximente la causa ajena, y no el cumplimiento de las técnicas de prevención (art. 1757 CCyC)– o, en su defecto, subjetivo –se debe, además de acreditar el nexo causal, demostrar que se obró con culpa o dolo (arts. 1721 y 1724 CCyC)–.

En primer lugar, la teoría del riesgo creado (receptada en el art. 1757 CCyC) entiende que “si bien el conjunto de la sociedad se beneficia con [ciertos] adelantos, no resulta justo que sean los ciudadanos quienes deban absorber el daño que con motivo de su utilización se ocasione, sino que debe afrontar dichas consecuencias dañosas quien introduce ese riesgo”²⁸. Con respecto a los *deepfakes*, en tanto estos son generados mediante “sistemas operados por la [IA]”, en principio se ven

²¹ ANDRADA, Alejandro Dalmacio, *Responsabilidad civil de los medios de comunicación: El factor de atribución*, Juris, Rosario, 1998, pp. 186 y 451.

²² TOBÍAS (n. 14), p. 657.

²³ UBIRÍA, Fernando Alfredo, *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 341.

²⁴ A modo de ejemplo: <https://www.youtube.com/watch?v=LkGnPeY6Csk> (Disponible el 5-VIII-2024).

²⁵ CITRON, Danielle K., “Sexual Privacy”, *The Yale Law Journal*, Vo. 128, 2019, p. 1926.

²⁶ UBIRÍA (n. 23), p. 313.

²⁷ UBIRÍA (n. 23), p. 146.

²⁸ CALVO COSTA, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, 3ª Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 824.

incluidos “en el elenco de actividades riesgosas”, establecido en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil²⁹.

No obstante, podría cuestionarse si resulta apropiado otorgarles a todos los usos de la IA el mismo tratamiento de “actividad riesgosa”, pues el término “IA” es sumamente amplio e incluye una gran variedad de tecnologías distintas, “cuyo impacto y riesgo es sustantivamente distinto. En efecto, no causa el mismo riesgo un vehículo (...) autónomo que un sistema de texto predictivo en mi correo electrónico. (...) [Por lo que] resultaría ineficiente aplicar un régimen de responsabilidad estricta [objetiva] único a aplicaciones cuya actividad suponen un riesgo nulo para el usuario de dicha tecnología”³⁰. Ciertamente, “La diversidad de usos [de la IA] hace imposible determinar regulaciones generales. [Su] amplitud, profundidad y capilaridad (...) requiere un sistema normativo que entienda la especificidad de los casos particulares”³¹.

Para ello, corresponde analizar las implicancias de que una actividad sea considerada “riesgosa”, pues “todo momento anterior a la causación de un perjuicio (...) supone una situación de riesgo. [Por eso,] en cuanto factor objetivo de atribución el concepto mismo de riesgo [debe afinarse]”³². El Proyecto de Código Civil de 1998 regulaba la “actividad *especialmente* riesgosa” (art. 1665). Si bien el CCyC contiene una fórmula más laxa, una interpretación sensata lleva a adoptar un criterio estricto; para considerar a una actividad como tal, esta “debe evidenciar un riesgo grave, importante, relevante [y] perceptible”³³. De lo contrario, se desnaturalizaría la figura al “incluir (...) la casi totalidad de los supuestos de responsabilidad civil (...) lo cual llevaría al sistema a un rigor insostenible. (...) [Sería incluso] absurdo y sin precedentes en el derecho comparado”³⁴.

Esta es la línea de pensamiento que parece seguir el Reglamento (UE) 2024/1689 (“Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea”), el cual clasifica a los sistemas de IA en distintos tipos en función al riesgo, pudiendo reconocerse cuatro diferentes categorías: 1) los de “riesgo mínimo”, que comprenden a “la gran mayoría de los sistemas de IA, [los cuales] *no plantean riesgos* y, por lo tanto, pueden seguir utilizándose, y no estarán regulados por el Reglamento [ej.: filtros de *spam*]”³⁵; 2) los de “riesgo limitado”, los cuales “estarán sujetos a obligaciones de transparencia muy leves, como la divulgación de que su contenido se ha generado mediante la IA”³⁶, siendo ejemplos de estos los *chatbots* y ciertos tipos de *deepfakes* (sobre lo

²⁹ XXVII Jornadas Nacionales de Derecho civil, Conclusiones de la Comisión n.º3, Rosario, 2019, https://drive.google.com/file/d/1FDqjvrsFsB9b_2nwBK61N0peL0vsSToA/view (Disponible el 15-VII-2024).

³⁰ ARAYA PAZ, Carlos, “Desafíos legales de la inteligencia artificial en Chile”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, Vol. 9, 2020, p. 276.

³¹ ARGENCON, “Argencon propone un marco regulatorio para desarrollar a la Argentina como referente internacional en Inteligencia Artificial”, 5 de agosto de 2024, <https://www.argencon.org/argencon-propone-un-marco-regulatorio-para-desarrollar-a-la-argentina-como-referente-internacional-en-inteligencia-artificial/> (Disponible el 6-VIII-2024).

³² OSSOLA, Federico Alejandro, *Responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 120

³³ PIZARRO, Ramon D., *Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código*, La Ley 2015-D 993.

³⁴ PIZARRO (n. 33).

³⁵ Consejo Europeo y Consejo de la Unión Europea, “Reglamento de Inteligencia Artificial”, <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/artificial-intelligence/> (Disponible el 3-VIII-2024).

³⁶ Consejo Europeo y Consejo de la Unión Europea (n. 35).

cual se desarrollará *a posteriori*); 3) los de “alto riesgo”, sujetos a normas más estrictas, su clasificación debe limitarse a aquellos sistemas que tengan un efecto perjudicial considerable en la salud, la seguridad y los derechos fundamentales de las personas (Considerando 46), y 4) los de “riesgo inaceptable”, cuya utilización se encuentra absolutamente prohibida.

Esto demuestra que para la UE no todos los sistemas de IA implican el mismo riesgo y que la regulación varía según el nivel de peligrosidad asociado con cada sistema en cuestión. De todas maneras, considero que dicha ley incurre en una contradicción: al referirse a la mayoría de los sistemas de IA como “de riesgo mínimo”, el *nomen iuris* sugiere que –trasladándolo a nuestro ordenamiento jurídico– estos deberían tratarse en el marco de la “actividad riesgosa”. Sin embargo, el mismo Consejo de la UE aclara que en estos sistemas *no* hay riesgo (ya sea porque es inexistente o irrelevante), y que por eso mismo la norma no los regula. De esta forma, las tecnologías de “riesgo mínimo” no pueden ser consideradas propiamente como actividades tal índole, no siendo aplicable en su caso el factor de atribución objetivo de responsabilidad. Por lo expuesto, no resulta pertinente aplicar una regulación uniforme para los diversos usos de la IA.

2.-Responsabilidad civil derivada de daños causados por el uso de sistemas de inteligencia artificial generadores de *deepfakes*

Continuando con el análisis del derecho comparado, el Reglamento europeo indica que el uso de los sistemas de IA generadores *deepfakes* crea un “riesgo limitado” en tanto “el contenido [sea] evidentemente creativo³⁷, satírico³⁸, artístico³⁹...”, e impone –tanto al usuario como el proveedor (lo cual se analizará *a posteriori*)– el “revelar de forma clara y distinguible que el contenido ha sido creado o manipulado artificialmente” (Considerando 134). Al imponer como única obligación (sin legislar más al respecto) el cumplimiento de un deber de transparencia, se interpreta que el riesgo no posee la relevancia suficiente para que –en el ordenamiento jurídico argentino– la actividad se considere riesgosa (por tanto, el factor de atribución de responsabilidad del usuario sería subjetivo). En estos casos, es por contexto de la creación del *deepfake* (y no por la intención con la que se genera) –es decir, por la naturaleza de su contenido y por el cumplimiento del deber de transparencia– que el componente “engaño”, determinante de la peligrosidad, se ve definitivamente eliminado y, con este, el riesgo.

Sin embargo, cuando el contenido del *deepfake* no es de la naturaleza expuesta en el párrafo anterior, el cumplimiento del deber de transparencia (que de todos modos debería atenderse), no resulta suficiente para eliminar el riesgo. Por ej., cuando se crea un *deepfake* “político” (como el del presidente de Filipinas), su mera existencia –por más de que se indique que fue creado con IA– posee una gran potencialidad dañosa. Así, en estos casos, el uso de dichos sistemas implicaría la realización de una “actividad riesgosa”, por lo que la responsabilidad del usuario sería objetiva.

³⁷ Por ejemplo, en ámbitos –entre otros– de entretenimiento o educativos, como el caso de un profesor que crea un *deepfake* para enseñarle este sistema a sus alumnos.

³⁸ Por ejemplo, un *deepfake* del rostro de una persona en el cuerpo de un animal.

³⁹ A modo de ejemplo: <https://www.youtube.com/watch?v=64UN-cUmqMs>.

3.-Responsabilidad civil de quienes se encuentran involucrados en el desarrollo de los sistemas de IA generadores de *deepfakes*

En primer lugar, resulta menester esclarecer quiénes se ven comprendidos bajo el título “involucrados en el desarrollo del sistema de IA”. En las recomendaciones del Parlamento Europeo (P9_TA(2020)0276) sobre el régimen de responsabilidad civil en materia IA, se sugiere hacer “responsables a las diferentes personas de toda la cadena de valor que crean, mantienen o controlan el riesgo asociado al sistema” (Recomendación n.º7), es decir, a los “operadores” (Rec. n.º10), tanto “finales” como “iniciales” (Rec. n.º12). En ese sentido, por “operador final” debe entenderse “o bien [a] usuario/poseedor del sistema [lo cual ya fue analizado *a priori*], o bien [a] propio desarrollador del sistema que se vale de los datos que obtiene cuando [este] está funcionando.” y por “operador inicial”, al “programador que ofrece su sistema como servicio y se mantiene vinculado a él por medio del trabajo continuado sobre [este]”⁴⁰. Así, quienes se encuentran “involucrados en el desarrollo del sistema de IA” –a diferencia de quienes lo utilizan (los usuarios)– serían los programadores y los desarrolladores que se benefician con su funcionamiento.

En ese sentido, el art. 1758 CCyC “contempla una amplia legitimación pasiva (...). Debe entenderse: que quien ‘realiza’ la actividad es tanto quien la genera como quien la controla, potencia o fiscaliza [y] que quien ‘se sirve u obtiene provecho’ de ella, comprende cualquier tipo de beneficio”⁴¹. Corresponde aclarar que, de existir más de un obligado, la responsabilidad será solidaria si la causa fuente es única –por ej., si el *deepfake* fue creado entre dos o más usuarios–, y será concurrente si hay diversidad de fuentes –por ej., entre el usuario y el programador, si correspondiese⁴²–. En este marco, se evidencia que la normativa argentina resulta compatible con el derecho comparado.

Respecto a la determinación del alcance de la responsabilidad de estos sujetos, se debe partir de que la causalidad material no basta para concluir que el autor tenga que afrontar la reparación del daño producido, sino que esta deberá ser dilatada o restringida. De ese ajuste, surge la causalidad jurídica, “es decir, la que el derecho computa a los fines pertinentes de la responsabilidad, y la extensión del resarcimiento”⁴³.

Resulta fundamental destacar esto último: la “causalidad adecuada” en su esfera “jurídica” está destinada a calcular la extensión del resarcimiento. En esa línea, Claus Roxin explicaba “La teoría de la adecuación (...) no es (...) una teoría causal, sino una teoría de la imputación”⁴⁴. En función a esta teoría –receptada doctrinalmente en el derecho civil argentino⁴⁵– surge la necesidad de distinguir, en primer lugar, la cuestión de si existe una relación (física) causa-efecto entre el demandado y el daño (“causalidad material”, o “causalidad” a secas), y “verificado al

⁴⁰ ZORNOZA SOMOLINOS, Alejandro, “Breves apuntes a la propuesta de reglamento del parlamento europeo sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, Nro. 17, 2020, p. 100.

⁴¹ UBIRÍA (n. 23), pp. 434-435.

⁴² UBIRÍA (n. 23), p. 435.

⁴³ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín, RAFFO BENEGAS, Patricio, SASSOT, Rafael A., *Manual de derecho civil: obligaciones*, 14ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 119.

⁴⁴ ROXIN, Claus, *Derecho penal: parte general*, trad. de la 2ª ed. alemana de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, Tomo I, p. 360.

⁴⁵ Sobre esto cfr. CALVO COSTA, Carlos A., *La causalidad adecuada en el derecho de daños: ¿causalidad real o criterio de imputación objetiva?*, La Ley 2021-A.

menos un vínculo *sine qua non*, aparecerá la segunda cuestión (...), que se refiere a verificar si resulta razonable considerar al demandado como el antecedente que desencadenó el daño [es decir, si este le puede ser imputado al agente] y que, según la doctrina que tomemos, es conocido como ‘causalidad jurídica’ o, aun con mayor propiedad, como ‘imputación objetiva’⁴⁶.

Ciertamente, de no ser por la creación de estos programas informáticos, los daños no podrían haber acaecido; lo que caracteriza a la producción de estos perjuicios es que derivan del uso de sistemas de IA desarrollados por otras personas, quienes con su creación introdujeron un riesgo grave en la comunidad, lo cual “[impone de manera] imperiosa la adopción de severas medidas de protección”⁴⁷. En ese sentido, la Ley de IA de la UE, obliga también a los programadores y desarrolladores (Considerando 134) a cumplir con el deber de transparencia. Por supuesto, la manifestación de este deber de prudencia (art. 1725 CCyC) para prevenir daños (art. 1710 CCyC) deberá ser determinada por cada país; no obstante, diversos Estados –como China– han impuesto la obligación de incorporar una “marca de agua” a todo el contenido generado mediante el uso de sus sistemas de IA, en pos de revelar la falsedad del material⁴⁸.

De todas maneras, el cumplimiento de las técnicas de prevención no es eximente de la responsabilidad en los términos del art. 1758 CCyC. Analógicamente (aunque estos casos de *deepfakes* no traten una relación de consumo), respecto a la responsabilidad de los portales de anuncios (por ej., de Mercado Libre), la jurisprudencia nacional indica que el criterio de imputación de responsabilidad es subjetivo⁴⁹ en tanto estos “[ocupen] una posición neutra entre el cliente vendedor y los potenciales compradores, [y no desempeñen] un papel activo que [les permita] adquirir conocimiento o control de los datos relativos a esas ofertas”⁵⁰. Es decir, como la plataforma actúa como mera intermediaria (rol pasivo), solo “[será responsable] cuando [haya] tomado efectivo conocimiento de la ilicitud del contenido publicado si tal conocimiento no es seguido de un actuar diligente”⁵¹. En contraposición, los sistemas de IA con los que se crean los *deepfakes* no resultan ser un mero “enlace”, sino que –como se mencionó– son determinantes en la causación del daño. Por lo tanto, se refuerza el argumento de que su responsabilidad sería, en principio, objetiva.

Sin embargo, en los supuestos en los cuales la responsabilidad del usuario es subjetiva (por haber mitigado el riesgo), en pos de determinar la extensión de la responsabilidad de los sujetos involucrados en el desarrollo del sistema de IA, se podría recurrir a uno de los criterios correctivos de la imputación objetiva: la “prohibición de regreso”, por la cual se “excluye la imputación a un sujeto [programadores y desarrolladores, por más de que el proceso causal puesto en

⁴⁶ PRIETO MOLINERO, Ramiro J., “Causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nro. 6, 2014, p. 18.

⁴⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La noción de actividades riesgosas en el Proyecto del Código Civil”, J.A. 1988-I, p. 906.

⁴⁸ ZOU, Mimi [Oxford Martin School], ‘China’s Deepfake Regulations: navigating security, misinformation and innovation’ Prof Mimi Zou [Archivo de video], 1 de junio de 2023, https://www.youtube.com/watch?v=_bfoq5y6Rsw (Disponible el 8-VIII-2024).

⁴⁹ CNCiv., Sala M, “Iglesia Mesiánica Mundial Sekai Kyusei Kyo en la Argentina c/ Mercado Libre S.A. y otros s/ propiedad intelectual 11.723”, 28-III-2022.

⁵⁰ CNCiv., Sala D, “Kosten, Esteban c/Mercado Libre S.R.L. s/ ordinario”, 22-III-2018.

⁵¹ CNCCom., Sala C, “Ferraro Antonio Fabián C. Car Group S.A. y Mercado Libre S.R.L.”, 1-X-2019.

marcha por ellos haya sido *conditio sine qua non* del daño] cuando en la cadena causal se interpone la acción de un tercero [usuario] mediante una conducta dolosa o gravemente negligente”⁵². No obstante, este criterio no operaría si dicha conducta se viese significativamente favorecida por la actuación de los sujetos involucrados en el desarrollo del sistema⁵³, lo cual podría ocurrir si estos no incorporan las “marcas de agua” mencionadas (es decir, por incumplir el deber de transparencia).

IV.- Conclusión

En conclusión, el auge de la IA generativa ha suscitado una serie de desafíos en el ámbito del Derecho de Daños, especialmente en cuanto al alcance de la responsabilidad civil derivada del uso y de la creación de sistemas de IA para generar *deepfakes*. La facilidad con la que se crea este contenido falso demuestra la virtualidad del acaecimiento de daños a la persona, como a la integridad personal, psicológicos y espirituales.

La responsabilidad civil de los usuarios, programadores y desarrolladores que se benefician con su funcionamiento debe abordarse considerando que no todos los usos de la “IA” pueden ser regulados de manera uniforme debido a la diversidad de tecnologías y usos de ellas que este término abarca, cuyo impacto y riesgo es sustancialmente distinto. En efecto, cuando se crean *deepfakes* de contenido artístico, satírico o –en términos generales– creativo, y se cumple estrictamente con el deber de transparencia, el propio contexto de su generación elimina completamente el componente “engaño” y, con este, la gravedad del riesgo creado; al no poder enmarcarse como “actividad riesgosa”, el factor de atribución de responsabilidad del usuario es subjetivo. Empero, cuando el contenido no encuadra en la categorización presentada, el contexto de su creación no es suficiente para eliminar el peligro, siendo la “actividad riesgosa” y la responsabilidad, objetiva.

En esta línea, la responsabilidad de los programadores y desarrolladores es –en principio–, en función a la teoría del riesgo creado, objetiva. No obstante, con base en la teoría de la imputación objetiva, se puede aplicar el criterio de “prohibición de regreso” por el que se excluiría la imputación a dichos sujetos ante el accionar doloso o gravemente culposo del usuario (siempre que su conducta no haya sido significativamente favorecida por los primeros).

Por lo expuesto, considero que el sistema jurídico argentino cuenta, en materia de responsabilidad civil, con las herramientas necesarias para abordar los desafíos que el surgimiento de las técnicas de IA generadoras de *deepfakes* suscitan. Sin embargo, en pos de aportar seguridad jurídica, es necesario establecer un marco normativo que regule la IA, no entendida genéricamente, sino que comprenda la especificidad de los usos particulares. Es imperativo que el ordenamiento jurídico argentino evolucione en paralelo con los avances tecnológicos, que se adapte con precisión a estos cambios, especialmente en lo que respecta la nueva tendencia en la era digital: el uso y creación de sistemas de inteligencia artificial capaces de generar *deepfakes*.

V.- Bibliografía

⁵² MELCHIORI, Franco Andrés, “La responsabilidad civil en los pronunciamientos del Tribunal Supremo de España: Aproximación al papel de la teoría de la imputación objetiva en la atribución causal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nro. 47, 2016, p. 111.

⁵³ PRIETO MOLINERO (n. 46), p. 19.

Alferillo, Pascual E., "Capítulo 1: Responsabilidad civil. Sección 4ª: Daño resarcible", en Jorge Horacio Alterini (dir.) e Ignacio Ezequiel Alterini (coord.), *Código Civil y Comercial: Tratado exegético*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2019, Tomo VIII.

Andrada, Alejandro Dalmacio, *Responsabilidad civil de los medios de comunicación: El factor de atribución*, Juris, Rosario, 1998.

Araya Paz, Carlos, "Desafíos legales de la inteligencia artificial en Chile", *Revista chilena de derecho y tecnología*, Vol. 9, 2020.

Argencon, "Argencon propone un marco regulatorio para desarrollar a la Argentina como referente internacional en Inteligencia Artificial", 5 de agosto de 2024, <https://www.argencon.org/argencon-propone-un-marco-regulatorio-para-desarrollar-a-la-argentina-como-referente-internacional-en-inteligencia-artificial/> (Disponible el 6-VIII-2024).

Calvo Costa, Carlos A., *La causalidad adecuada en el derecho de daños: ¿causalidad real o criterio de imputación objetiva?*, La Ley 2021-A.

Calvo Costa, Carlos A., *Derecho de las obligaciones*, 3ª Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2020.

Citron, Danielle K., "Sexual Privacy", *The Yale Law Journal*, Vo. 128, 2019.

CNCiv., Sala M, "Iglesia Mesiánica Mundial Sekai Kyusei Kyo en la Argentina c/ Mercado Libre S.A. y otros s/ propiedad intelectual 11.723", 28-III-2022.

CNCiv., Sala D, "Kosten, Esteban c/Mercado Libre S.R.L. s/ ordinario", 22-III-2018.

CNCom., Sala C, "Ferraro Antonio Fabián C. Car Group S.A. y Mercado Libre S.R.L.", 1-X-2019.

Consejo Europeo y Consejo de la Unión Europea, "Reglamento de Inteligencia Artificial", <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/artificial-intelligence/> (Disponible el 3-VIII-2024).

Corvalán, Juan G., Requejo, Roberto y Carro, María Victoria, *El impacto de la inteligencia artificial generativa y los deepfakes en los procesos electorales*, La Ley, 2024-B.

de Cucco Alconada, María Carmen, *El derecho a la imagen y las redes sociales*, Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ), 2018.

Gilbourne, Jade, "Taylor Swift deepfakes: a legal case from the singer could help other victims of AI pornography", *The Conversation*, 31 de enero de 2024, <https://theconversation.com/taylor-swift-deepfakes-a-legal-case-from-the->

singer-could-help-other-victims-of-ai-pornography-222113 (Disponible el 2-VIII-2024).

Infobae, “Escándalo en una escuela de Córdoba: un alumno utilizó IA para crear imágenes pornográficas de sus compañeras”, 3 de julio de 2024, <https://www.infobae.com/sociedad/2024/07/03/escandalo-en-una-escuela-de-cordoba-un-alumno-utilizo-ia-para-crear-imagenes-pornograficas-de-sus-companeras/> (Disponible el 2-VIII-2024).

Jodka, Sara H., “Manipulating reality: the intersection of deepfakes and the law” (2024), *Reuters*, <https://www.reuters.com/legal/legalindustry/manipulating-reality-intersection-deepfakes-law-2024-02-01/>, (disponible en Internet el 07-VIII-2024).
Llambías, Jorge Joaquín, Raffo Benegas, Patricio, Sassot, Rafael A., *Manual de derecho civil: obligaciones*, 14ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

Melchiori, Franco Andrés, “La responsabilidad civil en los pronunciamientos del Tribunal Supremo de España: Aproximación al papel de la teoría de la imputación objetiva en la atribución causal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nro. 47, 2016.

Murphy G., Ching D., Twomey J. y Linehan C., “Face/Off: Changing the face of movies with deepfakes”, *PLoS ONE*, Vol. 18, 2023.

Ossola, Federico Alejandro, *Responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

Pascale, Emily, “Deeply Dehumanizing, Degrading, and Violating: Deepfake Pornography and the Path to Legal Recourse”, *Syracuse Law Review*, Vol. 73, 2023.

Pechenik Gieseke, Anna, “The New Weapon of Choice’: Law’s Current Inability to Properly Address Deepfake Pornography”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 73, 2020.

Pizarro, Ramon D., *Responsabilidad civil por actividades riesgosas o peligrosas en el nuevo Código*, La Ley 2015-D.

Prieto Molinero, Ramiro J., “Causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nro. 6, 2014.

Ramos Chávez, Alejandro, “Información líquida en la era de la posverdad”, *Revista General de Información y Documentación*, Vol. 28, 2018.

Roxin, Claus, *Derecho penal: parte general*, trad. de la 2ª ed. alemana de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, Tomo I.

Sturges, Julia, “Taylor Swift, Deepfakes, and the First Amendment: Changing the Legal Landscape for Victims of Non-Consensual Artificial Pornography”, *The Georgetown Journal of Gender and the Law*, Vol. 25, 2024.

Tobías, José W., “Capítulo 3: Derechos y actos personalísimos”, en Jorge Horacio Alterini (dir.) e Ignacio Ezequiel Alterini (coord.), *Código Civil y Comercial: Tratado exegetico*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2019, Tomo I.

Ubiría, Fernando Alfredo, *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

Uddin Mahmud, Bahar y Sharmin, Afsana, “Deep Insights of Deepfake Technology: A Review”, *Dhaka University Journal of Applied Science & Engineering*, Vol. 5, 2020.

Zavala de González, Matilde, “La noción de actividades riesgosas en el Proyecto del Código Civil”, J.A. 1988-I.

Zornoza Somolinos, Alejandro, “Breves apuntes a la propuesta de reglamento del parlamento europeo sobre responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, Nro. 17, 2020.

Zou, Mimi [Oxford Martin School], ‘China’s Deepfake Regulations: navigating security, misinformation and innovation’ Prof Mimi Zou [Archivo de video], 1 de junio de 2023, https://www.youtube.com/watch?v=_bfoq5y6Rsw (Disponible el 8-VIII-2024).

XXVII Jornadas Nacionales de Derecho civil, Conclusiones de la Comisión n.º3, Rosario, 2019,
https://drive.google.com/file/d/1FDqjvrsFsB9b_2nwBK61N0peL0vsSToA/view
(Disponible el 15-VII-2024).

La responsabilidad civil del influencer por daños al consumidor

Por Lucía Fraschetti ¹

Sumario: I.- Introducción. II.- Regulación de la actuación de los influencers en Argentina. II.1.- ¿Qué es un influencer? II.2.- Las normas de consumo y los creadores de contenido. II.2.A.- El consumidor en los entornos digitales. II.2.B.- La responsabilidad del influencer por actividad riesgosa. II.2.C.- La violación al deber de información: ¿publicidad engañosa o competencia desleal? II.2.D.- Responsabilidad solidaria por daños – Art. 40 Ley 24.240. III.- ¿Es necesaria una regulación específica del problema? IV.- Conclusiones. V.- Bibliografía.

Resumen: Un influencer es una persona humana o jurídica que moviliza su alcance en redes sociales para promocionar productos o servicios ante su audiencia. La responsabilidad de los creadores de contenido por actividad riesgosa se debate; mientras que parte de la doctrina entiende que en sí la actuación en redes no entraña un riesgo, otros argumentan que la publicidad conlleva un deber de previsibilidad que los hace responsables por el contenido de lo que difunden. En Argentina, la falta de una normativa específica sobre su actuación implica la aplicación de las reglas generales en materia de consumo: cuando la actividad publicitaria sea sobre un producto propio, tendrá las obligaciones del proveedor; mientras que será un consumidor más si emite una opinión personal sobre algún artículo. Si publicita productos de terceros, debe cumplir con el deber de información, en especial la identificación del anuncio como tal. Cuando no lo hace, la doctrina discute si se la califica como publicidad engañosa, abusiva o encubierta, pero por ella coincide en que responde ante el consumidor. Otro punto de debate es si le corresponde la responsabilidad solidaria del art. 40 de la ley 24.240: parte de la doctrina, en postura que compartimos, entiende que en principio no y que habría que estar al caso concreto.

¹Estudiante de Abogacía de la Universidad Nacional de Río Cuarto.

Palabras clave: derecho de consumo – proveedor – consumidor – influencer – actividad riesgosa – publicidad – responsabilidad por daños

Keywords: Consumer law – supplier – consumer – influencer – risky activity – advertising – civil liability

Abstract: An influencer is a natural or legal person who uses their reach on social media to promote products or services to their audience. The responsibility of content creators for risky activities is debated; while part of the doctrine holds that acting on social media does not inherently involve risk, others argue that advertising entails a duty of foreseeability that makes them responsible for the content they disseminate. In Argentina, the lack of specific legislation leads to the application of general consumer law: when the promotion involves their own product, the influencer bears the obligations of the supplier; while they act as a consumer when giving a personal opinion on a product. If they advertise third-party products, they must fulfill the duty to provide information, particularly by identifying the advertisement as such. When they fail to do so, there is a debate in the doctrine regarding their liability for damages to the consumer due to false advertising, abusive advertising, or covert advertising. Another point of debate is whether joint liability under article 40 of Law No. 24.240 applies; some scholars argue that it does not, and that the specifics of each case must be considered. We share this perspective.

I.-Introducción

Un solo click es suficiente para adquirir el producto que está promocionando Selena Gomez en uno de sus más recientes videos. Es un pintalabios de su marca *Rare Beauty*, que destina el 1% de su recaudación a organizaciones que dan contención a personas que sufren de problemas de salud mental. Con ese solo click, se consolida la relación de consumo. El perfeccionamiento del contrato es instantáneo y automático.

¿Resultan suficientes nuestras normas frente a este tipo de contratos celebrados en los entornos digitales?

Las tecnologías de la información y de la comunicación, y la masividad de las redes sociales, son un fenómeno que no sólo no parece estar próximo a detenerse, sino que tiene un crecimiento exponencial sin precedentes.

Siguiendo a Moisset de Espanés y a Márquez, podemos observar que los contratos se instrumentan cada vez más a través de las redes (tanto abiertas como cerradas), y que existe una amplia difusión del comercio realizado a través de medios digitales (*e-commerce*). Ello trae como consecuencia el cambio de nuestra realidad, a la que el derecho no abarca en su totalidad². En especial, surgen algunos interrogantes sobre situaciones no previstas por la ley, como lo que sucede la participación de sujetos no contemplados de manera expresa por ella, entre quienes se encuentran los llamados *"influencers"*. Estos actúan en los entornos digitales diariamente, favoreciendo la difusión de una gran variedad de productos y servicios y la consolidación de relaciones de consumo.

El presente trabajo busca determinar cuál es la legislación vigente que puede aplicarse a su actuación cuando publicitan un producto propio o de terceros para la venta, y a la responsabilidad eventual que puede surgir si el producto no es lo que prometía ser, o si genera un daño al consumidor.

II.- Regulación de la actuación de los influencers en argentina

² MOISSET DE ESPANÉS, Luis y MÁRQUEZ, José F. "La formación del consentimiento en la contratación electrónica", *La Ley* 2004-F, 1181 Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo II, 701. Cita online: TR LALEY AR/DOC/2286/2004.

II.1.-¿qué es un influencer?

El derecho argentino no contiene una previsión específica sobre qué es un creador de contenido, o, como se los conoce más comúnmente, un *influencer*. Sabemos que son participantes de los entornos digitales que, a través de cuentas online, principalmente en las redes sociales, se dedican a crear contenido multimedia en diferentes formatos: generalmente fotos y videos de corta o de larga duración. Buscaremos esbozar un concepto que abarque la actividad de estos sujetos, para así fijar el encuadre jurídico dentro del cual actúan.

La Comisión N° 4 de Derecho de Consumo, en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, propuso en despacho unánime el siguiente concepto de influencer: *"12. Caracterización: Influencers o Influenciadores son personas que poseen la capacidad de influir de alguna manera en el comportamiento de sus seguidores, en las redes sociales."*³

En una concepción más precisa, el derecho francés, en la ley 2023-451 dice en su art. 1 que se trata de *"las personas físicas o jurídicas que, a título oneroso, movilizan su notoriedad ante su audiencia para comunicar al público, a través de medios electrónicos, contenidos con el fin de promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios o una causa cualquiera, o que ejercen la actividad de influencia comercial por medios electrónicos"*⁴ (el resaltado nos pertenece; la traducción también).

Consideramos que los conceptos propuestos, en especial el de la legislación francesa, son adecuados para entender qué hace un creador de contenido.

Sobre todo, es interesante esta idea de movilización de la notoriedad entre su audiencia, porque parte de nuestra doctrina nacional —entre ellos, Nazar Anchorena, Chamatropulos, y Barocelli y Marhaba—, habla de una relación de confianza especial que se configura entre los sujetos que estamos analizando y su público⁵: se trata de una persona a quien el consumidor considera un igual, lo que tiene relevancia a la hora de considerar la responsabilidad que le cabe cuando publicita un producto o servicio sin decir que está haciéndolo, o cuando el producto genera un daño a quien lo adquiere⁶.

³ Asimismo, el despacho en su segundo párrafo contempla una conceptualización de los llamados influencers virtuales, que no desarrollamos en este trabajo, pero que son un fenómeno novedoso de rápida difusión: "Como evolución emergen los llamados influencers virtuales, que son perfiles generados por Inteligencia Artificial, a quienes sus creadores dotan de una personalidad completa y de datos e información para que, con el aprendizaje automático, puedan adaptarse de la forma más autónoma posible."

⁴ Art.1 Ley francesa 2023-451 para regular la influencia comercial y combatir los abusos de los influencers en las redes sociales. Cita online: Legifrance. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000047663185/>. Fecha de consulta: 19/06/2024.

⁵ BAROCELLI, Sergio S. y MARHABA, Débora., "Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores", La Ley 13/07/2020, 10. Cita online: TR LALEY AR/DOC/1926/2020. CHAMATROPULOS, Demetrio A. "La publicidad engañosa en el nuevo régimen de Lealtad Comercial", Suplemento Especial Competencia Desleal DNU 274/2019 (agosto), 305. Cita online: TR LALEY AR/DOC/2837/2019.

NAZAR ANCHORENA, Marcos F. L., "La publicidad y el marketing digital a través de influencers: a propósito de un reciente y novedoso proyecto de ley", La Ley 19/09/2020, 1. Cita online: TR LALEY AR/DOC/2675/2020.

⁶ HERNÁNDEZ, Carlos A., "El derecho del consumidor y los entornos digitales", Jurisprudencia Argentina 2021-III, 131. Cita online: TR LALEY AR/DOC/1656/2021

Cabría preguntarse qué hay que tener en cuenta para saber si este tipo de actor en entornos digitales tiene la suficiente notoriedad como para influir el comportamiento del público, o al menos, de su público. Barocelli⁷ propone contemplar diferentes aspectos: la cantidad de seguidores que tiene una cuenta, cómo es su influencia en el tema en que crea contenido, y qué posibilidades de impacto tiene en los destinatarios del mensaje. En principio no será lo mismo una persona con cinco mil seguidores, que con medio millón, sin embargo, quizás la posibilidad de disuasión de la primera cuenta es superior: puede tratarse de una persona muy persuasiva, o incluso dirigirse con su contenido a consumidores que son especialmente vulnerables, lo que algunos autores llaman “*consumidor hipervulnerable*”⁸.

La noción de hipervulnerabilidad nos permite no dejar de considerar que todos los consumidores son sujetos vulnerables en las relaciones de consumo, puesto que son relaciones que se caracterizan por su asimetría.⁹ Sin embargo, hay ciertas personas que por sus circunstancias están en un estado todavía mayor de vulnerabilidad, y no será igual la relación de consumo frente a ellas, y la responsabilidad que puede derivar de la misma, que frente a otros consumidores.¹⁰

II.- las normas de consumo y los creadores de contenido

II.2.a.-El consumidor en los entornos digitales

El art. 42 de la Constitución Nacional establece la protección de usuarios y consumidores, y el derecho de estos a una información adecuada y veraz; además de la obligación de las autoridades de proveer a la defensa de la competencia para evitar la distorsión de los mercados. Cuando la adquisición de un producto o servicio está muchas veces a apenas un click de distancia, resulta fundamental entender qué rol juegan los creadores de contenido en las relaciones de consumo que se concretan en las redes sociales, y cómo proteger el derecho a la información y evitar conductas de competencia desleal que violan la normativa de consumo.

La protección de la ley a los usuarios de las redes, y en general a los consumidores que se mueven en ámbitos digitales, es de gran trascendencia. Chamatropulos sostiene, por ejemplo, que todo usuario de las redes sociales es un consumidor hipervulnerable, en especial en lo relativo a sus datos personales, y al permiso que

⁷ BAROCELLI y MARHABA (n. 5), p. 2.

⁸ CHAMATROPULOS (n. 5), p. 3.

⁹ BAROCELLI, Sergio S. “Hipervulnerabilidad en las relaciones de consumo y en las políticas públicas de protección de los consumidores. A propósito de la disposición 137/2024”, La Ley, 06/08/2024, 1. Cita online: TR LALEY AR/DOC/1962/2024.

¹⁰ La hipervulnerabilidad puede resultar de diferentes factores. Según la resolución GMC 11/2021 del MERCOSUR, que fue incorporada a nuestro ordenamiento interno por resolución 1015/2021 de la Secretaría de Comercio Interior, son sujetos hipervulnerables: niños, niñas y adolescentes; adultos mayores; personas con discapacidad; personas migrantes; personas turistas; personas integrantes de los colectivos originarios; personas en situación de vulnerabilidad socioeconómica; familias monoparentales con hijos menores o con discapacidad a cargo; y personas con problemas graves de salud. Aclara que la presunción no es absoluta y depende del caso concreto. Sobre la misma línea, la resolución 137/2024 de la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial prescribe en su art. 1: “se considera consumidor en situación vulnerable y de desventaja a toda persona humana que en atención a su edad, género, condiciones de salud u otras circunstancias sociales, económicas o culturales sea, o pueda ser en forma inminente, pasible de cualquier afectación a sus derechos como consumidor en razón de su particular condición.”

se presta para la recolección y el uso de los mismos, el que no resulta un verdadero consentimiento¹¹.

Por otro lado, también cabe considerar el surgimiento de los llamados *smart contracts*, o contratos inteligentes, que son autoejecutables. Este tipo de contratos puede prestarse, sobre todo en la relación asimétrica entre proveedor y consumidor, a abuso del derecho o abuso de la posición dominante. Esto hace imprescindible el respeto al orden público tuitivo de este último¹², tanto para el proveedor como para quienes pueden resultar intermediarios de la cadena, como los creadores de contenido.

En las redes, la actividad de los influencers puede adoptar diferentes formas: a) algunos se dedican a comercializar bienes o servicios que ofrecen ellos mismos, o marcas de las cuales son los dueños, como es el caso citado en la introducción de Selena Gomez y su marca *Rare Beauty*; b) otros ofrecen su opinión personal sobre un artículo o servicio sin haber recibido una contraprestación a cambio; c) y finalmente muchos de ellos publicitan un servicio o un producto, no a título de recomendación personal, sino habiendo sido contratados para hacerlo.

En el caso a) no cabe duda de que estamos hablando de un creador de contenido que, además de serlo, es un proveedor, y por lo tanto le resultan aplicables todas las normas de consumo que rigen las obligaciones de los proveedores para con el consumidor.

Un caso especial encuadrable en este supuesto, sería aquel en el cual el influencer es un revendedor del producto. Barocelli y Marhaba señalan que, por ser intermediario en la cadena de comercialización, respondería tanto por el art. 40 - que analizaremos más abajo- como por el 10 bis y el 11 de la Ley de Defensa del Consumidor, que fijan el alcance de la responsabilidad del proveedor en cuanto a incumplimientos en la oferta o en el contrato; y las garantías legales por vicios o defectos, respectivamente.¹³

El supuesto de b) nos muestra a un usuario más, un consumidor, que recomienda un producto a título de reseña u opinión personal.

El caso c), en cambio, es aquel que abordaremos en los próximos apartados. No caben dudas de que al influencer que además es proveedor se le aplica la normativa de consumo en su totalidad. ¿Pero qué reglas se aplican a aquel que es contratado por una marca para publicitar su producto, aprovechando esta movilización de notoriedad en las redes?

Al no existir una ley específica que lo regule, se pueden analizar normas de consumo donde esta conducta resulta encuadrable, de las cuales surgen obligaciones que estos deben cumplir en su trabajo. El influencer y el proveedor realizan un contrato que se caracteriza por su onerosidad, ya sea porque cobra dinero por su creación de contenido publicitario, o porque recibe gratuitamente los productos o servicios promocionados, lo que se conoce en la jerga como "*canje*". Respecto del consumidor, quien adquiere el producto final y gracias a quien se obtienen gran parte de los beneficios económicos con los cuales ambos se benefician, veremos cómo son las obligaciones.

¹¹ CHAMATROPULOS, Demetrio A., Estatuto del Consumidor Comentado. 2da edición, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, tomo I, p.165.

¹² MÁRQUEZ, José F. "Contratación electrónica: contratos inteligentes. Los problemas ante la teoría dogmática del contrato", EBOOK-TR 2023 (Andruet), 95. Cita online: TR LALEY AR/DOC/51/2023.

¹³ BAROCELLI y MARHABA (n. 5), p 8.

II.2b.-La responsabilidad del influencer por actividad riesgosa

El primer tema sobre el cual existe debate es sobre la calificación de la actividad del influencer como actividad riesgosa o no, más allá de la normativa de consumo que pueda aplicárseles.

Para Mazzinghi¹⁴, la actuación en redes no es como regla general una actividad que entrañe un riesgo, pero puede volverse tal si las circunstancias particulares de los mensajes difundidos así lo determinan. Un creador de contenido que promoció con manifiesta despreocupación por las consecuencias un sitio web de apuestas, un medicamento que no ha sido aprobado por la autoridad de control, o un producto para la salud carente de evidencia científica, está recibiendo un provecho económico a partir de difundir un mensaje falso o erróneo, lo cual nos permitiría considerar comprometida su responsabilidad según el art. 1758 del Código Civil y Comercial, última parte.

Por otro lado, García Austt y Rodríguez consideran que la actividad publicitaria es una actividad riesgosa¹⁵, dentro del marco del riesgo profesional que debe asumir el agente publicitario. Según esta postura, el factor de atribución es objetivo, no sólo porque se trataría de una actividad riesgosa, sino que además existe un deber de previsibilidad mayor en los términos del art. 1725 CCyC, por la generación de la confianza especial que estuvimos mencionando.

II.2.c.-La violación al deber de información: ¿publicidad engañosa o competencia desleal?

Dijimos que la Constitución reconoce el derecho del consumidor a recibir información adecuada y veraz en la relación de consumo. Como contracara de la moneda, el proveedor debe cumplir con el deber de información.

Pero la obligación de informar no se limita a él, porque no sólo es el proveedor quien conoce su producto. Cada integrante de la cadena de comercialización maneja información especializada sobre la actividad que en ella le incumbe, y como tal, debe cumplir con este deber. La información debe estar presente antes, durante y después de la ejecución del contrato¹⁶. En el caso de la etapa precontractual, Cruz Matteri, siguiendo a Japaze, habla de que la publicidad comercial ha venido a reemplazar a las tratativas¹⁷, y también corresponde que en ella se respete el deber de información. A partir de la publicidad como etapa primera de la relación de consumo podemos caracterizar al influencer como agente que ofrece información al consumidor del producto o servicio que publicita (recordemos que no estamos hablando en este caso de productos o servicios propios sino de terceros).

¿Y por qué cabe el deber de información en materia de anuncios? Siguiendo a Nazar Anchorena, podemos decir que la publicidad es una forma de comunicación a través de la cual una persona da a conocer al público un producto o servicio para inducir

¹⁴ MAZZINGHI, Jorge A. M., "Responsabilidad civil del influencer frente al consumidor", La Ley 2022-C, 519. Cita online: TR LALEY AR/DOC/1865/2022.

¹⁵ GARCÍA AUSTT, Diego y RODRÍGUEZ, Gonzalo M., "Aspectos civiles y penales de los mercados multinivel. A propósito del caso 'Nu Skin'", La Ley 2020-D, 418. Cita online: TR LALEY AR/DOC/1930/2020.

¹⁶ CHAMATROPULOS (n. 11), p. 311 y 312.

¹⁷ CRUZ MATTERI, Juan I., "Influencers y relación de consumo: su responsabilidad en el derecho del consumidor", SAIJ, 16/12/2021. Cita online: DACF210224.

su contratación¹⁸. Jurídicamente, no deja de ser una oferta si contiene todos los elementos de un contrato¹⁹. De hecho, la propia Ley de Defensa del Consumidor establece que la oferta pública que conste en la publicidad que se hace al consumidor es vinculante. Al regular estas comunicaciones comerciales, lo que se busca es que el consumidor pueda tomar una decisión informada, protegiendo así su derecho a la información²⁰. El mensaje publicitario tiene como principal finalidad la comercial, pero no es la única: a través de él se informa²¹, de ahí también que se deba respetar el deber de información.

La actividad publicitaria en nuestro país está regulada por la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual; el régimen de Lealtad Comercial del DNU 274/2019; y en contratos de consumo por la Ley de Defensa del Consumidor (el art. 8 ya mencionado); y el Código Civil y Comercial (arts. 1100 y 1101).

Estas normas son de aplicación a los anuncios que realizan los proveedores, y por extensión, a los creadores de contenido. Así, la información debe ser clara, veraz, gratuita, nunca puede ser discriminatoria ni inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial para su salud, y están prohibidas las prácticas abusivas, como aquellas en las que se supedita la adquisición de un producto o servicio a la compra de otro, o dirigirse a un niño para que persuada a sus progenitores a los efectos de comprar algo. Por el incumplimiento de cualquiera de estas normas, consideramos que el creador de contenido puede y debe responder, ya que tiene el deber de información respecto de lo que promociona en redes.

Un caso particular, y muy frecuente, es el que se da cuando la publicidad no está señalada como tal, es decir, cuando un influencer promociona un producto como si lo hubiera elegido él, habiendo en realidad cobrado para ello, o habiéndolo recibido en canje. Existe en este caso violación al deber de información, pero la doctrina no coincide en la figura que se aplica, distinguiéndose tres posturas. Veamos.

Una primera tesis es la que sostienen, entre otros, Barocelli y Marhaba²², para quienes, al no decirle al consumidor que está en presencia de un mensaje publicitario, se configura un supuesto de publicidad engañosa, prohibida por el CCyC art. 1101 incs. b) y c); y por el art. 11 del DNU 274/2019. EL DNU tiene un concepto más amplio de publicidad engañosa que el Código, caracterizándola como aquella que *“mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”* (el resaltado nos pertenece).

Corresponde al proveedor comportarse conforme el principio de buena fe, proveyendo información clara sobre el producto que comercializa, y no omitiendo aquella que pudiera ser relevante -como el hecho, en este caso, de estar en presencia de un anuncio-. Frente al incumplimiento, surgen importantes consecuencias. Primero, la infracción se configura sólo con la difusión de la publicidad con aptitud para el engaño, aunque en el caso concreto no haya

¹⁸ NAZAR ANCHORENA (n. 5), p. 2.

¹⁹ ALBANESE, Ana C., “Legal marketing y Nu Skin”, La Ley 13/07/2020, 3. Cita online: TR LALEY AR/DOC/2342/2020.

²⁰ GARCÍA AUSTT y RODRÍGUEZ (n. 15), p. 4.

²¹ NAZAR ANCHORENA (n. 5), p. 2.

²² BAROCELLI y MARHABA (n. 5), p. 7.

generado un daño, es decir, no hace falta que el consumidor resulte realmente engañado, puesto que lo que la ley reprocha es su contenido poco claro, violatorio del deber de información. Por supuesto, si el consumidor sufrió un daño, puede pedir la reparación correspondiente acreditando los presupuestos de la responsabilidad. Chamatropulos añade que, aunque la infracción se configura cuando la publicidad tiene aptitud para el engaño, es necesario que la producción de un daño sea al menos una consecuencia previsible. En ese caso, tendrán legitimación —según este autor— no sólo los consumidores afectados sino todo aquel que tenga un interés en la prevención del daño, según los arts. 1102 y 1712 del CCCN.²³

Y segundo, el consumidor puede pedir según el 1102 CCyC el cese de dicha publicidad, la publicación de anuncios rectificatorios, y de la sentencia condenatoria si es el caso. La posibilidad de pedir el cese de la publicidad ilícita se funda en el deber de prevención del daño que rige el sistema de responsabilidad civil.

Una segunda postura respecto de cómo calificar el mensaje que no se reconoce a sí mismo como publicidad es la que sostiene, entre otros autores, Chamatropulos, para quien también existe esa violación al deber de información, pero porque se trata de publicidad abusiva, que viola el principio de identificación publicitaria —justamente, la publicidad no se identifica claramente como tal—. Lo que agrega el autor es que muchas veces con el cese de la publicidad ilícita (sea abusiva, engañosa o discriminatoria), no basta para reparar el perjuicio que pueda haberse configurado, por lo que los jueces pueden imponer de oficio o a pedido de parte obligaciones de dar, de hacer o de no hacer para reparar el daño²⁴. También resalta que habrá que diferenciar según si el creador de contenido realiza o no una publicidad comercial, para saber si responde por sí solo o en conjunto con el proveedor. De la aplicación de las normas que regulan este tipo de actividad, cuando este último publicite a través del primero, ambos responden por el contenido del mensaje.

La última postura sobre la violación del deber de información es la de Nazar Anchorena, que sostiene que se trata de un engaño a través del cual se afecta además del consumidor, a otros competidores y al mercado en general: lo caracteriza como un acto de publicidad encubierta, que en definitiva constituye competencia desleal, al cual resultan aplicables todas las normas mencionadas, pero en especial el DNU 274/2019. El autor hace énfasis en el mencionado principio de identificación publicitaria, porque más allá de que la información brindada sobre el producto no sea incierta o incorrecta, lo importante es que el destinatario no puede identificar que la información proviene de una práctica publicitaria, y, por lo tanto, el mensaje resulta mucho más creíble. En especial cuando proviene de un creador de contenido que genera esta confianza especial con su audiencia. Se puede, por ende, solicitar las medidas mencionadas: cese de la publicidad ilícita, publicación de anuncios rectificatorios y/o de la sentencia y reclamar daños y perjuicios.

En nuestra opinión, sea que se encuadre como publicidad abusiva, engañosa o como competencia desleal, la práctica de no identificar a la publicidad como tal resulta en una violación especial al deber de información, tanto de parte del

²³ CHAMATROPULOS (n. 5), p. 5.

²⁴ CHAMATROPULOS (n. 5), p. 5.

proveedor como del creador de contenido, que es quien en definitiva conoce que se trata de un anuncio y se beneficia económicamente de que lo sea.

En igual sentido se expidió la comisión referida en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que sostuvo en despacho por unanimidad: *“13. Transparencia publicitaria: Las pautas de transparencia publicitaria exigen que el influencer deba revelar la vinculación que tiene con el anunciante que haya encargado la difusión y advertir que el contenido difundido, en su mensaje, tiene carácter publicitario, aspectos que deben ser dados a conocer cumpliendo con los requisitos que debe revestir la información.”*

La Comisión, asimismo, se refirió a la responsabilidad del influencer por el contenido del mensaje publicitario, y sobre el factor de atribución. En despacho por mayoría, sostuvo: *“14. La responsabilidad civil del influencer por el contenido del mensaje publicitario es, por regla general, subjetiva y en la medida que se pruebe su culpa o dolo y se verifiquen el resto de los presupuestos de la responsabilidad civil. Por excepción, la responsabilidad es objetiva cuando haya actuado como proveedor o haya generado una especial confianza en el consumidor, considerando las circunstancias del caso, o promocióne actividades manifiestamente ilícitas o conductas ostensiblemente riesgosas o peligrosas para el consumidor.”*

Así, en principio, respecto del contenido del mensaje, la responsabilidad del creador de contenido sería subjetiva, y en la medida que concurren los demás presupuestos de la responsabilidad.

Coincide con esta postura Hernández, quien sostiene que la confianza puede considerarse un criterio para atribuir responsabilidad a quienes participan de la relación de consumo, incluido el influencer.²⁵

II.2.d.-Responsabilidad solidaria por daños – Art. 40 Ley 24.240

Ya vimos que el incumplimiento del deber de información podría generar responsabilidad en cabeza del creador de contenido. Ahora veremos qué pasa con el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor. Este artículo determina la responsabilidad solidaria de todos los integrantes de la cadena de comercialización, por los daños que sufra el consumidor en virtud del vicio o riesgo de la cosa, o prestación del servicio. Incluye a aquel que “haya puesto su marca en la cosa o servicio”. Los sujetos responsables sólo se liberan acreditando que la causa del daño les fue ajena. Por supuesto que, si el influencer es a su vez proveedor o revendedor, cabe aplicarle la responsabilidad.

Pero, ¿qué pasa cuando sólo intervino como agente publicitario? La ley no sólo no lo menciona específicamente, sino que tampoco contempla la responsabilidad de los agentes publicitarios, sean o no creadores de contenido.

Mazzinghi sostiene que habría que estar al accionar del influencer en el caso concreto²⁶. Si se trata de alguien que “*ha puesto su marca*” en el producto, como dice el art. 40, podría darse la responsabilidad, por ejemplo, cuando alguien sea la cara visible de una marca, y la publicite con su propio nombre²⁷. Fuera de ese supuesto, hay que considerar las circunstancias: no será lo mismo pretender vender un artículo para la salud, aseverando cualidades curativas que este no

²⁵ HERNÁNDEZ (n. 6), p. 8.

²⁶ MAZZINGHI (n. 14), p. 4.

²⁷ En igual sentido concluye Chamatropulos respecto de la publicidad abusiva. CHAMATROPULOS (n. 5), p. 6.

tiene, o que pueda generar adicción sin advertir esta posibilidad, que no hacerlo. En ese caso, coincidimos con el autor que la responsabilidad no sería especial según el art. 40, sino según un factor subjetivo de atribución, y cabría analizar la culpa o el dolo del creador de contenido al hacer la publicidad.

Si seguimos lo propuesto por la comisión, cuando del mensaje publicitario surja la ilicitud o el peligro de la actividad o conducta que publicite el creador de contenido, el factor de atribución sería objetivo.

En cambio, García Austt y Rodríguez sostienen que cuando por una publicidad engañosa el consumidor sufre un perjuicio, corresponde hacer responsables a todos los que obtienen un provecho económico de la publicidad engañosa que constituye una prestación defectuosa del servicio, incluyendo al famoso o creador de contenido que lo publicitó²⁸, haya puesto su nombre o marca en el producto o no.

III.- ¿Es necesaria una regulación específica del problema?

Podemos preguntarnos hasta qué punto hace falta una ley que específicamente contemple esta situación, aunque existen varios proyectos con diferentes niveles de tramitación legislativa.²⁹

Quizás sería conveniente modificar las normas ya existentes para clarificar la responsabilidad que tienen los creadores de contenido a partir de estas nuevas formas de publicidad digital, en especial en casos de hipervulnerabilidad. Pero lo cierto es que, aún en caso de no hacerse, es un supuesto en el cual el consumidor no queda del todo desprotegido con la legislación vigente, según hemos visto.

IV.- Conclusiones

Podemos decir que un influencer es una persona humana o jurídica que se dedica a movilizar su notoriedad en las redes sociales para inducir a la adquisición de un producto o servicio. El derecho argentino no tiene una norma específica que regule su actividad, por lo que se aplican las reglas generales según el rol que cumpla en la comercialización. Se discute si su actividad es o no riesgosa, para algunos el actuar en redes no es en sí encuadrable en esta forma de responsabilidad, sino que depende del caso. Para otros, la actividad publicitaria entraña un riesgo profesional que sí permite calificarla como actividad riesgosa.

En el caso de que un creador de contenido ofrezca un producto o servicio propio, se le aplican todas las reglas que rigen a los proveedores, ya que encuadra bajo esta figura. Si lo que hace es hablar de un producto o servicio basándose en una opinión personal sobre el mismo, se trataría de un consumidor más.

En cambio, cuando publicita productos o servicios de terceros, actúan las disposiciones pertinentes de derecho de consumo: por un lado, debe cumplir con la obligación de informar, respondiendo ante el consumidor por su incumplimiento; por otro, debe respetar el principio de identificación publicitaria, es decir, reconocer

²⁸ GARCÍA AUSTT y RODRÍGUEZ (n. 15), p. 5.

²⁹ Uno de los proyectos de ley sobre este tema tramita en el Senado bajo el número de expediente 1358/20 y busca regular la actividad de los influencers y las publicidades que realizan en redes, y que en relación al deber de información obliga al influencer a: identificar a la publicidad como tal cuando ha recibido un rédito económico por ella, identificar al proveedor de forma clara, y establecer qué publicidades pueden ser dañinas para niños, niñas y adolescentes. Fuera de ese artículo, el proyecto reitera disposiciones existentes en materia de publicidad encubierta, por lo que algunos autores consideran que sería innecesario.

a la publicidad como lo que es, ya que existe una confianza especial entre este tipo de actores y su público que hace que su mensaje sea más creíble y por lo tanto merezca aún más importancia el deber de información. Si no cumple con ello, responderá por publicidad engañosa, abusiva o por publicidad encubierta (pero la doctrina coincide en que responde por esta práctica). Eventualmente sería discutible si se le aplica o no la responsabilidad solidaria del art. 40 de la ley 24.240, en lo personal consideramos que habría que estar al caso concreto.

V.-Bibliografía

ALBANESE, Ana C., “Legal marketing y Nu Skin”, *La Ley* 13/07/2020, 3. Cita online: TR LALEY AR/DOC/2342/2020.

BAROCELLI, Sergio S. “Hipervulnerabilidad en las relaciones de consumo y en las políticas públicas de protección de los consumidores. A propósito de la disposición 137/2024”, *La Ley*, 06/08/2024, 1. Cita online: TR LALEY AR/DOC/1962/2024.

BAROCELLI, Sergio S. y MARHABA, Débora., “Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores”, *La Ley* 13/07/2020, 10. Cita online: TR LALEY AR/DOC/1926/2020.

CHAMATROPULOS, Demetrio A., *Estatuto del Consumidor Comentado*. 2da edición, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, tomo I, 2019.

CHAMATROPULOS, Demetrio A. “La publicidad engañosa en el nuevo régimen de Lealtad Comercial”, *Suplemento Especial Competencia Desleal DNU 274/2019* (agosto), 305. Cita online: TR LALEY AR/DOC/2837/2019.

CRUZ MATTERI, Juan I., “Influencers y relación de consumo: su responsabilidad en el derecho del consumidor”, *SAIJ*, 16/12/2021. Cita online: DACF210224.

GARCÍA AUSTT, Diego y RODRÍGUEZ, Gonzalo M., “Aspectos civiles y penales de los mercados multinivel. A propósito del caso ‘Nu Skin’”, *La Ley* 2020-D, 418. Cita online: TR LALEY AR/DOC/1930/2020.

HERNÁNDEZ, Carlos A., “El derecho del consumidor y los entornos digitales”, *Jurisprudencia Argentina* 2021-III, 131. Cita online: TR LALEY AR/DOC/1656/2021.

MÁRQUEZ, José F. “Contratación electrónica: contratos inteligentes. Los problemas ante la teoría dogmática del contrato”, *EBOOK-TR 2023* (Andruet), 95. Cita online: TR LALEY AR/DOC/51/2023.

MAZZINGHI, Jorge A. M., “Responsabilidad civil del influencer frente al consumidor”, *La Ley* 2022-C, 519. Cita online: TR LALEY AR/DOC/1865/2022.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis y MÁRQUEZ, José F. “La formación del consentimiento en la contratación electrónica”, *La Ley* 2004-F, 1181 *Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo II*, 701. Cita online: TR LALEY AR/DOC/2286/2004.

NAZAR ANCHORENA, Marcos F. L., “La publicidad y el marketing digital a través de influencers: a propósito de un reciente y novedoso proyecto de ley”, *La Ley* 19/09/2020, 1. Cita online: TR LALEY AR/DOC/2675/2020.

Doctrina Extranjera

Multifuncionalidad de la responsabilidad civil como protección de derechos fundamentales

Por Eroulths Cortiano Junior¹ y Vivian Carla Da Costa²

Sumario: 1. Introducción. 2. De la estructura a la función de la responsabilidad civil. 2.1 Consideraciones generales. 2.2. Funciones punitivas y preventivas. 2.3 En concreto, la función promocional. 3. La multifuncionalidad y efectividad de los derechos fundamentales. 4 Conclusión. Referencias bibliográficas

Resumen: La existencia de una dimensión multifuncional de la responsabilidad civil es un tema controvertido en la dogmática jurídica, dada la posibilidad de colisión, al menos prima facie, con disposiciones normativas expresas. Esta cuestión cobra aún más importancia cuando se refiere a la protección de derechos fundamentales y, en este sentido, el objetivo de este estudio es analizar si existen fundamentos jurídicos que justifiquen esta multifuncionalidad como instrumento de protección efectiva. Para ello, guiado por el sistema civil-constitucional, se realizó una investigación, basada en la doctrina y la jurisprudencia, sobre la funcionalidad del derecho y la relación entre los derechos fundamentales y el derecho privado. Luego, siguiendo el método hipotético-deductivo, se concluyó que el modelo multifuncional de reparación civil es compatible con el derecho brasileño, ya que se basa en la propuesta de reparación efectiva, pero dadas sus excepcionalidades, debe restringirse a la protección de derechos fundamentales.

Abstract: The liability of a multifunctional dimension of civil liability is a controversial topic in existence, given the ability to protect, at least prima facie, express normative provisions. This problem gains even more when referring to the protection of fundamental rights

¹ Professor da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino e pela Università "Mediterranea" di Reggio Calabria. Líder do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil Constitucional Grupo Virada de Copérnico. Advogado em Curitiba/PR, Brasil. *E-mail:* ecortiano@cpc.adv.br

² Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil Constitucional Grupo Virada de Copérnico e da Comissão de Responsabilidade Civil da OAB/PR. Sócia do Costa & Costa Advogados em Curitiba/PR, Brasil. *E-mail:* vivian@costaacostaadvocacia.com.br.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Derecho civil-constitucional. Responsabilidad civil. Función promocional. Reparación efectiva.

Keywords: Fundamental rights. Civil-constitutional law. Civil liability. Promotional function. Effective repair

and in this sense, the objective of this study is relevant if it has legal grounds that justify this multifunctionality as a protection instrument. Therefore, guided by the civil-constitutional system, an investigation was carried out, based on doctrine and jurisprudence, on the functionality of the law and the relationship between fundamental rights and private law. The hypothetical deductive method, it was concluded that the complement is compatible with the civil solution, with Brazilian law, as it is compatible with its alternative solutions, effective model-function, but with the protection of fundamental rights.

1.- INTRODUÇÃO

No Brasil houve uma revolução copernicana no direito privado a partir da promulgação da Constituição de 1988. O ideal de solidariedade e a elevação da pessoa ao centro do ordenamento modificaram profundamente o panorama das relações civis, aproximando o direito privado dos direitos fundamentais. Nesse contexto, o instituto jurídico da responsabilidade civil consagrou-se como aquele destinado à concretude das normas de proteção da pessoa humana e dos interesses sociais, ampliando-se, com efeito, a gama de bens tutelados sob o guarda-chuva dos direitos fundamentais³ Tais direitos demandam diferenciada atenção, sobretudo no que diz respeito à sua tutela. Afinal, tratando-se de direitos fundamentais, impõe-se um modelo de reparação qualificado; nesse sentido a funcionalidade (ou multifuncionalidade) mostra-se grande aliada da efetividade desses direitos.

É a função do direito que revela seu papel na sociedade e esse tema, duradouramente, encontra-se nos debates teóricos desde os estudos de BOBBIO, quem, em 1969⁴, já defendia a caminhada concomitante e complementar — embora não sincrética —, da estrutura normativa do direito com sua função. Teoria que foi sendo lapidada em sua trajetória⁵. E, do mesmo modo desenvolveu-se na responsabilidade civil, a qual, com sua cláusula geral de proteção, *“quem causar dano a outrem, deve repará-lo”*, deve ser complementada por uma análise funcional para a garantia de maior efetividade da reparação no caso concreto. Tradicionalmente, trata-se como principal função da responsabilidade civil a reparatória (ou compensatória, diante de danos morais), embora a dogmática atual tenha dado passos sólidos no que se refere à existência de outras funções, como a

³ “[...] normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”. MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 20. Ainda, sobre o papel dos direitos fundamentais na sociedade, pode-se citar: “[o] catálogo de direitos fundamentais regula de forma extremamente aberta questões em grave parte muito controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 26.

⁴ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 1-21.

⁵ “[...] a análise estrutural, atenta às modificações da função, devem ser continuamente alimentadas e avançar lado a lado, sem que a primeira, como ocorreu no passado, eclipse a segunda, e sem que a segunda eclipse a primeira como poderia ocorrer em uma inversão das perspectivas a que os hábitos, as modas, o prazo do novo pelo novo, são particularmente favoráveis”. BOBBIO (n.4), p. 113.

⁶ Lei nº 10.406/2002. Código Civil Brasileiro. “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

preventiva e a punitiva, e, ainda, a promocional. No entanto, a temática ainda permanece controversa e com múltiplas ressalvas.

A partir desse panorama, a questão que se busca responder neste artigo é: haveria fundamentos jurídicos que justificariam um modelo multifuncional da responsabilidade civil como instrumento de proteção efetiva dos direitos fundamentais? E, orientando-se pela metodologia hipotético-dedutiva, verificar-se-á quais são as possíveis funções da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro e, a título de hipótese, se tal multifuncionalidade pode prevalecer como proposta de recomposição efetiva e adequada de eventual direito fundamental violado.

2 DA ESTRUTURA À FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A responsabilidade civil é campo sensível às constantes transformações sociais, pois a todo momento, sobretudo diante do atual cenário tecnológico, emergem “novos” bens jurídicos e suas mais variadas consequências, os quais, por sua vez, tendo em conta o compromisso que deve ter o judiciário na busca pela melhor interpretação, demandam renovadas respostas. Não à toa, esse instituto possui papel de destaque como “[...] instrumento de intervenção social empregado para direcionar os comportamentos dos indivíduos para determinados objetivos da coletividade, como [...] a proteção de direitos de personalidade”⁷.

A despeito dessa dinamicidade, o modelo de reparação civil tradicional, orientado pela máxima *neminem laedere*⁸, ainda se prende à análise dos elementos “ato ilícito culposo, nexa de causalidade e dano” na busca pela mera reparação integral. No entanto, em um contexto civil-constitucional, o qual dá enfoque à proteção da pessoa humana e a seus direitos fundamentais, revela-se, nas palavras de SCHREIBER, “[...] a insuficiência da dogmática tradicional da Responsabilidade Civil para assegurar efetiva reparação às vítimas [...]”⁹, haja vista que diversos interesses jurídicos fundamentais não são facilmente recompostos no caso concreto, o que deflagra, portanto, uma crise paradigmática. Como resposta a tal crise, percebeu-se um movimento que passou a conceber o direito além de sua estrutura, também a partir de sua função na sociedade. Por essa linha, “[...] a funcionalização dos institutos clássicos do direito civil às finalidades superiores consagradas na Constituição [...] tornou-se uma consequência necessária do respeito obrigatório à hierarquia das fontes”¹⁰. Instaurou-se, assim, uma dupla perspectiva, a estrutural e funcional, as quais, complementarmente, garantem plena concepção de um direito em permanente construção¹¹.

⁷ DAL PIZZOL, Ricardo. Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 8.

⁸ “Fala-se [...] em um dever geral de não prejudicar ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.

⁹ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 206.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, Direito, Estado e Sociedade, n. 29, v. 9, jul. /dez. 2006, pp. 233-258, p. 235.

¹¹ “O fato jurídico, como qualquer outra entidade, deve ser estudado nos dois perfis que concorrem para individualizar sua natureza: a estrutura (como é) e a função (para que serve)”. PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução: de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 642.

Nesse sentido, norteados pela finalidade da responsabilidade civil, a qual é, em linhas gerais, a de “reparar o dano injusto”¹², diversos autores propuseram uma análise funcionalista do instituto e obtiveram variadas conclusões, desde àquelas mais conservadoras, em que se sustentam como sendo única a função da responsabilidade civil, a reparatória/compensatória, como MORAES¹³ e MARTINS-COSTA¹⁴, passando àqueles que defendem haver três funções concomitantes e complementares, tal como ROSENVALD¹⁵ e DAL PIZZOL¹⁶, até, tal como recente no contexto jurídico brasileiro, à função promocional, asseverada por REIS JÚNIOR¹⁷.

Nada obstante a tais divergências doutrinárias, nota-se na praxis forense a predominância da classificação funcional tricotômica da responsabilidade civil — reparatória/compensatória, punitiva e preventiva —, visando, além da restituição da vítima ao *status quo ante*, também evitar danos futuros e, ainda, coibir as mesmas condutas ilícitas em outras circunstâncias. No entanto, muito embora se reconheça o esforço de aplicação da multifuncionalidade da responsabilidade civil à luz do princípio da reparação integral, a alusão a estas funções de forma indiscriminada, como fundamento de majoração do valor indenizatório nas mais variadas situações, sem aparente critério quanto aos interesses jurídicos violados, acaba por pulverizar a importância da abordagem funcionalista na busca pela reparação efetiva e adequada da vítima, sobretudo quando se está diante de lesão a direitos fundamentais.

Com o intuito de dirimir as inconsistências conceituais e semânticas para que, ao final deste trabalho, possa-se sustentar um modelo de responsabilidade civil multifuncional destinado à proteção dos direitos sociais e àqueles vinculados à dignidade humana, faz-se necessária uma análise pormenorizada de tais funções.

¹² “[...] é função principal da disciplina da Responsabilidade Civil determinar, dentre os inúmeros eventos danosos que ocorrem cotidianamente, quais devem ser transferidos da vítima ao autor do dano, conformemente à ideia de justiça dominante na sociedade”. MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira, Revista do Instituto do Direito Brasileiro, n. 9, v. 3, Lisboa, 2014, pp. 7073-7122, p. 7074.

¹³ “[...] quanto à função da responsabilidade civil, continuo acreditando que a Constituição atribui à indenização do dano moral apenas a função compensatória”. MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. XXIII.

¹⁴ “A resposta mais congruente com o sistema de Direito positivo brasileiro e mais consistente do ponto de vista teórico está na sua função compensatória, afastada a função punitiva da responsabilidade civil por não ser compatível com o nosso sistema constitucional e civil [...]”. MARTINS-COSTA (n.12), p. 7099.

¹⁵ “[...] no direito brasileiro do alvorecer do século XXI [...] permite o estabelecimento de três funções para a responsabilidade civil (1) Função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) Função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) Função precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas”. ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 95.

¹⁶ “A responsabilidade civil não pode se resumir à indenização (responsabilidade civil reparatória), devendo ser também preventiva, no sentido de, com base nos princípios da prevenção e da precaução, impedir a realização de novos danos, em especial os graves e irreversíveis”. DAL PIZZOL (n.7), p. 280.

¹⁷ “A função promocional representa [...] a concretização do princípio da máxima efetividade ao sistema de proteção à vítima conferido pela responsabilidade civil contemporânea”. REIS JÚNIOR, Antonio dos. Função promocional da responsabilidade civil: um modelo de estímulos à reparação espontânea dos danos. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 198.

2.2 FUNÇÕES PUNITIVA E PREVENTIVA

No atual contexto social-econômico, o modelo reparatório-compensatório tradicional revelou-se insuficiente para atender à reparação adequada e efetiva do dano, especialmente quando se trata de dano moral — tomado para fins desse artigo em sua feição objetiva¹⁸ —, haja vista a tendência jurisprudencial de indenização em valores irrisórios e pré-estabelecidos, a qual, a partir do pretexto de mitigar os efeitos da famigerada “indústria do dano moral”, acaba por estimular reiteradas condutas ilícitas. E isso ocorre porque, conforme pontua REIS, “[...] o causador do dano já sabe previamente que o lucro resultante da ilicitude será superior às eventuais indenizações”¹⁹.

Diante dessa problemática e somada à releitura da funcionalização da responsabilidade civil sob a ótica civil-constitucional, é crescente, ainda que com críticas²⁰, o posicionamento doutrinário que prega a existência de uma função punitiva destinada a reprimir de forma mais incisiva o agente ofensor e, em consequência, desestimular a reincidência do ato ilícito ao considerar as peculiaridades do caso concreto para fins de majoração da indenização. Com efeito, vem se consolidando na dogmática atual a ideia de uma função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, a qual, por seu papel de tutelar bens atrelados à dignidade humana, não confrontaria com o preceito de vedação ao enriquecimento sem causa²¹.

Tal raciocínio foi replicado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, sob a nomenclatura *punitive damages*, passou a defender a teoria do desestímulo da conduta ilícita ao reconhecer a finalidade de compensar a vítima e punir o agente ofensor²². No entanto, por um lado, se andou bem o STJ ao reformular as funções da responsabilidade civil diante do apelo atual, por outro, ao recorrer a instituto jurídico do direito estrangeiro, sistematicamente divergente do nosso *civil law*,

¹⁸ “[...] o sistema jurídico brasileiro atribuiu feição objetiva ao dano moral, associado à lesão da dignidade humana nas diversas expressões da personalidade [...]. Afinal, a compreensão do dano moral vincula-se diretamente à cláusula geral de tutela da pessoa humana [...]”. TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo Guia. Notas sobre o dano moral no direito brasileiro. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 30, Belo Horizonte, out./dez. 2021, pp. 33-60, p. 47.

¹⁹ REIS, Clayton. Dano moral. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 160.

²⁰ “Para além dos *punitive damages*, são diversas as correntes que procuram fundamentar a existência de uma função punitiva à responsabilidade civil [...]. Também por diversos motivos, tais correntes devem ser rejeitadas”. REIS JÚNIOR (n.17), p. 192-193.

²¹ Enunciado nº 379: “O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”. Conselho da Justiça Federal (CJF), IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2022, p. 58.

²² “O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das “*punitive damages*” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio [...]”. STJ. REsp 913.131/BA, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias, Quarta Turma, julgado em 16/9/2008, DJe de 6/10/2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602674372&dt_publicacao=06/10/2008>. Acesso em: 28 jun 2022.

pecou. Isso porque tal instituto, indiscriminadamente também denominado indenização punitiva, demanda a aplicação de uma pena civil para punição do agente, exclusiva e autônoma da tradicional reparação²³, a qual é modalidade não prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Nota-se, portanto, uma miscelânea entre função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil contemporânea e indenização punitiva²⁴.

Esse trabalho filia-se ao posicionamento de que tal função (a punitivo-pedagógica) não se confunde com os *punitive damages*, é compatível com o modelo contemporâneo de responsabilidade civil e deve ser, portanto, levada em conta na busca pela reparação adequada e efetiva da vítima. Contudo, a ela deve ser conferido o caráter de última *ratio*, passível de ser invocada somente em situações constitucionalmente protegidas²⁵, tal como em caso de violação de direitos fundamentais a fim de se evitar comportamentos ilícitos extremamente gravosos. E, dada essa excepcionalidade, os requisitos para a sua caracterização também diferem do modelo padrão, sendo a culpa, enquanto cada vez mais diminuta no campo da reparação/compensação²⁶, elemento de principal destaque no âmbito da punição e dissuasão²⁷, haja vista que o grau de culpa grave ou dolo do ofensor é considerado para a majoração do montante indenizatório, mesmo nos casos em que a tradicional função reparatória/compensatória advenha de situações sujeitas à responsabilidade objetiva²⁸.

²³ “Os *punitive damages* sujeitam-se a critérios de admissibilidade bastante rigorosos. Apenas podem ser concedidos quando presentes circunstâncias subjetivas que se aproximam da categoria continental do dolo, seja direto ou eventual [...] a imposição de *punitive damages* liga-se inelutavelmente ao exame dos aspectos subjetivos da conduta do ofensor [...] estes requisitos apenas corroboram que os *punitive damages* constituem verdadeira pena [...]”. PARGENDLER, Mariana. Os danos morais e os *punitive damages* no direito norte-americano: caminhos e desvios da jurisprudência brasileira. Revista Jurídica Luso-Brasileira, n. 3, Lisboa, 2017, pp. 859-880, p. 873-874.

²⁴ “Percebe-se confusão conceitual entre o caráter punitivo-pedagógico do dano moral e o instituto da indenização punitiva. Mesmo que se argumentasse que a menção ao instituto tenha sido feita no intuito de uma analogia entre a função punitivo-pedagógica do dano moral e a indenização punitiva, o paralelo não seria de todo válido, vez que na avaliação de um valor cabível à indenização punitiva não se leva em consideração a condição econômica do lesado, somente a do lesante”. SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. *Punitive damages*: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sequência, n. 74, Florianópolis, 2016, pp. 295-326, p. 313.

²⁵ “[...] o caráter punitivo somente deve ser aplicado em situações particularmente sérias, porque está a única maneira de levá-lo, efetivamente, a sério”. MORAES (n.13), p. 263.

²⁶ “Não obstante o declínio da culpa tenha sido um caminho conscientemente trilhado para ascender a proteção da pessoa ofendida ao patamar mais alto de interesse, é preciso que não se confunda a exigência da verificação da culpa com a falsa ideia de proteção do ofensor. A rigor, a culpa apresenta um aspecto ambivalente [...]”. REIS JÚNIOR (n.17), p. 111.

²⁷ “Essa espécie de sanção [indenização punitiva] deve, em linha de princípio, ser reservada apenas aos casos de dano moral decorrentes de dolo ou culpa grave, nos quais o comportamento do agente se afigura especialmente reprovável ou merecedor de censura [...]. É nessas situações que a indenização punitiva encontra campo fértil para exercer sua função dissuasória, que objetiva prevenir a prática de outros ilícitos contra direitos da personalidade”. ANDRADE, André Gustavo C. de. Dano moral & indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência da common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2.ed. 2009, p. 265.

²⁸ “[...] mesmo nas hipóteses em que a compensação do dano não exija culpa (responsabilidade objetiva) ou seja suficiente a culpa leve ou levíssima, a punição e a dissuasão pressupõem sempre culpa grave ou dolo”. DAL PIZZOL (n. 7), p. 196.

Na mesma linha de raciocínio, tem grande relevância a função preventiva da responsabilidade civil, a qual, inequivocamente concatenada à função punitivo-pedagógica²⁹, busca refletir um efeito dissuasório sobre o agente ofensor ao permitir a majoração da indenização sob o fundamento de se evitar as mesmas condutas ilícitas no futuro. Nesses casos, há a possibilidade de destinação dos valores recebidos preventivamente a fundos reparatórios constituídos com o fito de recomposição dos interesses jurídicos violados³⁰ ou, ainda, de se pensar sobre outras formas de reparação além da pecuniária. Vale dizer, não se mostra razoável à dinâmica civil-constitucional, a qual tem como fundamento a proteção da pessoa, contar com um único modelo de reparação civil, consagrado pela tutela negativa, que entra em cena se e tão somente se houver lesão a interesse jurídico. Deve prevalecer, a bem da verdade, o intuito de evitá-la³¹.

Com efeito, ganha força a finalidade preventiva *stricto sensu*, a partir da qual se busca impedir a ocorrência de dano. Nas palavras de REIS JÚNIOR, “[t]rata-se de desenvolver nova faceta da responsabilidade civil que atue no momento pretérito à lesão, de modo a evitá-la, com instrumento que mais se aproximam a uma forma de tutela positiva”³². Nesse sentido, além do referido padrão dos manuais “ato ilícito culposo, nexos de causalidade e dano”, o princípio da prevenção torna-se elemento destacado desse modelo de reparação, com papel de *standard* jurídico. E de tal padrão de conduta, exsurtem diversos deveres obrigacionais, os quais, independentemente da concretização da norma jurídica da responsabilidade civil, “quem causar dano a outrem, deve repará-lo”, devem ser observados³³, sob pena de indenização, desde que, tal como ocorre na função punitivo-pedagógica, reste caracterizada a culpa³⁴.

Dessa forma, como sintetizam EHRHARDT JÚNIOR e VIEIRA, “[...] a responsabilidade preventiva atua como técnica de proteção de direitos por meio de mecanismos

²⁹ “Prevenção e punição são perfis complementares de uma mesma realidade normativa: a reação da ordem jurídica a certos comportamentos que comumente causam danos a terceiros, desequilibrando a harmonia da vida em sociedade”. REIS JÚNIOR (n.17), p. 120.

³⁰ Lei nº 7.347/1985 (Brasil). Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente. “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”.

³¹ “A tutela da pessoa nem mesmo pode se esgotar no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assume consistência a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais”. PERLINGIERI (n.11), p. 768.

³² REIS JÚNIOR (n.17), p. 92.

³³ “[...] tem-se sustentado a necessidade de os ordenamentos jurídicos (tanto quanto os sistemas de tutela jurisdicional) priorizarem a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução, cujos campos de atuação alastram-se com notável extensão e velocidade, precisamente para atender ao objetivo de contenção de danos, sobretudo quando se apresentem, respectivamente, já comprovados ou altamente prováveis”. VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 249.

³⁴ “Evidentemente, não se trata de resgate nostálgico da culpa moral, nem mesmo de tecer uma ode à *faute* subjetiva, mas apenas de identificar um elemento inexorável da função preventiva. Não se consegue evitar danos sem exercer controle de comportamentos”. REIS JÚNIOR (n.17), p. 109-110.

inibitórios, decorrente de um dever jurídico de diligência e proteção”³⁵. E, nesse espaço anterior ao dano, onde já são exigíveis deveres jurídicos de proteção, a ação inibitória, exemplo de tutela positiva, revela-se como importante instrumento de contenção de práticas lesivas a interesses jurídicos relevantes³⁶. Assim, esse texto assume que a função preventiva ostenta importante papel no âmbito da responsabilidade civil, sobretudo no que se refere à proteção de direitos fundamentais.

2.3 ESPECIFICAMENTE, DA FUNÇÃO PROMOCIONAL

Com exceção da função preventiva em sentido estrito, todas as outras tratadas até aqui se materializam através de sanções negativas. Todavia, não é razoável admitir que só de correção viva um direito calcado na dignidade humana e na solidariedade. Nesse contexto, avulta a função promocional, a qual envolve promover e direcionar comportamentos. Precursor do tema, BOBBIO, ainda na década de 1960, inovou ao ressignificar o modelo de reparação, tradicionalmente protetor-repressivo, a partir do viés promocional, para o qual, na contramão da reprimenda de comportamentos socialmente indesejáveis, interessa os comportamentos socialmente desejáveis. Nessa toada, defende o implemento de técnicas de encorajamento como forma de influenciar ou de atribuir consequências agradáveis a determinado comportamento a ser realizado³⁷.

De tal teoria é possível pensar, exemplificativamente, em legislações que promovem incentivos fiscais a entidades atuantes na proteção do direito fundamental ao meio ambiente³⁸, tal como a que prevê a instituição do “ICMS ecológico” pelo estado do Paraná³⁹ ou, ainda, a que possibilita a dedução da base de cálculo do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) de áreas ambientalmente preservadas⁴⁰.

³⁵ VIEIRA, Andrey Bruno Cavalcante; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. O direito de danos e a função preventiva: desafio de sua efetivação a partir da tutela inibitória em casos de colisão de direitos fundamentais. Revista IBERC, v. 2, n. 2, mai./ago. 2019, pp. 1-30, p. 17.

³⁶ [...] A ação inibitória se volta contra a possibilidade do ilícito, ainda que se trate de repetição ou continuação. Assim, é voltada para o futuro, e não para o passado. De modo que nada têm a ver com o ressarcimento do dano e, por consequência, com os elementos para a imputação ressarcitória – os chamados elementos subjetivos, culpa ou dolo”. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em 20 jun. 2022.

³⁷ “[...] podemos definir ‘encorajamento’ como a operação pela qual A procura influenciar o comportamento desejado (não importa se comissivo ou omissivo) de B, ou facilitando-o ou atribuindo-lhe consequências agradáveis”. BOBBIO (n.4), p. 16.

³⁸ Constituição Federal de 1988 (Brasil). “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

³⁹ Lei Complementar do Estado do Paraná nº 59/1991 (Brasil). “Intitulado de ICMS Ecológico, foi criado no Paraná em 1991 como medida de distribuição dos recursos provenientes das arrecadações de ICMS aos seus Municípios, mediante o estabelecimento de critérios de restrição e proteção ambientais pré-definidos”.

⁴⁰ Lei nº 9.393/1996 (Brasil). Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR). “Art. 10. Omissis. § 1º Para os efeitos de apuração do ITR, considerar-se-á: [...] II – área tributável, a área total do imóvel, menos as áreas: a) de preservação permanente e de reserva legal, previstas na Lei no 12.651, de 25 de maio de 2012; b) de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, assim

Nota-se, portanto, que a função promocional, plenamente condizente com um direito civil-constitucional, tem grande apelo prático na efetividade da tutela dos direitos fundamentais; ela possibilita, nas palavras de ROSENVALD, “[...] fazer do direito privado o *locus* adequado para que algumas normas sirvam não apenas para tutelar, mas também para provocar efeitos benéficos aos valores da solidariedade e da igualdade material”⁴¹. Com efeito, tal função, a promocional, acertadamente caracterizada por REIS JÚNIOR como “finalidade última do instituto”⁴², é a que encerra a busca pela mais adequada e eficaz satisfação dos interesses jusfundamentais violados.

3 A MULTIFUNCIONALIDADE E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A perspectiva civil-constitucional rompeu com o paradigma patrimonialista e individualista que vigorava sobre as relações privadas, emanando efeitos no âmbito da responsabilidade civil e especialmente no seu liame com os direitos fundamentais, o qual, tradicionalmente orientado pela máxima *neminem laedere*, remanejou-se como verdadeiro instituto jurídico de proteção da pessoa humana e de concreção de interesses sociais. Afinal, nas palavras de CANARIS “[...] as normas de direito privado também podem servir [...] para a concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais [...]”⁴³.

Sob essa ótica, somada à dinamicidade e complexidade da vida social, não se olvidando que é “[a] primazia dos direitos fundamentais que deve orientar toda a atuação do Poder Público no Estado Democrático de Direito [...]”⁴⁴, mas com toda a qualificação que tais direitos exigem, tornou-se premente o pensar releituras da responsabilidade civil — dogmaticamente estabelecida como modelo destinado unicamente à restituição integral ao *status quo ante* — para dar respostas adequadas e efetivas à vítima, mas também à sociedade.

A partir desse cenário, passou a ser possível visualizar a responsabilidade civil de forma pluridimensional, de sua estrutura normativa à função reparatória e, além, vislumbrando mesmo outras vertentes funcionais, as quais, no campo prático, podem implicar indenizações que à primeira vista ultrapassam a extensão do dano. Nesse ponto, tal como exposto anteriormente, é intensa a divergência doutrinária

declaradas mediante ato do órgão competente, federal ou estadual, e que ampliem as restrições de uso previstas na alínea anterior; c) comprovadamente imprestáveis para qualquer exploração agrícola, pecuária, granjeira, aquícola ou florestal, declaradas de interesse ecológico mediante ato do órgão competente, federal ou estadual; d) sob regime de servidão ambiental; e) cobertas por florestas nativas, primárias ou secundárias em estágio médio ou avançado de regeneração; f) alagadas para fins de constituição de reservatório de usinas hidrelétricas autorizada pelo poder público”.

⁴¹ ROSENVALD, Nelson. Prefácio. In: REIS JÚNIOR, Antonio dos. Função promocional da responsabilidade civil: um modelo de estímulos à reparação espontânea dos danos. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. XI-XVI, p. XIV.

⁴² “Entre avanços e recuos, o que se pode afirmar de modo mais assertivo é que a função promocional da responsabilidade civil se firma como expressão da finalidade última do instituto, como concretização do princípio da solidariedade, no sentido do reconhecimento de deveres éticos que exigem a aproximação das partes no momento pós-dano, em prol da criação de um ambiente propício à reparação espontânea e voluntária do dano”. REIS JÚNIOR (n.17), p. 189.

⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Tradução de: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 24.

⁴⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR, Nelson. Instituições de direito civil: direito da personalidade. São Paulo: RT, 2017, p. 8.

entre renomados juristas, uns defendendo a função única da responsabilidade civil, a de reparar (ou compensar) a vítima do dano sofrido, e outros, explorando sua multifuncionalidade⁴⁵.

Nesse sentido, ciente dos problemas que confrontam essa sistemática multifuncional, tal como a alusão indiscriminada às demais funções nos tribunais como forma de majoração do montante indenizatório, bem como a colisão *prima facie* com a normativa da vedação ao enriquecimento sem causa, é que se propõe a sua restrição à tutela dos direitos fundamentais, sobretudo àqueles relacionados à dignidade humana. Assim, não é toda e qualquer situação passível de invocá-la como fundamento, mas tão somente aquelas em que haja comprovada lesão a bem jurídico protegido, sob pena de esvaziamento de sua importância⁴⁶.

Para tanto, faz-se necessário partir do pressuposto que todas as funções aqui abordadas, a reparatória, a punitivo-pedagógica (que não se confunde com os *punitive damages*), a preventiva e a promocional, são compatíveis com o direito brasileiro, prescindindo de qualquer alteração legislativa⁴⁷, tendo em conta uma interpretação sistemática constitucional do princípio da reparação integral do dano à luz dos vetores axiológicos da solidariedade e da dignidade humana⁴⁸. Pode-se falar, agora em reparação *efetiva e adequada*⁴⁹.

⁴⁵ “A verdade é que não se pode reduzir a complexidade do modelo aquiliano a uma função exclusiva e unitária. É necessário levantar o véu reparatório, que encobre toda a plasticidade da responsabilidade civil. Cada uma das suas funções persegue uma necessidade de segurança, porém com desideratos distintos”. ROSENVALD (n.15), p. 128.

⁴⁶ “Não é necessário, menos ainda desejável, que todo e qualquer caso se resolva com menção à dignidade [...]. A invocação da dignidade humana (ou de qualquer outro) princípio, portanto, deve ser acompanhada de zelo com a totalidade do ordenamento e com o contexto do caso [...]”. RAMOS, André Luiz Arnt. Segurança jurídica e indeterminação normativa deliberada: elementos para uma teoria do direito (civil) contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2021, p. 146-147.

⁴⁷ Nada obstante a desnecessidade de alteração legislativa para abarcar a tese da multifuncionalidade da responsabilidade civil, haja vista sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, tal lacuna pode estar próxima de ser dirimida, haja vista a proposta de reforma do código civil que se avizinha. De acordo com texto do anteprojeto de lei apresentado pela Comissão de Juristas revisão e atualização do Código Civil, inseriu-se a função preventiva: “Art. 927-A. Omissis. § 3º Sem prejuízo do previsto na legislação especial, a tutela preventiva do ilícito é destinada a inibir a prática, a reiteração, a continuação ou o agravamento de uma ação ou omissão contrária ao direito, independentemente da concorrência do dano, ou da existência de culpa ou dolo. Verificado o ilícito, pode ainda o interessado pleitear a remoção de suas consequências e a indenização pelos danos causados”, e a função punitivo-pedagógica: “Art. 944-A. Omissis. § 3º. Ao estabelecer a indenização por danos extrapatrimoniais em favor da vítima, o juiz poderá incluir uma sanção pecuniária de caráter pedagógico, em casos de especial gravidade, havendo dolo ou culpa grave do agente causador do dano ou em hipóteses de reiteração de condutas danosas”. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630>. Acesso em: 23 set. 2024.

⁴⁸ Princípio da reparação integral como “[...] ratio que fundamenta a concepção estrutural da responsabilidade civil, todavia, perspectivado diante do reconhecimento de uma multifuncionalidade assumida pelo instituto na contemporaneidade”. FERREIRA, Keila Pacheco. Princípio da reparação integral: feição clássica, insuficiências e expansão funcional da responsabilidade civil. In: PIRES, Fernanda Ivo (org.). Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro. De Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao Professor Renan Lotufo. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, pp. 373-383, p. 374.

⁴⁹ “O postulado da reparação adequada do dano não patrimonial impõe, assim, que seja adotado o meio mais idôneo a se recompor o bem da personalidade lesado pelo que os modos específicos de reparação adquirem especial relevo [...]”. BISNETO, Cícero Dantas; CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A reparação in natura e os danos extrapatrimoniais: ou de como transformar uma ideia romântica em realidade. Revista de direito civil contemporâneo, vol. 24, 2020, pp. 169-205, p. 181.

Entretanto, cabe a ressalva de que cada função demanda análise diferenciada e independente, apesar da base fática ser a mesma, podendo implicar exceções, tal como, por exemplo, exigir-se, para fins da função punitivo-pedagógica, a consideração da culpa do agente ofensor em caso de violação a direito do consumidor, o qual é notoriamente sujeito à responsabilidade objetiva no que se refere à sua função reparatória⁵⁰. Um segundo ponto é que as formas de tutela positiva, seja através da função preventiva *stricto sensu*, seja através da função promocional, alteram o modelo padrão da reparação civil, haja vista que permitem pensá-las antes mesmo da ocorrência do dano, ao encorajar comportamentos socialmente desejáveis como forma de direcionamento social para, ao fim e ao cabo, evitá-lo.

Não se olvida que invocar tais funções concomitantemente à reparatória demanda um olhar criterioso sobre o caso concreto. É que elas confrontam, ao menos em um primeiro momento, com dogmas da responsabilidade civil — *v.g.*, ato ilícito, nexos de causalidade, dano e culpa como elementos caracterizadores, modelo repressivo, vedação ao enriquecimento sem causa, limitação do valor indenizatório à extensão do dano, reparação exclusivamente com dinheiro. Todavia, tratando-se de direitos fundamentais, pesada e sopesada sua carga valorativa, a abordagem multifuncional da responsabilidade civil, autorizada pela sistemática civil-constitucional, é admitida e é indispensável na sociedade contemporânea.

4 CONCLUSÃO

A dimensão funcional da responsabilidade civil é objeto de controvérsia no direito brasileiro, haja vista que o olhar além de sua estrutura normativa implica diversos conflitos com dogmas tradicionalmente estabelecidos, mas que, em contraponto, possibilita a dinamicidade do instituto frente às céleres transformações sociais. Esse trabalho propôs-se responder se há fundamentos jurídicos que justifiquem um modelo multifuncional da responsabilidade civil como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, a fim de atender efetiva e adequadamente os interesses do caso concreto.

Nesse sentido, apurou-se, no decorrer do trabalho, as possíveis funções, além da clássica reparatória/compensatória, compatíveis com o direito brasileiro à luz da sistemática-civil constitucional, que são a punitivo-pedagógica, a preventiva, *lato e stricto sensu*, e a promocional, que contribuem pela busca da reparação efetiva e adequada. No entanto, reconhece-se as problemáticas advindas dessa sistemática multifuncional da responsabilidade civil, haja vista a alusão indiscriminada às demais funções pelos tribunais como forma de majoração do montante indenizatório, bem como a colisão *prima facie* com a vedação ao enriquecimento sem causa e com o limite da indenização pela extensão do dano. Para tanto, propôs-se que tal multifuncionalidade deva ter seu campo de aplicação restrito à tutela dos direitos fundamentais, aqueles qualificados constitucionalmente e aqueles advindos diretamente da dignidade humana, os quais, em razão de sua qualificação, justificam essa excepcionalidade.

⁵⁰ Lei nº 8.078/1990. Código de Defesa do Consumidor (Brasil). “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Confirma-se, assim, a hipótese de que o modelo multifuncional da responsabilidade civil é juridicamente cabível no contexto brasileiro e, no que tange aos direitos fundamentais, deve ser o modelo perquirido para a recomposição efetiva e adequada de violação a esses direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, André Gustavo C. de. *Dano moral & indenização punitiva: os punitive damages* na experiência da *common law* e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2.ed. 2009.

BISNETO, Cícero Dantas; CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A reparação *in natura* e os danos extrapatrimoniais: ou de como transformar uma ideia romântica em realidade. *Revista de direito civil contemporâneo*, vol. 24, 2020, pp. 169-205.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DAL PIZZOL, Ricardo. *Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

FERREIRA, Keila Pacheco. Princípio da reparação integral: feição clássica, insuficiências e expansão funcional da responsabilidade civil. *In*: PIRES, Fernanda Ivo (org.). *Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro. De Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao Professor Renan Lotufo*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, pp. 373-383.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em 20 jun. 2022.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; MARTINS, Fernando Rodrigues. Danos qualificados constitucionalmente e a formação da norma de proteção de direitos fundamentais no âmbito da responsabilidade civil. *In*: PIRES, Fernanda Ivo (org.) *Da estrutura à função da responsabilidade civil: uma homenagem do Instituto Brasileiro. De*

Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC) ao Professor Renan Lotufo. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, pp. 17-26.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, n. 9, v. 3, Lisboa, 2014, pp. 7073-7122.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, v. 9, jul./dez. 2006, pp. 233-258.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR, Nelson. *Instituições de direito civil: direito da personalidade*. São Paulo: RT, 2017.

PARGENDLER, Mariana. Os danos morais e os *punitive damages* no direito norte-americano: caminhos e desvios da jurisprudência brasileira. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 3, Lisboa, 2017, pp. 859-880.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMOS, André Luiz Arnt. *Segurança jurídica e indeterminação normativa deliberada: elementos para uma teoria do direito (civil) contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2021.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

REIS JÚNIOR, Antonio dos. *Função promocional da responsabilidade civil: um modelo de estímulos à reparação espontânea dos danos*. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSENVALD, Nelson. Prefácio. In: REIS JÚNIOR, Antonio dos. *Função promocional da responsabilidade civil: um modelo de estímulos à reparação espontânea dos danos*. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. XI-XVI.

SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. *Punitive damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. *Sequência*, n. 74, Florianópolis, 2016, pp. 295-326.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo Guia. Notas sobre o dano moral no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 30, Belo Horizonte, out./dez. 2021, pp. 33-60.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIEIRA, Andrey Bruno Cavalcante; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. O direito de danos e a função preventiva: desafio de sua efetivação a partir da tutela inibitória em casos de colisão de direitos fundamentais. *Revista IBERC*, v. 2, n. 2, mai. /ago. 2019, pp. 1-30.