

COMISION DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL

LA TUTELA PREVENTIVA.

AUTOR: FALCUCCI LUCIANA SOFIA

**DIRECCION: ACHAVAL RODRIGUEZ N°162 PISO:3 DPTO:“A” , B° NUEVA
CORDOBA, CIUDAD DE CORDOBA , PROVINCIA DE CORDOBA**

TELEFONO : (0351)-153397175

MAIL:falcucciluciana@gmail.com

Sumario: Se abordará la tutela preventiva de la jurisdicción argentina como poder deber de los Tribunales. El tránsito de la acción preventiva como fuente indirecta del derecho y su evolución como fuente directa hoy normada en el Nuevo Código Civil y Comercial. Asimismo se analizará la evolución de la función judicial hasta llegar al juez con responsabilidad social, la influencia del llamado “mandato preventivo de los jueces” frente a terceros ajenos al proceso fundado en la protección de intereses difusos. Finalmente la repercusión de esto último en el principio de congruencia.

INTRODUCCION- TUTELA PREVENTIVA:LA ERA GANADA -EL MANDATO PREVENTIVO FRENTE A TERCEROS AJENOS - PROTECCION DE INTERESES DIFUSOS-REPERCUCION EN EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

I)- INTRODUCCION:

Por el presente trataremos la incidencia que tiene el nominado “mandato preventivo” cuando, se dirige ex officio a terceros que no son parte del proceso fundado en la protección a los en salvaguarda de intereses difusos de la comunidad evitando de esta forma probables daños. Asimismo cotejaré ésto con el principio de congruencia propio de nuestro sistema procesal a los fines de discurrir si este resulta o no lesionado.

Previamente haremos una recorrida por el “iter normativo” que transita la acción preventiva desde su gestación acogida como fuente indirecta de derecho hasta su auge actual receptada en el articulado del Nuevo Código Civil y Comercial que entrara en vigencia.

II)- TUTELA PREVENTIVA : “LA ERA GANADA”

Primeramente para adentrarnos en el tema comenzaré analizando el lugar que ocupa actualmente la tutela preventiva en el Derecho Argentino.

Esta materia ha ido ganando terreno en nuestra era y se ha impuesto frente a quienes de manera anacrónica y abstraída de la realidad circundante ponderaban el mantenimiento de la tutela resarcitoria.

Anteriormente solo se aceptaba la tutela resarcitoria; es decir procedía la reparación del daño luego que el perjuicio se había producido. Como lo ha dicho Lorenzetti, “una tesis que hemos llamado “concepción del crédito”. Ella parte de la base de que la protección de la víctima de un hecho ilícito se basa

en la adjudicación de un crédito a la reparación”¹. Ésta actuaba una vez violado el derecho.

Con el paso del tiempo se comienza a vislumbrar que el Tribunal podría actuar previo ocasionarse el menoscabo o lesionarse el derecho.

Aunque existía resistencia de la mayoría de los operadores sujetos a esquemas clásicos, la celeridad se impuso como una necesidad social frente al proceso clásico tendiente a soslayar injusticias. Se asoma doctrinariamente la existencia de una nueva mirada del derecho que privilegia su faz preventiva, sustentada en principios como el *alterum non laedere* y la tutela efectiva de justicia.

Así surge la noción de la **“tutela preventiva”** cuya finalidad principal es evitar la producción de daño. Esta no exige la demostración de la existencia de daño sino su posible acaecimiento. Es decir, exime de probar el daño ya que éste aún no ha ocurrido.” Tampoco exige atribución de culpa ya que no es posible anticipar una conducta antijurídica²

La tutela preventiva se ha ido gestando a lo largo de los años siendo receptada por la doctrina y por los estrados judiciales con motivo de los reiterados reclamos de justicia de aquellos que anhelaban ser amparados por el órgano judicial sin demora.

Frente a estas apetencias de los justiciables e invocando el famoso lema “la justicia tardía no es justicia” se alza como victoriosa en esta época a los fines de dar soluciones efectivas la denominada **“acción preventiva”**.

De esta forma, en aquellas situaciones fácticas contempladas por la tutela preventiva debe impetrarse una acción que logre dicho cometido.

La acción preventiva fue incubada de igual forma por la doctrina y jurisprudencia. La doctrina ha definido las acciones preventivas como “acciones de condena que operan en hipótesis donde no concurren vinculaciones jurídicas anteriores y que solo funcionan respecto de relaciones fácticas de las que objetivamente deriva la posibilidad de que se afecte el patrimonio moral o

¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, “La tutela civil inhibitoria” , La Ley 1995-c,1217

² Ibídem.

material de quienes la ejercitan .Dichas acciones reconocen como presupuesto la concurrencia de interés para obrar en quienes las plantean”³

Entre algunos ejemplos que se acercaban a ella contemplados en la legislación; con sustento jurisprudencial y doctrinario se podía nombrar de manera no taxativa: en el Código Civil de Vélez Sarsfield la denuncia de daño temido (Art 2499),el derecho a la intimidad (art 1071 bis), y en de la Ley de Defensa del Consumidor la acción preventiva del art 52.

Hogaño, existe un nuevo paradigma; los legisladores no se han abstraído de la realidad sino que, inmersos en ella han receptado esta nueva jurisdicción en boga dentro del plexo normativo de fondo que entrará en vigencia el mes de agosto del corriente.

De esta manera lo dispone la normativa conforme el art.1710 y siguientes del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su Libro III Título V Capítulo I Sección II. El art.1710 establece el deber de prevención del daño, de no causar daños injustificados, de adoptar medidas para que no se produzca o cese su magnitud, incluso no agravarlo si ya se ha producido. El art.1711 recepta la acción preventiva, el art. 1712 la legitimación para ejercer la misma y el art 1713 fija lo que contendrá la sentencia a dictarse innovando en razón del mandato judicial de oficio el cual expondré en el acápite siguiente.

Esta recepción normativa le otorga el carácter de acción. La acción preventiva es una verdadera acción que contiene una pretensión, un querer jurídico que “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”⁴.

³ PEYRANO, Jorge W., “La acción preventiva :modalidad a tener presente si se quiere un sistema jurisdiccional en sintonía con la hora actual,” en JA2002-II-992

⁴ Art 1711 Codigo Civil y Comercial, Ley 26994 01/10/2014

III)- EL MANDATO PREVENTIVO FRENTE A TERCEROS AJENOS - PROTECCION DE INTERESES DIFUSOS-REPERCUCION EN EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

En esta inteligencia deseo analizar la implicancia o trascendencia que tiene este actuar preventivo por parte de los jueces, nominado “mandato preventivo” cuando los mismos disponen medidas de innovar a terceros ajenos al proceso fundado en la protección de intereses difusos. Asimismo cómo repercute ésto en el principio de congruencia.

Los aportes doctrinarios son muy ricos en este tema. Para lograr la tutela preventiva el juez puede ordenar lo que se ha llamado “mandato preventivo “.En su correspondencia se ha señalado que “el órgano jurisdiccional puede y debe oficiosamente emitir órdenes judiciales (Aun respecto a terceros ajenos al proceso civil respectivo) cuando la sustanciación de un proceso le ha dado la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no” ⁵

Seguidamente plantearé dos interrogantes. A saber: ¿puede el juez aplicar una medida innovativa de oficio a los fines de prevenir el daño futuro en protección de intereses de la comunidad en su conjunto?. Por otro lado: ¿puede envistiendo este deber preventivo la manda judicial ordenar la medida innovativa a terceros foráneos al pleito fundando en la protección de intereses difusos sin lesionar la congruencia del proceso?

Actualmente el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su art.1713 establece que “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”.(el subrayado me pertenece)

⁵ PEYRANO, Jorge W. “La jurisdicción preventiva civil en funciones. El mandato preventivo despachado en el seno de un proceso cuya pretensión principal resulta desestimada” en Cuestiones Procesales Modernas ” Suplemento especial ,La Ley de octubre 2005.

Si bien la norma no prevé el actuar frente a terceros extraños al juicio si lo hace en cuanto al poder –deber del juez, otorgándole esta facultad de actuar ex officio a los fines de conjurar el daño.

A su vez el daño se encuentra definido por el mismo plexo normativo en su art. 1737 el cual reza “habrá 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.”(el subrayado me pertenece)

En esta nueva mirada del daño, se lo estudia vulnerando intereses que van más allá del interés individual.

Por lo expuesto vemos que el nuevo código fondista que entrara en vigencia le da al juez la potestad de actuar previniendo el daño de oficio. Así también la misma fuente define el daño como la lesión a un derecho de incidencia colectiva.

Siguiendo esta lógica habríamos resuelto por la afirmativa el primer interrogante planteado.

Abordaremos ahora el segundo: Se entiende por intereses difusos los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto a integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por ser parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción de fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo se extiende, por naturaleza, a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta simultánea y globalmente a los integrantes del conjunto comunitario.⁶

El aspecto cuestionable no es que el juez obre de oficio, sino que pueda hacerlo respecto de un tercero que no ha comparecido al juicio y que no ha tenido oportunidad de defensa ya que para algunos esto sería violatorio del principio de congruencia.

El aludido principio puede ser definido como “la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del

⁶ STIGLITZ, G. A. en MORELLO, Augusto M., CAFFERATTA, Néstor A., “Visión Procesal de Cuestiones Ambientales”, Ed. Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004

proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto”⁷. Es decir que conforme a tal directriz, el tribunal ha de resolver lo que ha sido motivo de discusión o debate, por lo que sólo será congruente el fallo que se expide dentro del universo conformado por la pretensión y la oposición ⁸

Parafraseando a Peyrano Jorge W. la función judicial se concebía como una suerte de boca de ley debiendo los jueces ser neutrales limitándose a lo alegado por las partes ,luego la magistratura tiene una figura de “juez teólogo” pudiendo tomar varios caminos optando por el más valioso tomando argumentos ex officio por más que no hubieran sido alegados por la partes. Finalmente expresa que el juez que se desea de hogaño es un juez con “responsabilidad social”. “Sería aquel que no usa anteojeras y que ,entonces , está dispuesto a no ignorar la realidad circundante al proceso “..se le pide que llegue” en homenaje a la solidaridad social hasta a dictar mandatos tales como el mandato preventivo que ninguna relación guardan con el tema litigioso en si y que, por ende no respetan el principio de congruencia⁹

En esta posición a la cual adhiero se hallan los lineamientos para responder al segundo interrogante. El juez puede y debe emitir órdenes de innovar de oficio incluso a terceros ajenos al pleito cuando toma conocimiento en la causa que es probable que ocurra un daño en detrimento de sujetos que no están identificados (intereses difusos)

La medida de innovar exige que se compruebe prima facie el daño irreparable por lo cual es aquella que más se ajusta a lograr la tutela efectiva de fin preventivo .La misma se ha descrito como “una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese

⁷. GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, T.I., p. 517, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, año 1968.

⁸. Sobre el tópico, el maestro Mario Augusto MORELLO, enseña que “...Lo que se visualiza como punto de arranque para arribar a la exteriorización más aprehensible de este fenómeno, son las posiciones adoptadas por las partes en sus escritos postulatorios o de alegación en tanto éstos vinculan al juez en una forma total”, “El principio de congruencia como límite a la decisión del juez en la sentencia”, en *Doctrina*, Serie contemporánea, J.A., 1972, p. 247.

⁹ PEYRANO, Jorge W., “El mandato preventivo”, *La Ley* 1991-E , cita on line AR/DOC/14732/2001

una actividad contraria a Derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor.”. .”Va más lejos ordenando sin que medie sentencia firme que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente” ¹⁰.

Como ya lo expusimos la intervención judicial preventiva se sustenta constitucionalmente en el derecho a una tutela judicial efectiva y es el poder administrador quien debe velar por la seguridad de los ciudadanos..

Si el Juez toma conocimiento en la causa de que existe una fuente productora de daños incompensables ,y tiene el poder para evitar tal menoscabo contribuyendo a una causa justa ,¿sería justo que no actuara porque las partes no lo pidieron? ¿o debería en cumplimiento de la función que embiste accionar y eliminar la fuente productora de daños preservando intereses en la sociedad de la cual él y su familia forman parte?

Así lo ha dicho La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. en su voto el ministro de Lazzari, "repugna que por el solo hecho de que nadie hubiera petitionado remover una fuente productora de daños futuros para la comunidad, el juez interviniente con motivo de un proceso generado por dicha fuente se limite a resarcir los perjuicios devengados, cerrando así los ojos a la inminencia de daños futuros evitables" ¹¹

Entiendo que no se infringe el principio de congruencia, por lo que también se responde por la afirmativa el segundo interrogante.

Sin duda la decisión judicial debe limitarse a la disputa entre las partes del proceso pero si el magistrado advierte que existe otra problemática y constata un riesgo genérico es menester que en su función y en defensa del bien común impida que este se produzca

La Constitución Nacional desde su preámbulo procura el bienestar general y en su articulado ampara derechos fundamentales de la sociedad. “La aplicación de la ley descansa en los jueces y ellos cuentan con poderes implícitos e irrenunciables en orden a salvaguardar la eficiencia de la administración de

¹⁰ PEYRANO, Jorge W “Medida cautelar innovativa” Depalma Buenos Aires 1981,p21

¹¹Corte Suprema de la Provincia de Bs.As., “Carrizo, Carlos Alberto y otra c. Tejeda, Gustavo y otra-Daños y Perjuicios” 30 de marzo de 2005

justicia, pues les 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”¹²

Es de mi consideración que mientras el fin preventivo se cumplimenta ya sea evitando el daño para la parte o para la sociedad en su conjunto no es menester caer en el riguroso formalismo del proceso sino ponderar los intereses en juego que son los que impulsan el aparato judicial a actuar en pos al bienestar social.

En definitiva, no debe dudarse de la legitimación del órgano jurisdiccional para adoptar oficiosamente medidas innovativas frente a terceros ajenos al proceso en pos del bien general. Esto no afecta la congruencia "mantener una situación semejante en desmedro del orden jurídico constantemente alterado por la subsistencia del hecho capaz de dañar, importaría tanto como crear el derecho de perjudicar si al lado se impone la obligación de resarcir"¹³.

IV-COLOFON:

-Hoy podemos decir que la tutela preventiva de daño que se encontraba agraz, ha madurado llegando a su apogeo como fuente directa de derecho, normada en el Nuevo Código de Fondo.

-La acción preventiva y el mandato preventivo oficioso hacen realidad una deseable jurisdicción para dar solución pronta y efectiva a los reclamos de los justiciables.

-El mandato de innovar impuesto a un tercero ajeno al pleito no conspira de modo alguno contra el principio de congruencia .Es una facultad y responsabilidad de los magistrados evitar futuros daños

-Hogaño el contradictorio flaquea bajo el estandarte del bien común.

¹² C.S., "Pérez de Smith", 21 XII 1978, "Fallos", 300:1282).

¹³ (Augusto Morello, yGabriel A. Stiglitz, "Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia"

