

Funcion Preventiva Del Dano Medidas Autosatisfactivas Protector Social Menores De Edad Dano A La Salud

JURISPRUDENCIA

Función preventiva del daño. Medidas autosatisfactivas. Protector

social. Menores de edad. Daño a la salud Se ordena a la demandada -como medida autosatisfactiva y en los términos del artículo 1711 del Código Civil y Comercial de la Nación- que publique en el Boletín Oficial, en determinados medios gráficos y electrónicos el siguiente texto, en un lugar destacado y visible: ¿De utilizarse el protector solar DERMAGLÓS PROTECTOR SOLAR FPS 70 - BEBÉS más allá del vencimiento, el resultado será siempre desfavorable para el usuario?. Ello así al probarse que si bien el retiro del mercado del producto fue llevado adelante por la ANMAT y conforme a la legislación administrativa, algunos de los no recuperados del mercado se encontraban en poder de los consumidores, habiendo quedado en el mercado cerca de 100.000 productos que -según informe pericial- aun habiendo operado el vencimiento de la fecha establecida para su utilización, en caso de que igualmente fuera utilizado podía tener efectos negativos sobre la salud de los bebés y niños. Buenos Aires, 3 de septiembre de 2019.- AUTOS, VISTOS, Y CONSIDERANDO: I. Que a fojas 1411/1414 la señora Defensora de Menores e Incapaces, doctora García Diego, tomó conocimiento de la pericia dermatológica efectuada a fs. 1383/1400 y efectúa una serie de observaciones y peticiones respecto de la pretensión ventilada en autos, fundada en los términos del art. 1711, CCYC dada la representación asumida en autos, por ese Ministerio Público (art. 103, CCYC y art. 43, Ley 27.149). Recuerda ¿que el presente proceso fue iniciado como una acción colectiva de responsabilidad civil genérica referente a intereses individuales homogéneos por la cual se le endilga a la demandada la introducción en el mercado de partidas defectuosas del producto ¿DERMAGLOS PROTECTOR SOLAR FPS 70- BEBÉS' en la que los damnificados directos son bebés y niños. Asimismo, se imputa el defectuoso recall (retiro del mercado) del protector mencionado por cuanto, habiendo quedado la empresa advertida del defecto en el mes de noviembre de 2013 mediante denuncia de los particulares, el retiro voluntario del producto se habría efectuado en el mes de enero de 2014?. Explica, por su parte, que más allá de las medidas administrativas dictadas, lo cierto es que el retiro del mercado del producto defectuoso no ha sido total, aún cuando la demandada lo calificara como ¿exitoso?. Expresa también que, según lo reconoció el laboratorio demandado, la autoridad de aplicación (ANMAT) informó que cerca de 100.000 unidades habrían quedado en manos de los consumidores, todos ellos menores de edad, y los productos, ¿con un destino incierto?. En ese sentido petición a medidas preventivas de protección, teniendo en cuenta la población a la cual está destinada el producto, bebés y niños, ¿quienes por su condición de vulnerabilidad merecen del Estado un plus de protección?. En concreto, sostiene que la medida que requiere, ¿se trata de evitar que se produzca un daño a una cierta cantidad de bebés o niños, que inadvertidos de las posibles consecuencias de su uso aún encontrándose vencido, tengan en su poder el producto? (fs. 1413). Consecuentemente solicita que sobre la base de lo normado por los arts. 232, CPCCN y 1711, CCYC, y las normas que constitucionalizaron al Derecho Privado, se disponga como medida preventiva la comunicación a toda la población y por los medios que razonablemente disponga el tribunal, que ¿de utilizarse el protector solar DERMAGLOS SOLAR FPS 70- BEBÉS más allá del vencimiento, el resultado será siempre desfavorable para el usuario? (fs. 1414). II. Que es sabido que el principio pro homine, el cual claramente fue incorporado a la Constitución Nacional por la reforma operada en el año 1994, consiste, básicamente, en estar a favor de la persona humana, concepto que los tratados de derechos humanos (art. 75, inc. 22, C.N.), específicamente reconocen: Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma en su preámbulo la ¿fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana?, al paso que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reafirma el propósito de consolidar ¿un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre?. Son ¿derechos y garantías que son inherentes al ser humano? (CADH, art. 29 c), que tiene derecho ¿al reconocimiento de la dignidad? (art. 11.1), la cual es ¿inherente a la persona humana? (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Preámbulo; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Preámbulo); y entre ellos son relevantes los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad (física, síquica y moral), a la protección de la honra, la reputación, la vida privada y la salud, así como a la libertad de expresión (DUDH, arts. 3, 12, 19; CADH, arts. 4.1, 5.1, 7.1, 11, 13; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. I, V, VII; PDESC, art. 7 y 12; PDCP, arts. 6.1, 9.1, 17, 19.2). Tales derechos tienen una característica especial en tanto están regidos por la legislación, sea internacional o nacional, que asigne mayor alcance a su protección (CADH, art. 29; PDESC, art. 5.2; Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 23; Convención sobre los derechos del niño, art. 41). El derecho de daños, por cierto, no está ajeno a la luz de tales normas y, específicamente, el principio pro homine tiene sus manifestaciones y vertientes en esta disciplina en donde encontramos, un rol protagónico a la prevención del daño. De igual

modo está universalmente admitido que la personalización del derecho de daños, priorizando la tutela de la persona sobre la del patrimonio, determina mayor relevancia de la necesidad de prevención. El rol protagónico de la persona es el verdadero fundamento de la función preventiva del derecho de daños. Como ya dijimos, ciertos valores que forman parte del Derecho de Daños, exigen a éste respuestas más eficaces? (Ordoqui Castilla, Gustavo, 'Prevención del daño y su tutela inhibitoria?', RCyS 2010- IV, 3; LL Online AR/DOC/1121/2010).

III. Que al momento de presentarse el entonces, Anteproyecto de Código Civil y Comercial, estaba claro que la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado? (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5Fundamentos-del-Proyecto.pdf> ; el destacado no es original). En tal sentido, [p]or el proceso de constitucionalización del Derecho privado, hoy comprensivo de los tratados de Derechos Humanos, recogido expresamente en los arts. 1 y 2 del nuevo código, obliga al juzgador no sólo a subsumir los hechos en las reglas, sino a ponderar los principios en la gran cantidad de casos en los que éstos entran en conflicto? (Kemelmajer de Carlucci, Aída, 'La entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina', LL, ej. del 3/8/2015). Entretanto la interpretación judicial ha procurado adecuar la difícil convivencia de la ley vieja con la realidad nueva pues, como ha señalado el profesor Borda, ella compatibiliza los antiguos textos con dicha realidad: 'Si las circunstancias cambian, la ley debe ser interpretada, no ya como lo deseaba su autor cincuenta o cien años atrás, sino como lo exigen las actuales circunstancias'. Es la que Enneccerus denomina interpretación progresiva. Pero, para invertir el estado anterior del Derecho es necesario un texto nuevo, porque 'a menudo es posible hacer decir a los textos otra cosa que lo que dicen, pero rara vez lo contrario' (Flour-Aubert). Al respecto, el profesor López de Zavallía enseña que los tribunales no pueden suprimir palabras de la ley, y es dable que le introduzcan las que no trae 'para aclarar su sentido', lo cual es bien limitado cuando resulta imperativo cambiar el sistema?. Cuánto más, pues, cuando tal función es llevada delante con los textos constitucionales (Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998). De otro lado también puede verse que el art. 1º, CCYC expresamente dispone: 'Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma (...)'. Así, entendido estrictamente [...] significaría que la Constitución y los tratados de derechos humanos en que la República sea parte, constituyen criterios para desentrañar el significado de las leyes que resulten aplicables? (Tobías, José W., en Alterini, J. H., 'Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético', T. I, Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 2). Sobre el punto, se dijo que [e]ra necesario constitucionalizar el Derecho privado y por ello nos pareció redactar un título preliminar, que fuera el nexo entre la Constitución y el Derecho privado. Luego de buscar modelos en el Derecho comparado, sin encontrar ninguno que se adaptara a lo que queríamos, decidimos redactarlo? (Lorenzetti, Ricardo L., 'Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación', LL, ej. del 3/8/2015). Mediante la señalada constitucionalización se reafirma que 'los jueces cuentan con poderes implícitos e irrenunciables en orden a salvaguardar la eficiencia de la administración de justicia, pues le cabe ejercer su imperio jurisdiccional con la eficacia real y concreta que, por naturaleza, exige el orden jurídico, de manera que éste alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial? (SCBA, 30/3/2005, 'Carrizo, Carlos Alberto y otra c/ Tejeda, Gustavo y otra s/ Daños y Perjuicios?').

IV. Que, según surge del meduloso dictamen pericial presentado por la Dram, el uso de un producto cosmético luego de su fecha de vencimiento podría traer a priori dos consecuencias dañinas para los usuarios; la primera sería la disminución o pérdida de su eficacia, mientras que la segunda que 'puede plantearse es que dada la complejidad de moléculas químicas que integran el producto, la degradación de ellas o todas podrían generar moléculas nuevas con un potencial alergénico imposible de predecir? (fs. 1392 vta.). Es decir, que en caso de utilizarse el producto más allá de la fecha de vencimiento, perderá su efecto protector o 'aumentará su toxicidad por concentración o modificación química de los activos? (fs. 1400). También surge de autos que cerca de cien mil productos, potencialmente tóxicos a los bebés y niños, no han sido retirados del mercado ni por el laboratorio que los fabricó, ni por la autoridad de aplicación.

V. Que, así las cosas, corresponde dar recepción favorable a la pretensión preventiva introducida por la Sra. Defensora de Menores e Incapaces, toda vez que el deber que establece el art. 1710, CCYC, en el sentido de evitar un daño -o disminuir su efecto disvalioso- recae en 'toda persona?. Es que,

aún antes de su consagración normativa, incluso, su objeto consistía en prohibir que el demandado cause el daño o siga produciéndolo? (Zavala de González, Matilde M., ¿Función preventiva de daños?, LL 2011-E, 1116; LLOnline AR/DOC/3511/2011), y -en ese orden- ¿es inobjetable la legitimación del órgano jurisdiccional para adoptar oficiosamente medidas? que prevengan la ocurrencia de daños, asumiéndose de ese modo, que el gran desafío del Derecho de Daños del siglo XXI está en lograr anticiparse al daño, superando el paradigma clásico de que no hay responsabilidad sin daño? (Ordoqui Castilla, Gustavo, ¿Derecho de Daños?, La Ley, Montevideo, 2012, T. I, pág. 431; Galdós, Jorge Mario, ¿La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto?, LL ej. del 11/06/2012). En tal orden de ideas, también los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (Elaborados por el European Group on Tort Law, 2010) por su parte, acuñaron el instituto al disponer que [p]uede existir el deber de actuar positivamente para proteger a los demás de daños 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? (Art. 4:103 que lleva el título ¿Deber de proteger a los demás de daños?). Nuestro Código vigente prevé, por lo pronto, que toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella, de evitar causar un daño no justificado; de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; y de no agravar el daño, si ya se ha producido? (Tanzi, Silvia Y. - Fossaceca, Carlos A., ¿La responsabilidad médica acorde a los lineamientos de la reforma civil? en Garay, Oscar Ernesto -Director- ¿Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal?, Segunda edición actualizada y ampliada, T. II, La Ley, Buenos Aires, 2014, pág. 554). Y ello es así en tanto, [e]l deber de prevención del daño involucra la adopción de recaudos razonables para evitar su acaecimiento, la de hacer cesar el daño ya activado, y la de inhibir su agravamiento? (XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011). Finalmente, y, antes de ahora, señalé que cuando el texto legal establece toda persona, va de suyo, se refiere a toda persona con posibilidad de proceder conforme lo establece norma; esto es que, pudiendo optar, escoja el modo de proceder orientado a la evitación, disminución o detención del agravamiento del daño? (Alterini, Juan Martín, ¿Funciones de la Responsabilidad Civil -Prevenir y Resarcir-, La Ley, Buenos Aires, 2017, Edición Proview). VI. Que, también resulta sabido que las pretensiones preventivas son aquellas que tienen por objeto evitar un daño ante la amenaza de su producción o hacer cesar las causas del que ha comenzado a producirse. A su vez este tipo de tutela se corresponde con una de las funciones del Derecho de Daños (función preventiva), y encuentra su fundamento normativo en la incorporación como garantía del derecho a la tutela judicial ante la mera amenaza de daño en el artículo 43 de la Constitución Nacional y de la inclusión como derecho fundamental de la tutela judicial efectiva y oportuna, que -para ser tal- en ocasiones debe tutelar preventivamente los derechos lesionados o amenazados para impedir el agravamiento del daño o su producción (conf. De Los Santos, Mabel, ¿Vías procesales para deducir la pretensión preventiva?, en obra colectiva ¿La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación?, dir. Jorge W. Peyrano, coord. Silvina Esperanza, Rubinzal-Culzoni, Edit. Santa Fe, 2016, p. 199/200). Ese grado de protección anticipado se encuadra en el derecho de acceso a un proceso justo reconocido, entre otros, en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que para el régimen jurídico doméstico porta alcurnia constitucional (conf. arts. 18 y 75 inc. 22, de la Constitución Nacional)? (CNCiv.Com.Fed., Sala II, 3/5/2019, ¿S., V.T. c/ Google Inc. s/ Acción preventiva de daños?). La petición introducida, entre otras normas, se funda en lo dispuesto por el art. 1711, CCYC que establece: ¿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?. Es decir que lo pretendido es el dictado de una sentencia que admite la acción preventiva que 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? (art. 1713, CCYC). VII. Que, en el caso de autos, si bien es cierto que el retiro del mercado del producto fue llevado adelante por la ANMAT y conforme a la legislación administrativa, habría tenido éxito?, no es menos cierto que como lo señala la pretensora (fs. 1411 vta.) -y explicó la accionada- algunos de los no recuperados del mercado, se encuentran en poder de los consumidores (fs. 645). Han quedado en el mercado cerca de 100.000 productos que, a la luz de lo dictaminado por la experta, aún habiendo operado el vencimiento de la fecha establecida para su utilización, en caso de que igualmente fuera utilizado, puede tener efectos negativos sobre la salud de los bebés y niños (por no proteger de la radiación solar o por exacerbar los efectos negativos que motivaron la orden de retiro del mercado del producto, fs. 309/311). De allí que sin que lo que aquí se resuelve importe adelantar opinión alguna acerca de lo que, en definitiva, se resolverá en el marco del prístino proceso, encuentro reunidos los recaudos necesarios para acceder a lo solicitado. Es que, cuando el legislador puso en cabeza de toda persona el deber de evitar la causación o agravación de un daño, lo hizo en un contexto jurídico que, a la luz de lo señalado, también obliga a este magistrado al dictado de la medida que se dirija a evitar la causación de daños en el colectivo que representa la peticionante. Lo contrario importaría tanto como dejar a la ciudadanía más vulnerable, constituida por el colectivo que indiscutiblemente representa la peticionante (art. 104,

CCYC), expuesta a sufrir un daño en su salud, circunstancia reconocida -insisto- hasta por la autoridad de aplicación (ANMAT, Disposición 0497/2014). VIII. Que, las denominadas medidas autosatisfactivas son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables ?inaudita et altera pers? y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Las mismas importan una satisfacción de los requerimientos de los postulantes, motivo por el cual se sostiene que son autónomas. En cuanto a los requisitos para su procedencia el grado de conocimiento para disponerlas es la existencia de una fuerte probabilidad cercana a la certeza y no la simple verosímilitud, asimismo, siempre es necesario, que exista peligro en la demora, consistente en la necesidad impostergable de tutela judicial inmediata de manera que en caso contrario se frustre el derecho invocado (conf. ?Medidas cautelares?, en Revista de Dercho Procesal, Rubinzal Culzoni Editores, págs. 31 y sigtes.). Sus presupuestos de procedencia, en autos, se encuentran reunidos en tanto el producto introducido al mercado ha sido retirado por las consecuencias que produjo al ser utilizado, y su retiro ordenado en sede administrativa, arroja una gran cantidad remanente dispersa que, a la fecha, no ha sido informada de las consecuencias dañosas probables de su utilización. Es decir que, sin perder de vista que la responsabilidad que en autos se discurre sobre la introducción del producto y sus consecuencias dañosas, entiendo necesario acceder a lo solicitado por resultar ajeno -o autónomo- y concreto a prevenir la eventual causación de otros daños o su agravamiento, sobre el colectivo representado por la peticionante de la medida. Medida ésta que se agota en si misma. Por lo tanto, como medida autosatisfactiva, ordeno a la demandada que, dentro del plazo de 5 días de notificado la presente, deberá publicar por dos (2) días en el Boletín Oficial, y en los diarios, ?Clarín?, ?Página 12? y ?Popular? el siguiente texto en un lugar destacado y visible que, por orden de este Tribunal, se comunica que ?de utilizarse el protector solar DERMAGLOS PROTECTOR SOLAR FPS 70- BEBÉS más allá del vencimiento, el resultado será siempre desfavorable para el usuario?. Asimismo, en tanto la publicidad aquí ordenada debe llegar a una cantidad indeterminada de personas, deberá publicarse también en el portal de noticias ?Infobae?, en la página web de ?Dermaglós? y en la ?página de Facebook? (que se mencionan a fs. 491); en los sitios aludidos, deberá mantenerse de manera destacadamente visible en su home page, por el lapso decidido (2 días), (arts. 1710, 1713, y concs., CCYC y arts. 19, 42 y concs. CN). Así lo decido. Regístrese, notifíquese por Secretaría y a la Sra. Defensora de Menores mediante vista en su público despacho, y cúmplase. Fecho, sigan los autos según su estado. Fecha de firma: 03/09/2019 Firmado por: JUAN MARTIN ALTERINI, Juez 043112E