

“XXVIII° CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL”

“Modelos de Justicia: Estado Actual Y Reformas Procesales”

(San Salvador de Jujuy, Jujuy-Argentina) 10 al 12 de septiembre de 2015

Tema:

“La Sentencia de la Acción Preventiva”

Comisión 1 (Derecho Procesal Civil y Comercial) – Subcomisión. 2
(Jurisdicción preventiva).

Autor: Julia Elena Gómez Saravia

Dirección postal: 9 de Juli0 N° 62 - Cafayate - Provincia de Salta C.P. 4427

Correo electrónico: juliagom77@hotmail.com jgomezsaravia@publico.gov.ar

Teléfonos: 03868 15459072 – 0387 4219449

Síntesis de la Propuesta: En la presente ponencia vamos a desarrollar como es la sentencia resultante de la acción preventiva receptada en el Código Civil y Comercial, y como ésta viene a receptar el cambio de paradigma del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional, cuales son los institutos procesales receptados, las mayores facultades otorgadas al Juez y como se emplea un método de interpretación constitucional para llegar a dictar el pronunciamiento preventivo.

I.- Introducción:

La acogida de la acción preventiva en el Código Civil y Comercial representa un gran logro de la doctrina y jurisprudencia, las cuales bregaron para que se reconozca, legalmente y con autonomía, esta función del derecho de daños. Simboliza una gran revolución procesal porque contribuye a cambiar el estereotipo del proceso, con nuevas herramientas que deben ser introducidas en los Códigos Procesales Civiles de Argentina.

La función del juzgador se potencia, siendo necesario que tenga conciencia social de los derechos y principios en ciernes. De todo este proceso especial, el Juez tiene que decidir, y esta decisión es especial y significativa. Por ello el Código, a diferencia de otros institutos receptados en él, dedica un artículo específico a la sentencia.

El legislador le otorga al juez un gran poder ya que puede ir más allá de lo solicitado por las partes, pero a la vez le impone parámetros a seguir, por cuanto elige un método de interpretación constitucional para la toma de decisiones, que contribuye al control de razonabilidad de la respuesta jurisdiccional, por los abogados, las partes y la sociedad en general.

La sentencia preventiva¹ es el colofón de un proceso donde el juez despliega todo su *imperium* y compromiso social, siendo de vital importancia en el derecho procesal. Por ello esta sentencia, resultante del proceso y regulada por el art. 1713 del C.C.C., es el objeto del presente trabajo.

II.- Principios informantes de las sentencias: Las normativas en el Código Civil y en Código Procesal.

La Sentencia de la acción preventiva se encuentra regulada en los artículos 1713 y son también aplicables los art. 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial y en el Código Procesal Civil y Comercial, de éste último, vamos a destacar el art. 43.

El artículo 1713 del CCC establece lo siguiente: *“Sentencia. 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.”*

De este artículo vamos a destacar dos partes que son trascendentales e innovativas, que cambian los principios procesales civiles actualmente insertos en los Código de Procedimientos, a la vez que le otorga otro

¹ Arazi, Roland “La tutela Inhibitoria” en Revista de Derecho Procesal 2008 2 Tutelas procesales Diferenciadas I - Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2008, pág. 86.

contenido de la sentencia. Por un lado destacamos la posibilidad de dictar medidas de oficio, contraviniendo el principio de congruencia y por el otro el método de interpretación adoptado.

El artículo 34 inc. 4) del Código Procesal Civil y Comercial de Salta estipula: *deberes: Son deberes de los jueces: “Fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia.”*

Este artículo es idéntico al art. 34 inc. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y encontramos normas semejantes en los ordenamientos procesales provinciales.

De los dos artículos surgen principios procesales opuestos, la congruencia y su flexibilización, destacando además la diferencia entre el art. 34 y el art. 1 y 2 del C.C.C en cuanto a los elementos que sustentan al juzgador para fallar.

III.- Modelo de la Legalidad y Modelo de la Constitucionalización.

El modelo de la Legalidad, que tiene basamento en el modelo de la codificación del siglo XIX. En este modelo el juez no se puede apartar de la ley para juzgar y lo podemos representar con Montesquieu², por cuanto para él, El Juez es un ser inanimado y solo la boca que pronuncia la ley. Sigue este modelo la jerarquía de la ley.

En el Modelo constitucionalista el juez tiene que mirar todo el universo de normas, en especial la Constitución y los Tratados Internacionales, siendo su paradigma el dialogo de fuentes. A nivel procesal, esto también tiene efecto en la sujeción casi sin excepciones del principio dispositivo, siendo el juez mero observador, con su baluarte la congruencia. En cambio en el modelo constitucional, el juez cumple diversas funciones, y se exige que tenga compromiso social, pudiendo en casos extremos flexibilizar estos principios en pos de hacer justicia.

² Montesquieu “De L’ Esprit Des Lois,” lib. IX, cap. VI.

a) Jerarquía de las normas - Dialogo de Fuentes.

El estudio de la jerarquía de las normas fue parte de la ciencia jurídica moderna, que trató de sistematizar todo el derecho a través de la Pirámide de Kelsen. *“Se destaca, de este sistema la: a) la unidad, ella se logra por medio de la primera Constitución, en tanto formarán parte del sistema todas las que se deriven de ella; b) la jerarquía, significando que en la base están las normas individuales y en la cúspide las más general de todas; c) completitud: esta se posibilita por medio de normas de clausura que consagra como permitido todo lo que no está prohibido; y finalmente, d) la coherencia, al margen que si Kelsen la postuló nos parece evidente que el sistema del Estado de Derecho Legal se difundió con la enseñanza para el jurista que si detectaba alguna incoherencia, debía despejarla recurriendo a los criterios de jerarquía, temporalidad o especialidad.”*³

La “ley” era el centro del sistema y era reafirmado en reiterados pronunciamientos. Por ejemplo, la siguiente jurisprudencia: *“Es criterio de este Tribunal que la existencia y fundamentación de las sentencias definitivas e interlocutorias consagra el principio de fidelidad del juez a la ley, principio éste que debe ser observado con sumo rigor”*⁴

El Dr. Vigo en el artículo citado prosigue comparando el cambio al Estado de derecho constitucional, donde resalta la crisis del sistema jurídico ante la admisión de los principios jurídicos diferenciados de las normas.

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, el legal centrismo cambia radicalmente, con lo que se ha llamado el constitucionalismo del derecho privado, con un sistema complejo de fuentes, reglas, principios y valores, en donde, para la resolución de los casos, se preceptúa que se

³ Vigo, Rodolfo Luis “El Derecho Judicial en el Estado de Derecho Constitucional” en “Tratado de Derecho Judicial” Tomo I Editorial Abeledo Perrot - Prov. De Buenos Aires, 2013, pág. 13

⁴ Cámara de Apelaciones de Salta, Sala IV t. X, fl. 46-47 de fecha 29 de Febrero de 1988 en Loutayf Ranea, Roberto – Montalbetti de Marinaro, María “Código Procesal Civil y Comercial de Salta Anotado” T I Ediciones Noroeste Argentino – Salta 1994, pág. 126-127.

va a tener en cuenta a los principios que infunden a todo el sistema, cuya aplicación se realiza mediante un dialogo de fuentes, cambiando el paradigma procesal.⁵

El artículo 1° del C.C.C *“parte de un sistema jurídico que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, que son los que cumplen dos funciones fundamentales: 1) sentar las bases axiológicas sobre las cuales se estructura el CCyC; 2) servir de guía para resolver los casos que se presenten mediante la aplicación de diferentes fuentes”*⁶

b) El principio de congruencia y su flexibilización:

El principio de congruencia es un desprendimiento del derecho dispositivo, que exige que lo resuelto en un proceso sea idéntico a las postulaciones de las partes en cuanto a los hechos, el objeto de la litis y los sujetos, no pudiendo ir más allá que el corsé que conforman las alegaciones de las partes, bajo pena de caer en arbitrariedad.

*“Se verifica incongruencia objetiva cuando existe un desajuste entre las pretensiones formuladas en la demanda o reconvención y la decisión jurisdiccional que las dirime. En ese orden de ideas se configura incongruencia objetiva por exceso y, por consiguiente, resolución ultra petita cuando el órgano jurisdiccional concede más de lo reclamado”*⁷.

En las últimas décadas y lentamente se fue abriendo paso una concepción superadora de la congruencia, rígidamente interpretada, como si fuera una barrera imposible de franquear, justificada en que el sentenciante no puede desconocer la realidad cuando ésta tiene incidencia en el caso objeto del litigio.

⁵ Higthon, Elena “Titulo Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios Generales del Derecho Argentino” en Revista de Derecho Privado y Comunitario – 2015 .

⁶ Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo, Picasso, Sebastián Directores “Código Civil y Comercial Comentado” Pág. 5 [http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20\(arts.%201%20a%20400\).pdf](http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I%20(arts.%201%20a%20400).pdf)

⁷ De los Santos Mabel “Postulación y Flexibilización de la Congruencia (Su análisis con relación al Código Procesal Civil Peruano)” <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/Postulacion-y-flexibilizacion-de-la-congruencia-DE-LOS-SANTOS-M.pdf>

La flexibilización de la congruencia fue tratada por la doctrina como necesaria para que el juez pueda llegar a dictar sentencias más ajustadas a derecho, y fue el tema principal del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal.

Hay casos jurisprudenciales, que en juicios de reparación de daños y de oficio dictaron medidas preventivas, en interés social, excediendo el ámbito subjetivo de las pretensiones principales.

Estos casos paradigmáticos son reseñados por Roland Arazi⁸, y son los de la Cámara Federal de la Plata, Sala 3ª sentencia del 8 de agosto de 1988, por el cual se condenó por daños y perjuicios -conforme pretensión de las partes-, pero fue más allá y de oficio *“condenó a la demandada a colocar, en un plazo de treinta días, un cerco perimetral de no menos de dos metros en torno a las excavaciones inundadas, a colocar carteles bien visibles que indiquen el peligro y mantener un servicio permanente de vigilancia.”* Con el fundamento, entre otros, de *“que se había omitido alertar a terceros sobre la peligrosidad del lugar de propiedad de la demandada.”*

El otro caso reseñado es un fallo dictado por el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extrancontractual N° 4 de Santa Fe, que condenó por daños resarcitorios, pero dictó de oficio una medida preventiva, que luego fue dejada sin efecto por la Cámara de Apelaciones.

Para parte de la doctrina autoral, se dejaba entrever una evolución y aumento de las facultades de los jueces en pos a su compromiso social, que luego fue disminuyendo paulatinamente.

Ejemplo también de la flexibilización de la congruencia, es la introducción de esta facultad en la Ley General del Ambiente, en su art. 32, última parte que preceptúa *“Asimismo, en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes”*. Este texto fue

⁸ Arazi, Roland *“La tutela Inhibitoria”* en Revista de Derecho Procesal 2008 2 Tutelas procesales Diferenciadas I - Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2008, pág. 96-97.

observado por el Poder Ejecutivo mediante decreto 2413/02, retrocediéndose en este aspecto.

De igual manera la doctrina no cejó en su afán de reconocimiento. Así el Dr. Peyrano escribió que en *“las hipótesis de tutelas diferenciadas, se nota la presencia y actividad de un juez civil provisto de facultades inusuales. Puede y debe hacer lo que por lo común el juez de tutela ordinaria no puede ni debe.”*⁹

EL código Civil y Comercial en su art. 1713 recepta la flexibilidad de la congruencia al facultar al juez que, aún de oficio, en forma definitiva o provisoria, ordene obligaciones de dar, hacer o no hacer.

En el terreno procesal la introducción de los principios, valores y el dialogo de fuentes, sumado a que se considera a la condición humana como base de los derechos, ha llevado a elevar de estatus algunos principios procesales, a flexibilizar otros que no conducen siempre a la obtención de un proceso útil y a la armonización de los sistemas antagónicos con un criterio de eficacia¹⁰.

El límite que tiene el juez al resolver en un caso difícil, flexibilizando la congruencia, es la no transgresión injustificada de los principios de la tutela judicial efectiva, es decir, el debido proceso, la defensa en juicio, la igualdad, lealtad de las partes y el plazo razonable.

En base a lo expuesto se aconseja modificar el art. 34 inc. 4, del ordenamiento adjetivo para que se acople a los nuevos lineamientos fijados por el nuevo código, indicando *que el juez debe decidir según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, respetando principio de congruencia salvo en los casos exceptuados jurídicamente.*

⁹ Peyrano, Jorge W., “Que es y que no es una Tutela Diferenciada En la Argentina” en Revista de Derecho Procesal 2008-2 Tutelas Procesales Diferenciadas – I, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2008 – pág. 32.

¹⁰ De los Santos, Mabel, “Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales”, Jurisprudencia Argentina, T. 2000-I, pág. 752/761.-

III.- Método de interpretación constitucional:

La mayoría de los derechos involucrados en una contienda preventiva son originados en valores y principios fundamentales, comprendiendo, en muchos casos, intereses de incidencia colectiva o individuales homogéneos.

A los jueces se les otorga herramientas para resolver las acciones preventivas, pero se les fijan parámetros para dictar sus sentencias y para que argumenten con un procedimiento interpretativo específico. Este es otro ejemplo de la constitucionalización del derecho privado.

El legislador ha adoptado, conforme las palabras utilizadas en la última parte del artículo 1713 y los fundamentos del proyecto del Código, un método de interpretación constitucional, cual es el principio de razonabilidad, también conocido como principio de proporcionalidad. Éste método originariamente fue utilizado para determinar la constitucionalidad de las regulaciones legislativas.

El principio de proporcionalidad, de origen alemán, sigue un test de tres pasos¹¹:

1) subprincipio de adecuación o idoneidad: Explora si la decisión a tomar posee una finalidad constitucional y socialmente relevante, y si existe adecuación de los medios a esa finalidad. Examina si la decisión (obligación de dar, hacer o no hacer), es idónea para lograr la finalidad preventiva perseguida.

2) El subprincipio de necesidad: comprueba la indispensabilidad de la decisión adoptada. El Juez debe realizar un juicio de comparación entre la decisión y otra medida hipotética. Es un juicio de eficacia.

3) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: analiza que haya una relación adecuada de costos y beneficios entre los que se obtiene con

¹¹ Toller, Fernando M. "Derechos en Disputa: Interpretación Constitucional y Control de Razonabilidad en Litigios sobre Derechos Humanos" en Tratado de Derecho Judicial" directores Rodolfo Vigo y María Gattinoni de Mujía – Abeledo Perrot Editorial , Avellaneda Prov. Buenos Aires – 2013 – pág. 672.

la sentencia preventiva y lo que se impide con ello, por cuanto la medida no debe representar una carga excesiva para los afectados.

Ya Roland Arazi consideró que en la tutela inhibitoria se debía obrar con suma prudencia y con un criterio de razonabilidad y proporcionalidad para no causar perjuicios desmesurados al demandado¹².

Para resolver los conflictos los jueces deben determinar el modo de armonizar los dos derechos aparentemente en pugna, cuidando que el ejercicio legítimo de ninguno de ellos sea destruido por el otro y buscando en cada litigio el mejor ajustamiento posible de los bienes en juegos¹³

Varios tratadistas determinan que además del principio de proporcionalidad hay que aumentarle pasos fundamentales, entre los que se encuentra el estudio del contenido esencial de los derechos, introducidos positivamente en el art. 53.1 de la Constitución española y el Art. 19 inc. 1 y 2 de la Ley Fundamental Alemana, y que en nuestro terruño se encuentra incito del art. 28 de la CN, que tiene como antecedente el art. 20 de las Bases de Alberdi.

Conforme el Dr. Toller, *“en la misma base del derecho se encuentra que todo derecho subjetivo tiene vocación de eficacia, primeramente por su respeto espontaneo y, ante una amenaza o una violación ya consumada, mediante la garantía de la tutela jurisdiccional. En este sentido, a todo derecho le acompaña necesariamente una garantía y en cuanto a los derechos constitucionales, como ha afirmado la Corte Suprema, el Poder Judicial tiene la atribución y obligación inalienables de hacerlos respetar.”*¹⁴

IV.- Conclusión

El ingreso de la acción preventiva al ordenamiento común, excediendo los ámbitos especiales (consumidores, ambiente, amparo con su ámbito de

¹² Arazi, Roland ob.cit. pág. 87

¹³ Rivas Palá, Pedro, Clases de la materia Interpretación y Control de Constitucionalidad – Maestría en Magistratura y Derecho Judicial – Universidad Austral, Salta Agosto de 2014.-

¹⁴ Toller, Fernando M. “Fundamentos Filosóficos y Procesales del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva” en Tratado de Derecho Judicial - directores Rodolfo Vigo y María Gattinoni de Mujía – Abeledo Perrot Editorial - Avellaneda Prov. Buenos Aires – 2013 – pág. 672.

restringido debate y prueba) coadyuva al cumplimiento de la tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a justicia, obligando al operador a estudiar y tener en cuenta los principios y valores que se encuentran plasmados en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos.

o al principio de eficacia del proceso, otorga la solución buscada como instrumento para hacer operativo el derecho material. Lograr una armonía social y la paz buscada tutela efectiva en tiempo útil.

El juez debe distinguir entre ley, derechos y justicia, apoyado tanto en el derecho interno como en el supranacional, no identifica el derecho con la ley sino que opera con principios, guiado por la razonabilidad o proporcionalidad.

De esta manera, con el artículo N° 1713 se crea un sistema de contrapeso y control de la decisión jurisdiccional, al darle mayores facultades a un juez activista y comprometido con el Proceso pero estas facultades no dependen exclusivamente de elementos volubles del Juez sino de un método de pasos, donde los elementos principales son los principios.

Queda como posibilidad la acción preventiva para enervar las leyes, pues es éstas originariamente eran objeto de test proporcionalidad para determinar su constitucionalidad. El desarrollo queda en manos de los operadores jurídicos, especialmente de los jueces, pero se auguran buenos resultados, pues son buenos los elementos con los que se puede contar.