

## **XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL JUJUY 2015**

### **Comisión N° 1: Derecho Procesal Civil.**

**Tema:** “Jurisdicción Preventiva”

### **TÍTULO DE LA PONENCIA:**

***“EL NUEVO ROL DEL JUEZ EN LA PREVENCIÓN EN MATERIA DE DAÑOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION”***

**AUTORES:** LEONARDO GONZÁLEZ ZAMAR - CLAUDIA ZALAZAR

**Síntesis:** La asignación de un marco procesal a la "tutela y acción preventiva" contenida en el art. 1710 y ss. del CCCN impone partir de las premisas o paradigmas sustentados por el nuevo código fondal: la constitucionalización del derecho privado, la interpretación de la ley y el nuevo rol del juez. El justiciable tiene libertad para escoger dentro de diversas alternativas legales para reclamar la tutela preventiva, la que le resulte adecuada según el contenido concreto de su reclamo, teniendo en consideración la urgencia de la pretensión, y la naturaleza de los derechos en juego. Según las circunstancias, son vías aptas para reclamar la tutela preventiva, las medidas autosatisfactivas, la acción de amparo y el juicio declarativo, con la alternativa para los últimos dos casos de reclamar una medida de tutela anticipada. La resolución que admite la tutela preventiva debe ser “razonablemente fundada” atento lo dispuesto por el art. 3º CCCN.. El mandato que contiene tal resolución en los términos del art. 1713 CCCN, importa una flexibilización al principio de congruencia. El juez al dictar las medidas correspondientes lo hará ponderando los “criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo”, es decir que importen el menor cercenamiento posible a los derechos del afectado por la orden judicial.

### **DATOS DE CONTACTO DE LOS AUTORES:**

#### **LEONARDO GONZÁLEZ ZAMAR:**

**Dirección postal:** Bolívar N° 376 Piso 12 dpto. “A” Ciudad de Córdoba (CP 5000).

**Cel:** 0351-153401968. **Correo electrónico:** lgonzalezzamar@yahoo.com.ar

#### **CLAUDIA ZALAZAR:**

**Dirección postal:** Caseros 551 – 2º piso- Ciudad de Córdoba (CP 5000)

**Cel:** 0351- 152288791. **Correo electrónico:** cursoszalazar@gmail.com

## **XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL JUJUY 2015**

### **Comisión Nº 1: Derecho Procesal Civil.**

#### **Tema: "Jurisdicción Preventiva"**

#### **TÍTULO DE LA PONENCIA:**

***"EL NUEVO ROL DEL JUEZ EN LA PREVENCIÓN EN MATERIA DE DAÑOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN"***

**AUTORES: LEONARDO GONZÁLEZ ZAMAR (\*) - CLAUDIA ZALAZAR (\*\*)**

**Sumario:**I. La prevención en general. II. La constitucionalización del derecho privado y el nuevo rol del juez en el Código Civil y Comercial de la Nación. II.a) Constitucionalización del derecho privado. II.b) La interpretación de la ley. II.c) El nuevo rol del juez. III. El juez ante la tutela y la acción preventiva. IV. Presupuestos de procedencia de la tutela preventiva. V. Alternativas procesales para la puesta en marcha de la tutela preventiva. VI. Contenido de la sentencia. VII. Conclusiones

#### **I. La prevención en general**

La prevención en general, y la "tutela preventiva" en particular, ha pasado a ser en los últimos años uno de los grandes temas del derecho; no sólo a nivel nacional sino también internacional, y en todos los ámbitos y poderes del Estado; partiendo de la premisa que realizando una buena prevención se desvanece o disminuye la necesidad de la reparación del daño injustamente causado.

Quizás la forma más simple de comprender al instituto es recurriendo al adagio "más vale prevenir que curar". Al respecto podemos mencionar los fuertes impactos que ha tenido la prevención en materia de salud, ambiente y en el derecho laboral <sup>(1)</sup>, sobre todo cuando se encuentran en juego los

---

(\*) Vocal Cám. 1º Apel. Civ. y Com. Ciudad de Cba. Prof. Adjunto Cát. C Teoría Gral. Proceso UNC.

(\*\*) Vocal Cám. 5º Apel. Civ. y Com. Ciudad de Cba. Prof. Der. Procesal UBP

<sup>1</sup> La obligación de prevención de daños resulta impuesta por la legislación laboral. Así la ley 24.557 obliga al empleador y a su aseguradora a prevenir eficazmente los riesgos del trabajo (arts. 4º ap. 1º y 31).

derechos humanos y en particular el postulado del "pro homine" que obliga al juez a su protección.

Un tema de alta sensibilidad en los últimos tiempos es el de la "violencia doméstica" y la falta de respuesta del Estado a dicho problema. En este orden de ideas es dable referir, que los tratados internacionales suscriptos por nuestro país establecen para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, la obligación del Estado de la adopción de medidas tendientes a la prevención, sanción y eliminación de hechos de violencia ocurridos en el marco de una vida familiar.

En los últimos treinta años, la comunidad internacional ha reconocido cada vez más la violencia contra la mujer como problema de salud pública, violación de derechos humanos y barrera al desarrollo económico. En 1993, en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció oficialmente el derecho de la mujer a vivir libre de violencia, derecho que se plasmó posteriormente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como "Convención de Belem do Pará" a la cual adhirió nuestro país mediante ley 24.632 que en su art. 7.º, además de condenar en forma expresa todas las formas de violencia contra la mujer y comprometerse a adoptar por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a **prevenir**, sancionar y erradicar dicha violencia, establece claramente la responsabilidad del Estado.

En materia de salud debemos considerar los siguientes instrumentos: el artículo 12 del "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" que dispone que "Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que los Estados partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) la creación

---

Asimismo se impone al empleador observar las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo (arts. 62 y 75 ap. 1º LCT) y a la aseguradora el deber de controlar ello y denunciarlo en caso de incumplimiento, sin perjuicio de su deber de promover la prevención (31ap. 1, inc. a.LRT).

de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad". En el mismo sentido la Ley de Salud Mental Nacional N° 26657 como la ley provincial, establecen dentro de los paradigmas de dichas leyes, la "prevención, promoción, tratamiento, rehabilitación y reinserción social" de las personas con padecimiento mental; prevención que no es sólo materia de la salud pública, sino que repercute igualmente en la prevención al consumo de drogas, del alcohol, etc.

En la protección del ambiente, se encuentra reafirmada la esencia del orden público por su directa vinculación con la salud de la población, la calidad de vida y la dignidad de la persona humana. En su ámbito se acentúan principios ambientales como el de solidaridad, cooperación, **prevención**, precautorio, de progresividad, responsabilidad, sustentabilidad y el que deriva del carácter la equidad intergeneracional.

En estas cuestiones y en la órbita del Poder Judicial, el rol del juez ha cambiado sustancialmente, rotando hacia una posición de mayor compromiso y protagonismo y con una participación mucho más activa en el proceso lo que ha permitido afirmar – a nuestro juicio con acierto- que: *"En el nuevo marco procesal, es papel irrenunciable del juez el que hace a su participación activa, con miras a la prevención del daño ambiental, donde debe buscarse "prevenir más que curar" (²).*

Así la cosas, la función del juez, como miembro de la comunidad, debe propender a dejar a las generaciones futuras un mundo mejor, por lo que no puede ser un mero espectador en las cuestiones ambientales, debiendo ejercer una doble responsabilidad como juez y parte interesada en la conservación del ambiente. Por ello debe asumir un papel proactivo, procurar la verdad real y, en definitiva, buscar una protección efectiva del ambiente, creando un nivel distinto de consideración del problema, un conjunto de valores en los que el *"juez es parte porque le interesa que el agua que bebe siga siendo fresca, cristalina, pura, porque le interesa que el aire que respira mantenga sus condiciones" (³).*

---

<sup>2</sup>Suprema Corte de Bs.As 19/5/98 "Almada Hugo v Copetro S.A. y otro"; "Irazú, Margarita v Copetro S.A. y otro. L.L.B.A.. 1998-94.

<sup>3</sup>Pigretti, Eduardo A., "Derecho ambiental profundizado" 2003 Ed. L.L.,pág. 10.

El interés del juez parte de distintas vertientes, a saber: a) su deber de aplicar la Constitución que en su art. 41 lo obliga, como a cualquier habitante a cumplir con su obligación de “...*defender el medio ambiente*”; b) su deber de velar por intereses superiores de la comunidad, derechos humanos constitucionalizados de los individuos y la sociedad, en donde se encuentra insoslayablemente en juego el orden público.

Esto deriva del principio precautorio consagrado en la Ley 25.675, al establecer que cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente <sup>(4)</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho sabiamente que *“El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental, no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones por venir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente”* <sup>(5)</sup>.

En este camino, hacia la eficacia del derecho ambiental, la figura del juez resulta de suma importancia, siendo necesario un nuevo perfil que es justamente el que pone de resalto el art. 32 de la LGA. Se pretende, decisivamente, modificar el rol del juez de la legislación procesal civil, emergiendo un juez con mayores poderes y deberes; así con facultades para “disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”. Es más, se regla que aún de oficio, sin petición alguna de parte, en

---

<sup>4</sup>Rodríguez, Carlos, “Derecho ambiental argentino”, Ed. Moglia, Corrientes, 2005, págs. 44/45).

<sup>5</sup> C.S.J.N., 20/06/2006, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros”, Fallos: 329:2316.

cualquier estado del proceso, disponga con carácter de medida precautoria, para esta materia, medidas de urgencia, sin audiencia de la parte contraria (<sup>6</sup>).

En el mismo sentido se ha dicho que *“La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales...”*(<sup>7</sup>).

## **II.La constitucionalización del derecho privado y el nuevo rol del juez en el Código Civil y Comercial de la Nación**

A los fines de poder entender la llamada "tutela y acción preventiva" contenida en el art. 1710 y ss.del CCCN y asignarle un marco procesal que la contenga, debemos partir de las premisas o paradigmas sustentados por el nuevo código fonal: la constitucionalización del derecho privado, la interpretación de la ley y el nuevo rol del juez.

### **II.a)Constitucionalización del derecho privado**

Siguiendo a la Dra. Highton (<sup>8</sup>) diremos que si bien la mayoría de los códigos existentes se basa en una división tajante entre el derecho público y el privado, en este nuevo Código, se toman muy en cuenta los tratados en general, y en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos por todo el bloque de constitucionalidad. "En este aspecto innova profundamente al receptar la *constitucionalización del derecho privado* y establece una comunidad de principios entre éste, la constitución y el derecho público."

Ello es así, ya que a partir del siglo XX el eje central ha dejado de ser la ley y ha pasado a ser la "Constitución", entendida ésta como un verdadero

---

<sup>6</sup> Cam. Fed. La Plata, Sala II, "Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE - EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora", 8/06/03.

<sup>7</sup> CSJN, 20/06/06, Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (Daños Derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo).

<sup>8</sup>HIGHTON, Elena I. "Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial", La Ley 13.04.2015

Derecho, que se asienta en el principio de constitucionalidad y la llamada "*interpretación conforme*" a través de la cual, toda interpretación tiene como centro de gravedad la Carta Magna.

Asimismo y a partir de lo dispuesto por el art. 75 inciso 22 de la CN que da nacimiento al "*principio de convencionalidad*", los tratados de derechos humanos -y todos los que conforman el bloque de constitucionalidad" ya no son derecho internacional, sino derecho interno; los que han impactado fuertemente en el derecho en general (<sup>9</sup>).

Si bien ambos principios -el de constitucionalidad y el de convencionalidad- han sido receptados por nuestro país (<sup>10</sup>), resulta loable su mención en un código de derecho privado, a los fines de que podamos zanjar dicha división y establecer ese diálogo de principios y fuentes. En tal línea, era un lugar común sostener que la prevención coercitiva del ilícito pertenecía a la órbita del derecho público, y más concretamente una labor de policía del Estado. Sin embargo, actualmente se considera que la prevención constituye una de las funciones esenciales del derecho de daños (<sup>11</sup>), tal como lo regula el CCCN, dentro de la responsabilidad civil. De tal modo, el derecho privado no se limita a regular lo relativo a la "reparación" de los daños producidos, sino que se adelanta a ello y establece el deber de "prevenir" su producción, a fin de evitar el daño antes que repararlo.

---

<sup>9</sup>La incidencia del derecho supranacional al ingresar a la Constitución a través de la reforma del año 1994 ha sido destacada por la Corte Suprema: "...una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó la Convención Constituyente de 1994 fue la de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 745 inc. 22). Así la reforma constitucional reconoció la importancia del sistema internacional de derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones...Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos.."Caso "Arriola", 25/8/09, LA LEY 2009-E , 468.

<sup>10</sup>CIDH, Serie C, n° 154, caso "ALMONACID" del 26.09.2006, pag 124; CSJN, 13.07.2007, "MAZZEO Julio L. y otros" Fallos 330:3248)

<sup>11</sup>. Zavala de González, Matilde "La tutela inhibitoria contra daños", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley Año I, N° 1, enero-febrero 1999, N° II, p. 2. También señala la autora que la prevención de daños injustos constituye principio general del derecho, y que reviste trascendencia la directiva de no dañar: impedir la causación de perjuicios injustos y de haber sucedido, coartar su continuidad o agravación. Vid, su obra Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar. Edit. Hammurabi, año 2004, p. 239

En esta línea, nos surge el siguiente interrogante: ¿cómo incide esta constitucionalización?

a) en el *pluralismo de las fuentes* (art. 1 y 2 del CCCN) a los fines de lograr una conexión entre las esferas del derecho público y el derecho privado.

De la lectura del artículo 1º del CCCN surgen en primer lugar como fuente, las leyes que resulten aplicables, incluyendo -como hemos visto- que deben ser contestes con la Constitución Nacional y con los tratados de derecho humanos. Finalmente establece los usos y costumbres -agregando las prácticas- que pueden ser fuente sólo cuando las partes lo adopten y la situación no se encuentre regulada, y no se opongan al conjunto normativo.

Lamentablemente, el Poder Ejecutivo ha derogado como fuente la jurisprudencia; inclusión que consideramos que hubiera sido adecuada como fuente obligatoria. Aunque podría pensarse que si se le diera rigidez como fuente, eso no nos ayudaría a la adaptabilidad y evolución en la interpretación y aplicación de las normas, estimamos que debe tenerse en cuenta el efecto que tienen los fallos dictados por la CSJN o el Tribunal Superior de Justicia; dado que el juez inferior grado o instancia debe fundamentar el apartamiento de la doctrina judicial ya consolidada <sup>(12)</sup>

b) en el *principio de sociabilidad de los derechos*, ya que el nuevo código consagra los derechos de incidencia colectiva ya reconocidos por la CSJN en el caso "Halabi". Ahora bien se establecen una serie de reglas, y los derechos individuales se encuentran limitados en su ejercicio (buena fe, abuso del derecho y el abuso de posición dominante, arts 9, 10 y 12 del CCCN) y a su vez no deben afectarse los derechos de incidencia colectiva -ni el ambiente- (art. 14 CCCN); a los fines de procurar siempre el equilibrio entre ambos.

## **II.b) La interpretación de la ley**

Como segundo paradigma cabe mencionar que el art. 2º del CCCN ordena los principios interpretativos estableciendo que se debe dar prioridad a

---

<sup>12</sup>TSJ de Cba. in re: "Martin, Antonio Bernardo c/ Piemontesi, Pablo Gabriel y otro— Ejecutivo por cobro de cheques, letras o pagarés-Recurso de Inconstitucionalidad " AI Nº 3 del 03.02.15

las palabras y la finalidad de la ley (no a la intención del legislador), como a las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos; incluyendo a tal fin a las leyes análogas y de manera especial a *"los principios y valores jurídicos"*; agregando que la hermenéutica debe ser realizada de un modo *coherente* con todo el ordenamiento.

De ello podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) Propone una valoración en forma sistémica, de manera que el resultado para el caso concreto (art. 1) sea consistente con todo el ordenamiento.

b) Se incluyen las leyes análogas ya no como fuentes sino como criterio de interpretación, para darle mayor libertad al juez.

c) Asienta el principio de la "interpretación conforme" a los tratados internacionales, que ya hemos desarrollado.

d) Pregonar una interpretación adaptativa y evolutiva, para lo cual se han previsto cláusulas abiertas generales para permitir esa adaptación.

En definitiva, a la luz de estos conceptos el intérprete debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad; procurando que no conduzcan a resultados axiológicamente disvaliosos, sobre todo a los fines de no alterar el equilibrio del conjunto. Sobre el punto ya ha dicho la CSJN que *"La justa solución del caso concreto no debe buscarse a través de la fría formulación de silogismos, sino mediante una selección axiológica que persiga la justicia del caso concreto, siendo claro que no existe una recta administración de justicia cuando los jueces aplican la ley mecánicamente y con abstracción o indiferencia por las consecuencias que esa aplicación tiene para las partes y de un modo distinto, pero no menos trascendentes, para el cuerpo social todo..."* <sup>(13)</sup>.

Por todo ello, consideramos que es importante el proceso de implementación a los fines de lograr la adaptabilidad de las normas conforme a las necesidades de la población; para lo cual necesitamos de un amplio activismo judicial y acentuar el sentido común como norma directriz de interpretación y aplicación al caso concreto.

---

<sup>13</sup>CSJN "Decavial SA"; TSJ Bacon Social c/ Zucaría" "Tamagnone c/ Brega", etc

### **II.c.El nuevo rol del juez**

A la obligación del juez de resolver todo asunto traído a su jurisdicción el art.3º impone que la decisión debe ser "razonablemente fundada" (<sup>14</sup>); expresión que se ajusta a la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia. Es realmente loable la aplicación de la "razonabilidad" en muchas de las normas consagradas en este nuevo código.

Podemos resaltar en este acápite lo sostenido por la CSJN cuando expresa que "La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad..." (<sup>15</sup>).

### **III. El juez ante la tutela y la acción preventiva**

Consideramos que la primera función preventiva del juez se encuentra contenida en los principios generales del derecho, ya que el art. 10 del CCCN establece que el magistrado ante la verificación de un ejercicio abusivo de un derecho debe adoptar las medidas que sean necesarias para evitar la perduración o concreción de los efectos de tal ejercicio abusivo, sea que provenga de un acto concreto, como de una situación jurídica abusiva. Es más si fuera posible y razonable, el juez debe procurar la reposición de las cosas a su estado anterior al ejercicio abusivo y en su caso, tomar las medidas reparatorias o resarcitorias correspondientes.

Como puede verse el art. 10 mencionado tiene un doble contenido preventivo y reparativo; pero establece liminarmente la obligación del juez de prevenir los daños que puedan ser causados por actos o conductas abusivas; por lo que debemos concluir sin hesitación alguna que se trata de uno de los supuestos de aplicación del art. 1710 a 1715 del CC y que el juez está legitimado para prevenir en materia de daños, en el marco legal. Tal deber de prevención impuesto por la ley al magistrado, resulta mayor cuando se

---

<sup>14</sup>En la Provincia de Córdoba, se impone a los jueces la obligación de fundar lógicamente y legalmente las sentencias (art. 155 Const. Pcial. y art. 326 Cód. Proc. Civ. y Com.).

<sup>15</sup>CSJN "Q:C.S Y c/ Gobierno de la Provincia de Buenos Aires/ amparo" 24.04.12

encuentren en juego derechos amparados por los tratados de derechos humanos como son la salud, el derecho de los niños, el ambiente, la erradicación de la violencia doméstica, los derechos de los consumidores.

#### **IV. Presupuestos de procedencia de la tutela preventiva.**

La noble legislación sustantiva establece en su art. 1710, el deber general de evitar causar un daño no justificado, plasmando uno de los centrales principios del derecho: no dañar al otro (*alterum non laedere*). También impone que deberán adoptarse en cuanto dependan de la persona, las conductas positivas o de abstención conducentes para impedir la producción o agravamiento del daño (<sup>16</sup>).

Conforme al juego armónico de las reglas y principios de la citada normativa, la acción preventiva se encuentra supeditada a la concurrencia de los siguientes presupuestos: 1) una acción u omisión antijurídica que hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, y 2) que el reclamante acredite un interés razonable en la prevención del daño (arts. 1711 y 1712 CCCN).

La antijuridicidad de la actividad u omisión deben ser examinadas en relación al interés del reclamante de la tutela, en base a un juicio de valor que no se limite al aspecto relativo a la mera legalidad del acto que se reputa previsiblemente dañoso. Puede ocurrir que una actividad determinada cuente con autorización administrativa para realizarse, pero no por ello deja de ser probablemente dañosa, por lo que habrá que ver en el caso, si el obrar u omisión, puede ocasionar daño –continuarlo o agravarlo- frente a quien acredita un interés razonable.

Por su parte se prevé una legitimación amplia a favor de todo aquél que acredite un interés razonable, sea de modo individual o colectivo, contemplado según las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la finalidad del instituto. Como sujeto pasivo de la pretensión puede encontrarse tanto a un particular como al propio Estado.

---

<sup>16</sup> Galdós, Jorge Mario en la obra Cód. Civ. y Com. De la Nación. Comentado. –Ricardo Luis Lorenzetti, Director- T. VIII, Ed. RubinzalCulzoni, año 2015, pag. 294.

La normativa en comentario sabiamente, no subordina la acción preventiva a la concurrencia de ningún factor de atribución. Y ello se explica pues tales factores tienen razón de ser a la hora de establecer la responsabilidad resarcitoria del daño, pero no en materia preventiva donde el inmediato fin de la tutela es lisa y llanamente: prevenir la producción, continuación o agravamiento de un daño, provocado por una acción u omisión antijurídica.

## **V. Alternativas procesales para la puesta en marcha de la tutela preventiva.**

El Código Civil y Comercial de la Nación fija las bases sustanciales de la tutela preventiva, debiendo completarse a través de la legislación procesal, las particulares cuestiones del trámite. Mientras tanto, el justiciable puede echar mano, según el contenido concreto de su reclamo, a diversas herramientas para el logro de una efectiva tutela preventiva. En otras palabras, según las circunstancias del caso, la urgencia de la pretensión, y la naturaleza de los derechos en juego; el interesado podrá optar por la alternativa legal más idónea a tales fines.

Una opción para reclamar la tutela preventiva, es a través de la medida autosatisfactiva <sup>(17)</sup>, peticionando de manera autónoma el despacho de una resolución judicial que ordene dar, hacer o no hacer algo, a favor de quien acredita un interés razonable y en contra de quien con su obrar u omisión pueda ocasionar previsiblemente un daño o su agravamiento. En tales casos la respuesta jurisdiccional se agota con el dictado de la medida correspondiente <sup>(18)</sup>.

En tal línea, deberá acreditarse la urgencia impostergable ante la ocurrencia del daño o su agravamiento que justifique el dictado de la medida y la prestación de contracautela. El trámite en tales casos será el regulado para el instituto, y en su ausencia, previa vista a la contraria o fijación de una audiencia en presencia del juez, previo al dictado de la resolución.

Otra alternativa para solicitar la tutela preventiva es a través de la acción de amparo (art. 43 Const. Nac.). Esta vía que es utilizada corrientemente v.gr.

---

<sup>17</sup>Diversas provincias ya tienen reguladas las medidas autosatisfactivas. Así pueden citarse a la de Corrientes (arts. 785 a 790 del Cód.Proc. de Corrientes), Chaco (art. 232 bis, incorporado por ley 4559), La Pampa (art. 305). En otras provincias como la de Córdoba, donde no se encuentran aún previstas legalmente, la jurisprudencia exhibe diversos precedentes que las admiten.

<sup>18</sup> Peyrano, Jorge W., “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares, tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, J.A. 1997-II- 930 y del mismo autor, “Lo urgente y lo cautelar”, en J.A. 1995-II-899

en cuestiones de salud, derecho de consumidores, discriminación, ambiente, supedita su procedencia a que la lesión o su amenaza de derechos y garantías constitucionales, en forma actual o inminente, provengan de un obrar u omisión de autoridades públicas o de particulares, con “arbitrariedad e ilegalidad manifiesta”. También puede peticionarse la tutela preventiva a través del ejercicio del habeas data en las condiciones previstas en el art. 43 3º párr.. Const. Nac.

Asimismo podrá reclamarse la tutela preventiva por medio de una demanda en un juicio declarativo con procedimiento sumario o abreviado, vía en la cual se podría además solicitar –en su caso- la reparación de daños y perjuicios. Tanto en esta alternativa como en el supuesto de utilizarse la acción de amparo, o el habeas data, resultará viable solicitar el dictado de una “tutela anticipada” como medida cautelar que adelante la cobertura relativa a la prevención del daño, o a fin de que cese su producción o agravamiento. A tales fines, en aquellos ordenamientos que no tengan prevista dicha medida podrá acordársela bajo la forma de una medida cautelar innovativa –v.gr. art. 232 CPCCN- siguiendo las pautas del caso “Camacho” <sup>(19)</sup>.

#### **VI. Contenido de la sentencia**

Es importante apuntar que la resolución que en definitiva se emita al respecto –sentencia o auto-, deberá ser “razonablemente fundada” atento lo dispuesto por el art. 3º CCCN.

A su vez el decisorio que admita la tutela preventiva, deberá disponer provisional o definitivamente, y a pedido de parte o bien de oficio, la obligación de dar, hacer o no hacer, para prevenir el daño, o su continuación o agravamiento. Tal alternativa que prevé la ley de que el juez disponga aún de oficio las obligaciones correspondientes, importa una clara flexibilización del principio de congruencia y refleja la necesidad de un rol “comprometido, activo y realista” del juez, acorde a los reclamos de la sociedad actual y acorde a la télesis del instituto.

En esta senda debe repararse en el sabio mandato del nuevo ordenamiento que establece que el juez al disponer tales medidas, debe hacer un juicio de valor, ponderando los “criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo”. El fin de la norma es que se acuerde la tutela preventiva reclamada, pero dictando medidas que importen el menor cercenamiento posible a los derechos del destinatario y buscándose siempre el medio más apto, mandato que resulta coherente con el de que la decisión sea “razonable” –art. 3º CCCN-.

#### **VII. CONCLUSIONES.**

---

<sup>19</sup> En tal línea, constituye un paradigma en la materia, la interpretación y solución de la Corte Suprema en el caso “Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf S. R. L. y otros”, 7/08/1997, LA LEY 1997-E, 653 - DJ 1997-3, 591.

1. La prevención en general y la "tutela preventiva" en particular, ha pasado a ser en los últimos años uno de los grandes temas del derecho. La función preventiva desvanece o disminuye la necesidad de acudir a la reparación del daño injustamente causado, con los beneficios que ello implica.

2. La asignación de un marco procesal a la "tutela y acción preventiva" contenida en el art. 1710 y ss. del CCCN impone partir de las premisas o paradigmas sustentados por el nuevo código fondal: la constitucionalización del derecho privado, la interpretación de la ley y el nuevo rol del juez.

3. Los presupuestos de procedencia de la tutela preventiva son: 1) una acción u omisión antijurídica que hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, y 2) que el reclamante acredite un interés razonable en la prevención del daño

4. El Código Civil y Comercial de la Nación fija las bases sustanciales de la tutela preventiva, debiendo completarse a través de la legislación procesal, las particulares cuestiones del trámite. Mientras tanto el justiciable puede echar mano, según el contenido concreto de su reclamo, a diversas herramientas para el logro de una efectiva tutela preventiva, teniendo en consideración la urgencia de la pretensión, y la naturaleza de los derechos en juego. Según las circunstancias, serán vías aptas para reclamar la tutela preventiva, las medidas autosatisfactivas, la acción de amparo, el habeas data y el juicio declarativo, con la alternativa de reclamar en las últimas tres vías, una resolución de tutela anticipada como medida cautelar que adelante la cobertura relativa a la prevención del daño, o a fin de que cese su producción o agravamiento.

5. La resolución que admite la tutela preventiva debe ser "razonablemente fundada" atento lo dispuesto por el art. 3º CCCN.. El mandato que contiene tal resolución en los términos del art. 1713 CCCN, importa una flexibilización al principio de congruencia. El juez al dictar las medidas correspondientes lo hará ponderando los "criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo", es decir que importen el menor cercenamiento posible a los derechos del afectado por la orden judicial.