

XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Ciudad de La Plata, 28, 29 y 30 de Septiembre de 2017

Comisión 4. Derecho de Daños

“Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”

Perfilando una prevención oblicua del Derecho de Daños para hipótesis de vulnerabilidad

La optimización de los derechos fundamentales en el Derecho Privado

Autor

Bailo, Gonzalo Luciano¹

CONICET- UNL

HOJA DE CONCLUSIONES

1. El mandato preventivo incorporado al Código Civil y Comercial en el artículo 1710 requiere de una serie de ajustes técnicos cuando debe aplicarse a situaciones de vulnerabilidad

1.1. La prevención ordinaria presupone un sujeto resiliente. La acción se activa para evitar un daño probable, y busca distribuir los riesgos de una manera más justa en el sistema social. La causalidad que la informa es socio-técnica, de orientación probabilística. Las medidas que se obtienen por parte de la judicatura son típicas. Esta forma de prevención optimiza los valores fundamentales de la libertad y la seguridad.

1.2. La prevención oblicua presupone un sujeto no resiliente. La acción se activa para mitigar la vulnerabilidad a través de derechos de acceso y protección, y busca una distribución más justa de los activos sociales que fortalecen la resiliencia. La causalidad que la informa es socio-política, de orientación asimétrica. Las medidas que se obtienen por parte del sistema judicial son tanto típicas como atípicas. Esta forma de prevención optimiza los valores fundamentales de la igualdad y la dignidad humana.

En los fundamentos del Anteproyecto se mencionó que el Código “busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”. En los fundamentos, también se hace notar que las normas anteriores se basaban en una igualdad abstracta, que asumía “la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado”.

¹ Becario Doctoral Conicet. Docente simple de Derecho Civil II (Obligaciones) y Derecho de Daños en FCJS-UNL. Lugar de trabajo: Centro de Investigaciones de la FCJS-UNL. Correo: gbailo@fcjs.unl.edu.ar

2. El CCyC aclara expresamente que la persona humana que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención de los daños sufridos (art. 52).

3. Con estos elementos, es razonable pensar que el Código se ha propuesto desarrollar la arquitectura constitucional contemplando el enfoque de la vulnerabilidad en varios niveles relevantes para el Derecho Privado.

4. En el aspecto formal, cabe destacar que la prevención oblicua -de acceso o de protección- requiere de un Estado y un poder judicial más responsivo, lo cual implica concentrarse más en la efectividad y creatividad de las respuestas que en la idoneidad del cauce procesal para dirimir los extremos fácticos (no toda respuesta lleva implícita un juicio).

Consideramos que la prevención oblicua concentra su potencial de análisis en la resiliencia y en los activos sociales, y no en una taxonomía de “individuos o grupos vulnerables” (mujeres, enfermos, discapacitados, pueblos originarios, etc.), dado que las medidas preventivas no deben traducirse en sistemas de “tutelaje” o vigilancia, sino en una ampliación de las capacidades, entendidas como posibilidades concretas para la acción emancipatoria.

5. Algunas disposiciones del CCyC pueden contribuir a la caracterización de la figura. El mandato preventivo del artículo 1710 es lo suficientemente amplio para contener tanto el reparto de los riesgos como el reparto de los activos que hacen a la resiliencia (“medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud”). Ello se facilita para quienes entienden la vulnerabilidad como un agravamiento del riesgo, dado que esta idea se contempla claramente en el inciso b) del artículo 1710 y en el artículo 1711.

El valor de los activos sociales que incrementan la resiliencia se entiende a partir de la lectura conjunta de los artículos 1710, 15-18, 51 y 52, en tanto habilita a la persona humana cuya dignidad ha sido menoscabada a reclamar la prevención. En este punto, se entiende a la prevención como un desarrollo especial del principio de inviolabilidad de la persona humana.

La inclusión del vocablo “previsible” en el artículo 1711, permite condensar en la acción preventiva tanto la causalidad probabilística de la prevención ordinaria (previsibilidad socio-técnica) como la causalidad asimétrica de la prevención oblicua (previsibilidad socio-política).

Las pautas que el 1713 establece para la el juez que tramita la acción preventiva, es idónea para contemplar tanto las medidas típicas como las atípicas (gestionar la participación social, exhortar, integrar el ordenamiento). Para llevar a cabo esta actividad, el artículo manda al juez ponderar los criterios “de menor restricción posible” y de “medio más idóneo”, lo que abarca un análisis de razonabilidad y efectividad.