

XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal

San Salvador de Jujuy, 10 al 12 de septiembre de 2015

Ponencia (portada)

Título: La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, las facultades condenatorias e instructorias de los jueces y la vía sumarísima

Comisión: Comisión 1 (Derecho Procesal Civil y Comercial) - Subcomisión 2 (Jurisdicción preventiva)

Autor: MONICA BARRERA –

Dirección postal: Bolívar 5721 –Wilde- Pcia. De Buenos Aires.

Correo electrónico: monibap@hotmail.com o monica.barrera@pjn.gov.ar

Teléfonos: 011 15 5826 7877

Postulación como participante en los premios referidos en el artículo 7 del reglamento: SI

Síntesis de la propuesta:

Las normas sobre la función preventiva incorporadas por el Nuevo Código Civil y Comercial de La Nación abren el debate doctrinario sobre cómo se incorporará este instituto a los ordenamientos procesales locales y cuál será la vía procesal adecuada.

¿Es la vía sumarísima la apropiada? ¿Es necesaria una jurisdicción activa y con compromiso social a fin de impedir la producción de un daño?

A los dos interrogantes, opinamos que este sería el camino a fin de lograr la tutela judicial efectiva que solicita la comunidad. En estas breves líneas argumentaremos porque pregonamos esta postura.

Las facultades regulares de todo magistrado en la dirección y prosecución de las causas auspician y solventan nuestra propuesta.

LA FUNCIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, LAS FACULTADES CONDENATORIAS E INSTRUCTORIAS DE LOS JUECES Y LA VÍA SUMARÍSIMA

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de daño y la tutela jurisdiccional de prevención. III. La faceta preventiva en nuestro ordenamiento. IV. la función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial. V. La vía sumarísima y las facultades ordenatorias e instructorias de los Jueces. V. Conclusiones.

I.- INTRODUCCIÓN.-

Este trabajo pretende hacer un breve análisis de la función preventiva en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y su impacto en la legislación procesal, concretamente en el proceso civil.

Las normas sobre tutela preventiva incorporadas en este nuevo cuerpo legal abren el debate doctrinario de cómo se incorporará este instituto a los

ordenamientos procesales locales y cuál será la vía procesal adecuada, ya que no existe regulación legislativa expresa.

Antes de adentrarnos en el tema que nos convoca es conveniente recordar algunos conceptos atinentes a la tutela judicial efectiva, concepto que está vinculado y engloba al de tutela preventiva.

Esta se presenta como la garantía constitucional de toda persona para poder recurrir a la jurisdicción y obtener de un juez un pronunciamiento justo.

Comprende un triple enfoque: en primer lugar, la libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo, como segundo punto el de obtener una sentencia justa – es decir fundada y en un tiempo razonable-, más allá del acierto de la decisión del magistrado, y en último lugar que la sentencia dictada por el juez o Tribunal se cumpla, o sea la concreta ejecutoriedad del fallo. Nuestra Carta Magna en su art.18 establece la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos. De la misma forma, la Convención Americana de Derechos humanos, Pacto de San José de Costa Rica, reconoce a toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley (art. 8°).

Si este engranaje se resiente en cualquiera de sus fases, se pone en peligro la seguridad jurídica, el Estado de Derecho y el Estado de Justicia. Por eso debe comprenderse que la jurisdicción, la tutela judicial efectiva, de eso se trata, debe extenderse, sin lagunas ni fracturas, a todas las personas, a todas las materias y a todas las situaciones que busquen su amparo en la jurisdicción.

Por otra parte como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Bruno"¹, el Poder Judicial es independiente en el ejercicio de la jurisdicción que se le confiere y alcanza su competencia hasta donde llega el poder legislador de donde tiene su existencia; sus facultades interpretativas van más lejos todavía, pues son también encargados de aplicar la Constitución, los Tratados y las Leyes Nacionales.

¹ Fallos 311:460

Hechas estas breves reflexiones, es necesario recordar la regla axiológica que consagra el deber general de no dañar, derivada del principio romanista del “*alterum non laedere*” que se impone precisar. Este precepto fue afirmado en origen por algunos juristas paganos y luego por el pensamiento medioeval cristiano, supone un deber general de abstención que pesa sobre todos los individuos enderezados a que estos respeten los derechos absolutos y relativos (y toda situación jurídica relevante). A tal deber, no corresponde por contrapartida derecho subjetivo alguno –asunto que ha inquietado a algunos juristas–, pues es falso que, de forma inexorable, todo deber tenga por correlato un derecho. Por su lado Trigo Represas reafirma el sentir dominante en nuestro país sobre que el *alterum non laedere* constituye el primer precepto jurídico y moral que debe respetarse en una sociedad civilizada².

La esencia es el no dañar, y se traduce en una clausula general susceptible de aplicarse a todos los supuestos de daños resarcibles. Esta premisa es valiosa como herramienta para los jueces en el marco de un derecho desenvuelto y finalista que no contiene –cuando menos siempre– indicaciones rígidas sino que proporciona síntomas. La clausula general no es un principio deductivo ni un principio de argumentación dialéctica, sino que se trata de un medio concedido a los jueces para buscar la norma ó el principio de decisión, que se revela como una técnica de formación judicial de la regla aplicable a cada caso concreto.

En suma, de este viejo principio cabe derivar también el deber de adoptar las precauciones necesarias y razonables que eviten el daño. No dañar supone obviamente, “reparar el daño causado” -como ya dijimos- pero sobre todo “no causar daños”, es decir, evitar que se produzcan³.

En esta sociedad en la que los derechos más valiosos han sufrido un menoscabo importante –principalmente los de contenido no patrimonial o prevalentemente no patrimonial: la imagen, la intimidad, el derecho moral de autor, el medio ambiente, derecho de consumo, derecho a la salud–, era

² CALVO COSTA, “Daño Resarcible-responsabilidad Civil N°24- Editorial Hammurabi”, año 2005, pág. 31.

³ LLAMAS POMBO, Eugenio, “La tutela inhibitoria del daño” (la otra manifestación del derecho de daños) en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos aires, Ed. La Ley 2002, pág. 181.

necesario la creación de una herramienta que posibilite prevenir el ilícito, evitar su repetición e impedir que sus efectos se propaguen⁴.

En el derecho civil se consideraba que la intervención jurisdiccional solo se justificaba cuando ya se había ocasionado el daño y a los fines de su reparación. Afortunadamente se ha avanzado en esa concepción y actualmente se abre camino a la función preventiva del daño como atributo de la actividad de la magistratura.

A través de la función jurisdiccional el Estado debe dar certeza a los conflictos o situaciones de incertidumbre o inseguridad que se producen en la sociedad, debe buscar prevenir en lugar de reparar, dejando de lado el pensamiento clásico de la sentencia de condena que sirve solo para solucionar lo ya dañado - hacia atrás- y no para evitar un daño -hacia adelante-.⁵

Para poder lograr esta protección es necesaria una jurisdicción activa. La única forma que tiene el Estado para exigir el cumplimiento de las leyes es mediante una administración de justicia eficiente.

El rol de los operadores judiciales en estos tiempos de crisis frente a una sociedad que exige respuestas urgentes, a problemas también nuevos, es dar una pronta solución – en principio con las herramientas ya existentes-, con una jurisdicción activa y garantizando la protección de los derechos fundamentales y la prevención de la actividad dañosa.

Si el tiempo antecedente fue el de la búsqueda incesante por la reparación de los daños, el tiempo que viene -nos atrevemos a pronosticar- que será el tiempo de la preocupación porque los daños sean prevenidos⁶.

II.- EL CONCEPTO DE DAÑO Y LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVENTIVA.-

A la luz de los aportes doctrinarios de notable excelencia, podemos decir que el concepto de daño estricto (resarcible) puede delinearse como la lesión a un interés jurídico –ajeno- patrimonial o extrapatrimonial, que

⁴ IGLESIAS, Laura, "La Tutela Judicial Inhibitoria", Libro de Ponencias del Congreso de Derecho Procesal, año 2009, BERIZONCE, R.O. "Tutelas procesales diferenciadas", Rubinzal-Culzoni, 2009.

⁵ MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Rubén A. "Tutela Procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos", La Plata, Platense 1986, pág.4)

⁶ SEGUI, Adela, "Prevención de los daños. El proyecto de Código Civil de 1998", http://www.alterini.org/tonline/to_sal.htm, VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, "La función preventiva de la responsabilidad civil", LA LEY 11/05/2015, 11/05/2015, Cita Online: AR/DOC/1447/2015.

provoca consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales, respectivamente⁷. El objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica que, por consiguiente, y siempre es un interés humano.

En sentido amplio, podemos consensuar el concepto de daño como cualquier acto -comisivo u omisivo- contrario a la ley llamado a producir con certidumbre el menoscabo de algún derecho y ⁸ aún cuando todavía no haya comenzado, extremos que se analizará en términos de probabilidad o posibilidad objetiva.

Por lo apuntado, el test de probabilidad que deberá sortear el derecho invocado como lesionado o amenazado no resulta ser una nota menor en el examen de la función preventiva; no solo porque la función jurisdiccional resarcitoria puede llegar en tiempo inoportuno sino además puede tornarse – lo que es más gravoso- en inoficiosa⁹.

El derecho civil argentino, como sabemos, ha realizado un desarrollo muy importante sobre la prevención del daño. Se ha concluido que, la anticipación a la causación de este es, por muchas razones, preferible a la preocupación por la tradicional función de reparación¹⁰.

Por ello, una variable necesaria de estudio más específica, es la económica. Desde esta perspectiva, resulta mucho más eficiente y recomendable la eliminación de la fuente generadora de un daño socialmente intolerable. Dicha opción es preferible a que la víctima soporte los costos primarios; el victimario los secundarios y la sociedad toda, solvente los costos que la liquidación y distribución de los perjuicios ocasiona. Esto permitirá una mejor asignación de los recursos productivos a fin de obtener un mayor beneficio social¹¹.

Como venimos expresando, la pretensión preventiva, solo procura evitar o repeler el acaecimiento del daño futuro y de esta suerte proteger los

⁷ Sostienen esta postura con algún matiz diferente entre ellos, Bueres, Alberto; Zannoni "El daño en la responsabilidad civil"; De Cupis, "El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil"; Vázquez Ferreyra, "Los presupuestos de la responsabilidad profesional".

⁸ NICOLAU, Noemí "La tutela inhibitoria y el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional, La Ley, 1996-A-1245.

⁹ DE LORENZO, Miguel, "El daño injusto en la responsabilidad civil", Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1996, pág.17.

¹⁰ BIONDA, Rodrigo E y bibliografía por este autor ya citada. , LLBA 2006, pág. 451.

¹¹ VAZQUEZ FERREIRA, Roberto, "Función de prevención de la responsabilidad civil, Zeus, ejemplar de febrero de 1990, Boletín 3854; En este sentido: Díez Picazo, *El Derecho de Daños*, Madrid 2000, pag. 42; Messina de Estrella Gutiérrez, "Función actual de la responsabilidad Civil", en *Derecho de Daños*, en homenaje a Mosset Iturraspe, Buenos Aires, 1989, pág. 37 y ss; Llamas Pombo, "La tutela inhibitoria del daño"; en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires 2000, pág. 185

derechos e intereses de quienes se hallan en peligro cierto e inminente de padecerlo.

IV.- LA FACETA PREVENTIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO.

La jurisdicción preventiva se ha ido generando a lo largo de los años siendo acogida por la doctrina y por los tribunales¹² con motivo de los reiterados reclamos de aquellos que procuraban ser amparados por el órgano judicial.

Así, la fundamentación del pedido debía fundarse en el art. 43 de la Constitución Nacional y en el principio de tutela judicial efectiva establecido en el art. 8.2 de la CHDH.

Por suerte, el derecho positivo consagró la función preventiva y jurisdiccional mediante la directiva general del art. 1067 del Código Civil. De él emerge responsabilidad no solo por el daño causado (perspectiva del resarcimiento) sino también por el que se puede causar (prevención) facultándose a los jueces a ordenar la cesación de daños anexos a una conducta o actividad –al margen de otras consecuencias jurídicas eventuales: resarcimiento, publicación de la sentencia-.

También se hizo presente la función preventiva mediante el dictado de diferentes normas sustanciales, obligación de cesar en actividades lesivas de la intimidad ajena (art. 1071 del Cód. Civil), daño temido (art. 2499, del Cód. Civil), inmisiones entre fundos vecinos (2618 del Cód. Civil), vía de acción confesoria y denegatoria (arts. 2795/2799 y 2800/804), propiedad intelectual, propiedad horizontal (ley 13.512), competencia desleal (ley 22.262), en materia de los derechos de los consumidores o usuarios (arts. 53 y 53, ley 24240), entre otros.

¹² J.A. 1988-III-97: La Cámara Federal de la Plata. Sala 3ª, con fecha 8 de agosto de 1988 dictó un fallo que aún tiene actualidad¹², a pesar del tiempo transcurrido, en base al importante voto del Dr. Schffrin. El referido hace mención -en su voto- a una sentencia de la C.S.J.N que anulo un fallo anterior, entre otros fundamentos, porque se había omitido alertar a terceros sobre la peligrosidad del lugar de propiedad de la demandada. En la demanda se pretendió el resarcimiento del daño ocasionado a los actores por la muerte de la hija de ellos, una niña de 13 años que se ahogó en una acumulación artificial de agua en un pozo abierto en terrenos propiedad de la demandada. La sentencia hizo lugar parcialmente a la demanda y, de oficio, "se condeno a la accionada" a colocar, en un plazo de 30 días, un cerco perimetral de no menos de dos metros de altura en torno a las excavaciones inundadas, a colocar carteles bien visibles que indiquen el peligro y a mantener un servicio permanente de vigilancia". También, 6-10-88, rev. Zeu. También en este sentido, en forma análoga, el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N°4 de Santa Fe hizo lugar a la pretensión resarcitoria derivada de la muerte de una persona electrocutada en virtud del mal estado de las líneas de electricidad. Además "notificó a la demandada la imperiosa necesidad de sustituir los conductores eléctricos y dio participación al ministerio Fiscal

De lo reseñado, se puede verificar que era necesaria la regulación de un enunciado general aplicable a todos los casos en que se pretenda prevenir un daño.

V. LA FUNCION PREVENTIVA EN EL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.

El Nuevo Código Civil y Comercial preveé la función preventiva del art. 1710 al 1715.-

a) REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA ACCION.

1. Acción u omisión antijurídica: Lo que debe ser antijurídico es la conducta del demandado –u omisión-, y en ese caso cabe restringir su libertad confiriendo primacía a la libertad del accionante para no ser convertido en víctima. El acto o actividad puede manifestarse como arbitrario o ilegítimo. La lesión puede ser actual o futura¹³. Resulta forzoso equiparar el concepto de que el presupuesto de la pretensión preventiva es lo ilícito, entendido – Según Hurtado Reyes- como la conducta que genera el hecho dañoso propiamente dicho¹⁴. Es decir, la conducta debe ser ilícita y no justificada (art. 1717 del C.C.y C.), no se viabiliza la acción preventiva en caso contrario.

2. La amenaza: El elemento activante de esta tutela es la simple posibilidad de un ilícito futuro, la amenaza de violación, la cual lleva a prescindir de la verificación del daño en la esfera jurídica del titular, siendo suficiente la amenaza. Ello en términos de probabilidad objetiva de que la actividad antijurídica siga causando el perjuicio¹⁵.

3. Lesión a un interés: Individual o colectivo. El demandante ha de acreditar la existencia de una vinculación razonable entre la actividad (o inactividad) del demandado y un daño que, causalmente, ha de derivar como consecuencia mediata o inmediata de aquélla.

4. La posibilidad de detener la actividad: Debe tratarse de actos aún no realizados o susceptibles de continuar o reiterar el daño. Esta es solo

¹³ Art. 1710 del CCy C; .MARINONI, Luís, "Tutela inhibitoria –individual y colectiva-, "Revista Vows Tribunais", Sao Paulo, 1998. Pág. 41.

¹⁴ HURTADO REYES, "Tutela jurisdiccional diferenciada", Palestra, Lima, Perú 2006, pág. 139.

¹⁵ LORENZETTI, Ricardo L., "La Tutela Civil Inhibitoria", La Ley 1995-C1217.

posible sino se produjo por completo el daño, si esto ocurrió solo resta resarcirlo.

5. Legitimación activa y pasiva: La legitimación es amplia, pues incluye no solo a los afectados directos sino también a quienes podrían llegar a serlo en calidad de usuarios, consumidores, etc., es decir el interés colectivo de la sociedad. Por lo demás, si estamos frente a la posibilidad de un daño a un derecho de incidencia colectiva, creemos que la legitimación debe ampliarse siguiendo los lineamientos del fallo "Halabi" de la CSJN. Indudablemente se trata de una legitimación activa amplísima.

6. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución (ni objetivos ni subjetivos).

b) SENTENCIA:

LA CONDENA: la condena se traduce en un mandato que dispone la abstención de un comportamiento ilícito y peligroso o la realización de acciones que eliminen un riesgo injusto de lesión o de su continuidad o agravamiento. La condena puede ser definitiva o provisoria y dependerá de cada caso en concreto

En todos los casos el juez debe ser muy preciso al momento de disponer la medida preventiva, teniendo en cuenta los lineamientos que marca el art. 1713.

Ante el incumplimiento al mandato judicial este se puede asegurar por cualquier **medio idóneo** acorde con las circunstancias del caso. Puede imponer astreintes (art. 666 del código Civil y 37 CPCN) o cualquier otra forma tendiente a lograr el cumplimiento mediante por ejemplo: el secuestro de productos nocivos para la salud del consumidor, o para la construcción de determinada obra, pero en la medida que se acredite la posibilidad de que se ocasione un ilícito y que además exista una conducta contraria a derecho por parte del constructor (no cumplimiento de las normas de higiene y seguridad).

LA VIA SUMARIA Y LAS FACULTADES CONDENATORIAS E INSTRUCTORIAS DE LOS JUECES.

Las facultades regulares de todo magistrado en la dirección y prosecución de la causa, como dijimos, auspician nuestra propuesta.

Como sabemos, el juez es responsable de garantizar que el proceso sea adecuadamente conducido. Para esto, acompaña todas sus facetas, controlando de cerca su desarrollo.

En tal sentido, resulta útil agregar que los arts. 34 y 36 del CPCCN establecen estas facultades. Conforme lo disponen aquéllas normas, los magistrados tienen el deber de dirigir el procedimiento, manteniendo la igualdad de las partes. Estas prerrogativas importan a nuestro criterio la necesidad de atemperar o bien, flexibilizar en algún aspecto el principio de preclusión procesal¹⁶.

En la actualidad se advierte un rol más activista en las funciones de los jueces. Es de reparar que cuando se accede a la jurisdicción a los fines de salvaguardar derechos propios, a veces, vemos como una decisión jurisdiccional intenta proteger, además, los derechos de otros, como resulta en el caso de la prevención de los daños.

Ello es así por cuanto el magistrado empezó a ser un "juez social", que intenta proteger los derechos de la comunidad.

Este avance se materializa mediante las llamadas medidas o mandatos preventivos –que tienen su origen en las facultades oficiosas que le brinda la legislación procesal- .

A partir del fallo "Altamirano", la doctrina dividió sus aguas con relación a este punto. Por un lado, se encuentran aquéllos que están de acuerdo con el dictado de medidas preventivas de oficio -flexibilizando el principio de congruencia- por considerar que actualmente el juez debe tener responsabilidad social. Por otro lado, están los que rechazan la flexibilización de este principio por entender que se vulneraría el principio constitucional de la debida defensa.

Estamos convencidos, que se necesitan jueces participativos, con compromiso social, que no caigan en la tentación populista, respetuosos de las directivas constitucionales, y que no sacrifiquen la independencia a través de sus decisiones.

¹⁶LLAMAS POMBO, Eugenio, Orientaciones sobre el concepto y el método del Derecho Civil, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, ps. 114 y 115.

La necesidad de actuar continuamente, se relaciona con el principio de celeridad, que supone concentrar actuaciones y renovar el debate únicamente cuando sea estrictamente necesario. Conocido el conflicto, el deber es resolverlo con rapidez.

Ahora bien, el problema de la rapidez no supone adherirlo a la dilación indebida, porque sólo se trata de establecer un plazo razonable, adecuado a las circunstancias de cada conflicto, pero siempre asociado al principio de economía procesal y de eficacia de la institución.

En el fallo "Losicer" el Máximo Tribunal argentino expresó que el plazo razonable de duración del proceso constituye una garantía exigible, difiriéndose a los jueces la particular determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión. Para ello, sostuvo la Corte, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de la duración razonable, tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación y que pueden resumirse en: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales y d) el análisis global del procedimiento¹⁷.

Por otro lado, en el fallo "Furlan" de la C.H.D.H, se estableció que "el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos". Opinamos que la CIDH al señalar que el impulso no debe depender "exclusivamente" de la iniciativa de las partes, expresa que —al menos en los casos en que intervienen personas en condición de vulnerabilidad— el deber de impulsar el proceso es de los jueces. Lo mismo sucede en situaciones donde lo que se pretende es evitar causar un daño —lo que incluye evitar su agravación y adoptar medidas para tales fines— donde generalmente también existen situaciones de vulnerabilidad o desigualdad.

De suyo, un esquema como el indicado es posible solamente con un Juez o Tribunal que interviene directamente en el caso; que lleva la dirección

¹⁷ Casos 'Genie Lacayo vs. Nicaragua', fallada el 29 de enero de 1997, párrafo 77 y 'López Álvarez v. Honduras', fallado el 10 de febrero de 2006; 'König', fallado el 10 de marzo de 1980 y publicado en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional 1959-1983 en Madrid por las Cortes Generales.

material del proceso y que resuelve actuando con conocimiento directo de la controversia. No es el Juez que espera los resultados de las acciones de las partes, sino todo lo contrario.

A estas alturas, es conveniente recordar algunos principios rectores de la actuación jurisdiccional.

El Principio de saneamiento procesal, también llamado de "depuración", consiste en evitar que el proceso continúe sin advertir, oportunamente, la existencia de vicios que podrían producir nulidades. Es una facultad del Juez implícita entre los poderes habituales, que se convierten en un deber del oficio cuando se sustancian conflictos como los que venimos analizando.

Otro principio importante es el de flexibilización. Es decir, el proceso debe desenvolverse dentro de un marco de celeridad y abreviación en sus trámites, se debe tender a la sumarización del proceso.

Se necesita la ampliación de los poderes del juez, tópico estrechamente vinculado con la urgente necesidad de instaurar definitivamente el principio de autoridad en estos procesos, entendido como el deber del juez de utilizar las facultades procesales instructorias, destinadas a ordenar el debate, corregir la conducta de las partes, disponer las medidas de urgencia necesarias con los supuestos de tutela determinados preferentemente, aún de oficio¹⁸, así como la posibilidad de dictar medidas para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el marco de congruencia planteado, el derecho de alegación y prueba en su defensa.

En la medida que las partes tengan suficiente posibilidad de audiencia y prueba, no existen razones para que el juez se vea impedido de esclarecer hechos, o disponer medidas precautorias de oficio, máxime en los temas de prevención de los daños.

El procedimiento no debe olvidarse tiene la naturaleza de medio, cuando intenta seguirse de forma que pone en serio riesgo la consecución del fin, ese acontecer procesal se deslegitima y se convierte en inconstitucional...¹⁹.

Creemos, que el proceso autónomo en estudio, debe prever la posibilidad de que el juez adecue el procedimiento a las especiales circunstancias de la

¹⁸ Ver Ley de Protección General del Medio Ambiente 25.675.

¹⁹¹⁹ CASTILLO CORDOVA, Luis, "Comentarios al Código Procesal Constitucional" T. I Título preliminar y disposiciones generales", 2da. edición, Palestra, Lima 2006,

causa, pues no toda controversia diferenciada merece el mismo tratamiento, se encuentra ampliamente facultado para adoptar todo tipo de medidas en la sentencia que admite la acción preventiva o con anterioridad. Puede ser de manera provisoria o definitiva. Creemos que no existe obstáculo para que, según las normas procesales aplicables, se pueda disponer –como vinimos sosteniendo- una medida cautelar durante el desarrollo del proceso.

En cuanto al tipo de procedimiento aplicable, estimamos que habrá que estar a lo establecido en la ley procesal local, el más idóneo, toda vez que dicha acción no se encuentra regulada.

La tendencia hacia la multiplicación de los modelos especiales alternativos se ha extendido. Es cierto que el pluralismo de la oferta es positivo, si está encaminado a garantizar las posiciones de los débiles, la realización de los derechos fundamentales y de la persona, por la urgencia en las situaciones particulares, cuando el proceso ordinario se revela inútil²⁰.

Sin embargo, y sin pensar en legislar un nuevo tipo de tutela especial, creemos que la mejor solución sería la vía sumarísima con el objetivo de obtener un proceso más eficiente, ajustandolo, y convirtiéndolo en un proceso ágil y desformalizado.

El modelo de proceso justo debe respetar la garantía de la defensa de las partes, es necesaria una sentencia justa, que se funde en la determinación de los hechos de la causa.

Es decir, manteniendo la forma del proceso justo, se debe conciliar el trámite del proceso **sumarísimo** articulado con la tutela provisoria de urgencia, de modo que una y otra tributen en definitiva al debido y justo proceso constitucional y convencional²¹.

Una pauta importante a tener en cuenta, se fija en el artículo 1713 referida al contenido de la sentencia a dictarse en este tipo de acciones. Se trata del criterio o principio de "menor restricción posible".

Se torna necesario entonces contar con un juez no solo sancionador sino preventor, anticipándose en el dictado de medidas que eviten lesiones graves a los derechos, y esto va depender de cada caso en concreto.

²⁰ CARPI, "La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l'oralità per un processo civile efficiente", *Revista del Processo*, n°17.

²¹ En este sentido, BERIZONCE, Roberto, "Un nuevo tipo procesal sumario .Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia". *LLey*, 12/04/2011.

De todas maneras, resulta obvio que a los efectos de analizar la viabilidad de un planteo preventivo, el hecho de que el perjuicio ya haya comenzado a efectivizarse, facilitará su admisibilidad desde el punto de vista probatorio, diferente será el caso en donde el perjuicio no se haya producido.

En aquellos casos en la previsibilidad del daño no surge notoriamente, sino que para acreditarlo se deba recurrir a la producción de varios medios probatorios, donde no hay inminencia en que el peligro se concrete a la brevedad, y no resulta evidente la responsabilidad del demandado, entendemos que el juez podrá disponer que el proceso tramite por la vía del proceso de conocimiento ordinario, sustanciándose de la manera que garantice acabadamente los derechos de las partes, sin perjuicio de que sean dispuestas medidas sobre la situación en cuestión, posteriormente a su inicio.

Cabe recordar, que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, establece en el art. 319 que todas las contiendas que no tuvieren señaladas una tramitación especial serán ventiladas en juicio ordinario salvo que se autorice al juez a determinar la clase de proceso.

Por ello, proponemos, que sin perjuicio que el código de fondo no establezca una tramitación especial para la acción preventiva de daños el juez puede aplicar la regla referida.

Pensamos, que su iniciación genera un proceso autónomo de conocimiento que tramitará por la vía sumarísima, sin perjuicio que la tutela pueda lograrse con el dictado de una medida cautelar.

Siguiendo esta línea, con el traslado de la acción sería conveniente - en la medida de la urgencia del caso- fijar una audiencia en un plazo de 48 horas, la que se notificará por Secretaría, con carácter de urgente y en lo posible de forma electrónica²², fijando una multa en caso de inasistencia. Esta procederá a los fines solucionar el conflicto, buscando el remedio que sea lo más justo para las partes y sujetos perjudicados (terceros). De no llegarse a un acuerdo –máxime que una de las fuentes de la responsabilidad civil es la autonomía de la voluntad (art. 1709 C.C.yC.)-, sobre el modo en que se implementará la tutela, en ese acto el Juez, fijara la medida de

²² Acordad 3/125 de la CSJN.

prevención y protección que considere más adecuada, la que se ordenara en forma urgente. Entendemos, que el magistrado deberá apersonarse en el lugar del hecho, de ser materialmente posible, a fin de poder evaluar la magnitud de lo relatado.

En caso de incumplimiento, como ya dijimos, los jueces podrían asegurar la eficacia de la orden por cualquier **medio idóneo** acorde con las circunstancias del caso, pudiendo imponer astreintes (art. 666 del código Civil y 37 CPCN) o cualquier otra forma tendiente a lograr su cumplimiento.

En todos los casos el juez debe ser muy preciso al momento de disponer la medida preventiva, teniendo en cuenta los lineamientos que marcan los arts. 1713 y el art. 1973.

Cabe reiterar, que los jueces deben ser cautelosos en que este mecanismo no implique una afectación a las garantías del debido proceso que deben ser celosamente protegidas por los magistrados.

V. CONCLUSIONES.

1.- A través de la función jurisdiccional el Estado debe dar certeza a los conflictos o situaciones de incertidumbre o inseguridad que se producen en la sociedad, debe buscar prevenir en lugar de reparar, dejando de lado el pensamiento clásico de la sentencia de condena resarcitoria que sirve solo para solucionar lo ya dañado, y no para evitar un daño.

2.- De lo reseñado, se puede verificar que era necesaria la regulación de un enunciado general sustancial aplicable a todos los casos en que se pretenda prevenir un daño, y creemos que para lograr este objetivo –a falta de regulación legislativa procesal-, la herramienta más idónea, sería conciliar el proceso sumarísimo articulado con la tutela provisoria de urgencia, de modo que una y otra tributen en definitiva al debido y justo proceso.

3.- Como venimos sosteniendo, el rol de los operadores judiciales en estos tiempos de crisis frente a una sociedad que exige respuestas urgentes -a problemas también nuevos- es dar una respuesta anticipatoria y rápida a la prevención de la ocurrencia del daño, por intermedio de una jurisdicción activa –conciliadora- garantizando la protección de los derechos fundamentales. Si el tiempo que precede fue el de la búsqueda incesante por la reparación de los daños, el tiempo que viene -nos atrevemos a

pronosticar- que será el tiempo de la preocupación porque los daños sean prevenidos y que los jueces asuman -como venimos diciendo- un rol social activo y creativo brindando a la comunidad en su conjunto una respuesta eficaz con las herramientas que tiene hoy a su alcance (arts. 34 y 36 del Código Procesal).