

XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal

**“Modelos de Justicia: Estado Actual y Reformas
Procesales”**

COMISIÓN 1

JURISDICCIÓN PREVENTIVA

PONENCIA

**TÍTULO: ACCESO A LA JURISDICCIÓN PREVENTIVA. NORMATIVA
NACIONAL Y DE LA PROVINCIA DE TUCUMÁN**

AUTOR: CECILIA LEONOR PONSO

**Profesora Derecho Procesal Civil Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán**

DIRECCIÓN: 25 DE MAYO 782 – P. 12; DPTO. “A”

TELÉFONO : 0381-4222033

CORREO ELECTRÓNICO: ponsocecilia@hotmail.com

SÍNTESIS DE LA PROPUESTA

Se analiza la tutela judicial preventiva desde la doctrina nacional y la aplicación normativa en la provincia de Tucumán. Se considerará la utilidad práctica de la acción preventiva y del mandato preventivo en los tiempos actuales, frente a la necesidad de prevenir los daños. Asimismo se toma en

cuenta el accionar de los jueces ante la falta de legislación respecto de institutos preventivos eficaces al momento de impartir justicia intentando determinar el alcance de la expresión “justicia efectiva”.

INTRODUCCIÓN

La eficacia de la justicia es la aspiración de todo ser humano que acude a ella y entrega sus derechos, sabiendo que será firmemente amparado por los tribunales.

Cuando examinamos las instituciones del derecho procesal civil, llegamos siempre al instante en que éstas adquieren el rango de derechos cívicos o fundamentales, y es por ello que esta rama del derecho, que por tanto tiempo fue considerada menester de la justicia forense es, en si misma, el instrumento mas directo de la realización de la justicia.

No dejaremos de predicar que el proceso debe ser idóneo para el ejercicio de los derechos; lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro como para no angustiar por restricción al demandado.

Sin embargo, cuando los reclamos frente a la administración de justicia no son satisfechos en *tiempo oportuno* se produce una disociación entre ciudadanía y tutela jurisdiccional del Estado.

Visto de esta manera, hay que prestar atención y reflexionar sobre las múltiples variantes que ofrece la litigiosidad moderna, sumándose a ella una exigencia sobremarcada respecto de una enérgica tutela preventiva, la necesidad de afirmar la eficacia de la jurisdicción, los desórdenes (costo-tiempo-técnica) de las normas procesales y la realidad, la presión de la sociedad en constante demanda de un profundo cambio en la experiencia del Servicio Judicial, conforme expresiones emanadas desde el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal y aún vigentes.

Si se pretendía lograr el reconocimiento de derechos a través del resarcimiento, hoy se puede exigir evitar el daño sin necesidad de acudir a todo un andamiaje administrativo que insume costos y tiempos que en definitiva resultan inoperantes a la inmediatez de los efectos requeridos.

La doctrina y la jurisprudencia avanzaron sobremanera en el tema tendiente a lograr una mayor efectividad en lo que respecta a la protección de los derechos y la recepción legislativa amplió el horizonte lo suficiente como para exigir hoy la celeridad suficiente en las decisiones judiciales. Ya no es solo una función administrativa del Estado que se ejercía a través del poder de policía.

Además, la aparición de la cartera de derechos inherentes a grupos predeterminados como serían los correspondientes a los derechos colectivos en sus distintas variantes jurídicas, impone nuevas consideraciones inmediatas legislativas y judiciales frente a sus válidos reclamos.

La correcta aplicación de la tutela preventiva y la decisión de los jueces en su aplicación, colocará, en definitiva a los justiciables en una situación de plena confianza frente al sistema de Derecho.

EL AVANCE EN LA FUNCIÓN PREVENTIVA

La acción preventiva tiene como finalidad, principalmente, evitar la realización de un acto contrario a derecho o la producción del daño (ejemplo: existiendo un canal abierto por tareas de soterramiento sin indicaciones de peligro, los vecinos accionarán a fin de evitar accidentes para peatones y automovilistas para que se delimiten correctamente los márgenes seguros con elementos adecuados y visibles tanto de día como de noche; si serán divulgadas imágenes de la vida privada de una persona se exigirá la tutela judicial para evitar la distribución, etcétera). También puede utilizarse para prevenir la reiteración de hechos ilícitos dañinos como daños al medio ambiente en forma reiterada.

Si bien en un principio la tutela se diseñó con fines resarcitorios y, básicamente de índole patrimonial frente al daño ya acaecido, hoy lo que pretendemos es justamente no llegar a sufrir el daño que nos llevaría a desarrollar una actividad judicial extensa y quizá extemporánea o “inútil” para proteger nuestros derechos. Se pone relieve en la prevención de la que ya hacían gala los romanos.

En resumen, la finalidad precautoria y preventiva es equivalente, pues, a través de ambas se pretende evitar la ocurrencia de un daño, más el principio precautorio responde a la idea de riesgos hipotéticos mientras que el preventivo refiere a riesgos ciertos y previsibles. En el ámbito de aplicación de la prevención, la existencia de un hecho se puede determinar empíricamente, cosa no posible en el campo precautorio.

La Constitución Nacional consagra en el art. 43 la modalidad del amparo preventivo. Es así como se acepta que la conducta objetable en el amparo puede consistir también en una amenaza que responde a un acto lesivo de futuro próximo. Encontramos aplicaciones concretas de la amenaza de lesión en diversas normas.

En el orden internacional encontramos la prevención, entre otras normas, en el art. XVIII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, art. 8 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 11 Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, etc.

Fue un elemento fundamental, en el trazado clásico del derecho procesal, el instituto de las medidas cautelares como accesorias de otras garantías de índole jurisdiccional. Más su carácter accesorio no permitía dar solución inmediata a innumerables situaciones. El avance doctrinario y el desarrollo jurisprudencial dio lugar a ciertas tutelas cautelares que fueron diseñando un nuevo paisaje procesal dando cabida a soluciones casi inmediatas. En este panorama se vislumbran la acción “mere declarativa”, la medida cautelar innovativa, la medida autosatisfactiva, los despachos interinos de fondo, la tutela inhibitoria y, sin agotar el listado, el amparo mencionado anteriormente. Aparece así un nuevo sistema de anticipación de tutela, donde

el “periculum in mora” cede lugar al “periculum in damni”, debiendo ser éste cierto y grave.

LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

En primer lugar hay que diferenciar la medida autosatisfactiva de la medida cautelar innovativa y de la anticipación de tutela. En este sentido Enrique Falcón es muy claro cuando interpreta que la medida cautelar innovativa es justamente una cautelar que eventualmente podrá transformarse en una anticipación de tutela, considerándosela luego como una medida autosatisfactiva.

La medida cautelar innovativa, que además de los requisitos propios de todas las medidas cautelares exige que exista una fuerte probabilidad de que se produzca un daño irreparable, no es una tutela definitiva porque puede ser revisada y dejada sin efecto en la sentencia definitiva; mantiene las características de instrumentalidad, provisoriedad y sumariedad propia de las medidas cautelares. No obstante ello exige un grado de urgencia tal que si la medida no se otorgara se causaría un daño “tremendo” al solicitante (CCCCTuc. Concepción, sala única-Sent. 25; 13/03/2012).

La tutela cautelar, en términos genéricos, puede darse a través de cualquier medida cautelar cuando la pretensión de fondo y la cautelar coincidan y cuando el objeto de la cautelar o el acto requerido por ella se otorgue de manera que el peticionario goce del bien desde el momento cautelar, sin necesidad de esperar la sentencia de mérito.

Peyrano dijo que la medida autosatisfactiva se trata de un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota (de ahí autosatisfactiva) con un despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar. O sea que estamos frente a un instituto que excede los límites de la cautelaridad en sentido ortodoxo, pero sí queda comprendida dentro del sistema cautelar.

Dado que la medida autosatisfactiva se agota por su despacho favorable requiere para su procedencia, no ya la verosimilitud en el derecho, sino una fuerte probabilidad de la existencia de aquel (CNCiv., Sal E, 9-5-2000 Asoc. Civ. Club Atlético Boca Junior c/ Coloccini, Osvaldo y otro); un grado de certeza del derecho que debe demostrar quien reclama esta tutela y que se justifica por su carácter autónomo y no accesorio que la distingue de las pretensiones cautelares (CNCiv, Sala L, 15-5-97 "FM Tango SA c/Radio Municipal MCBA).

La tutela anticipada cautelar siempre requiere que al solicitarla su objeto concuerde con la pretensión que se fuera a articular en el proceso. Se intenta que el peticionario de la medida pueda gozar en forma inmediata de la pretensión requerida o a requerir.

De todas maneras, por la vía de la tutela cautelar podemos accionar frente a la lesión ya existente o aún antes que el daño sea consumado. En éste último caso obtendremos una resolución anticipatoria, entendida ésta, como la resolución que acoge provisoriamente y antes de la sentencia definitiva total o parcialmente la pretensión ejercida a fin de evitar un perjuicio irreparable o de difícil reparación, según concepto de Venica, y que será la futura herramienta de prevención.

PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN PREVENTIVA

- 1- Existencia de una acción u omisión antijurídica
- 2- Legitimación para su ejercicio a aquellas personas que demuestren un interés legítimo razonable
- 3- La posibilidad cierta de sufrir un daño, su continuación o agravamiento
- 4- No es exigible un factor de atribución
- 5- La sentencia preventiva dispondrá obligaciones de dar, hacer o no hacer sea en forma provisoria o definitiva.

FACULTADES DEL JUEZ

Los jueces gozarán de amplias facultades debiendo, una vez comprobados los extremos exigibles para el otorgamiento de una tutela preventiva, disponer a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda.

RESPALDO LEGISLATIVO DE LA JURISDICCIÓN PREVENTIVA EN LA NACIÓN Y EN LA PROVINCIA DE TUCUMÁN

La legislación argentina contempla innumerables situaciones que hacen a la jurisdicción preventiva y no es intención hacer una descripción detallada de cada uno de ellos. Simplemente un soslayo legislativo de su desarrollo.

La Constitución Nacional, en el art. 43 contiene el Amparo preventivo que no solo se será ejercido a través de acciones individuales, sino también, en acciones colectivas (por ejemplo, en materia de protección ambiental, defensa del consumidor, etcétera). En la misma normativa encontramos el Habeas Data y el Habeas Corpus.

La Ley nº 24.417 de 1995 de protección contra la violencia familiar cuya finalidad apunta a la cesación del riesgo que pesa sobre las víctimas, evitándoles el agravamiento de los perjuicios concretos derivados del maltrato que se cierne sobre ellas, que de otro modo podrían ser irreparables, pues solo es posible removerlos a través de medidas eficaces, urgentes y transitorias. Las provincias en general se expidieron en igual sentido. En Tucumán Ley 7264, art. 4.

La Ley nº 25.156 de 1999 establece disposiciones tendientes a impedir el perjuicio al interés económico general, mediante normas dirigidas a prohibir y sancionar los llamados acuerdos y prácticas restrictivas, y el denominado abuso de la posición dominante.

La Ley n° 23.551 de 1998, de asociaciones sindicales, consagra un régimen de tutela contra las prácticas desleales realizadas por el empleador o por la asociación profesional. Dentro de este régimen tuitivo, encontramos normas de tutela preventiva, permitiendo la acción para el cese de las mismas (evitar que el daño continúe), incluso mediante la aplicación de multas y astreintes.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contiene numerosas disposiciones que regulan la jurisdicción preventiva (arts. 52, 53, 59, 592, 1031, 1032, 1102, 1711, 1712, 1713, 1714). En particular nuestro interés actual se centra en la novedad en materia de responsabilidad civil al incorporar la función preventiva (a la ya existente resarcitoria) como fuente de obligaciones. En su texto indica que la función preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Se excluye el daño el daño y los factores de atribución como presupuestos clásicos en la materia.

La Comisión Redactora refiere que la protección no solo debe enfocar el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva; el honor, la privacidad y la identidad.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Tucumán no contiene una normativa suficiente para el ejercicio de la jurisdicción preventiva. En su art. 274 contiene la acción meramente declarativa que podrá utilizarse en algunas situaciones determinadas. La mayoría de las acciones son resueltas pretorianamente e intentadas a través de la cautelar genérica del art. 242, que da acceso a la medida innovativa y a la autosatisfactiva.

No obstante ello, no hay que desconocer la existencia de otros medios que permiten el acceso a la jurisdicción preventiva. Así tenemos la acción de desalojo anticipado del art. 431; las diligencias preliminares de los arts. 213 y 277.

El Código Procesal Constitucional de Tucumán, en cambio, trata en forma exhaustiva el Amparo, Habeas Corpus y Habeas Data.

Si bien no está regulada la medida autosatisfactiva, en el fuero contencioso administrativo de la Provincia de Tucumán (cámara de instancia única en lo contencioso administrativo, salas 1,2,y 3) se admitieron numerosos procesos que se iniciaron bajo el “nomen iuris” medida autosatisfactiva por vía de amparo y fueron resueltas favorablemente en razón de que estaba comprometido el derecho a la salud (CCAd.Sent 0, 17/04/2009; Sent. 2, 22/06/2009).

Desde la investigación y la doctrina, en la Provincia de Tucumán, profesores de la facultad de Derecho y Ciencia Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán se encuentran realizando un estudio a través de un proyecto acreditado por la Secretaria de Ciencia, Arte e Innovación Tecnológica de la UNT que fue acreditado bajo el nomenclador 26/L 510 de cuya institución recibe apoyo en el cual se desarrolla un exhaustivo estudio sobre los procesos urgentes y medidas cautelares no legisladas en la provincia, que contempla la nueva normativa del Código Civil en lo que respecta a la aplicación de la jurisdicción preventiva. El estudio incluye una propuesta legislativa para la regulación de los mismos.

CONCLUSIONES

- 1- La tutela de prevención viene a ocupar un vacío en la materia al diferenciarse con la tutela de resarcimiento.
- 2- Los códigos procesales deben actualizar su normativa para permitir lograr la tutela preventiva mediante una normativa clara y acorde a la finalidad perseguida.
- 3- Es verdad que la actividad judicial se verá sobrepasada ante el avance de acciones preventivas, es un tema que nos excede en el análisis, pero si cuentan los jueces con un Código actualizado que contemple los nuevos institutos, seguramente se agilizarán sus decisiones.
- 4- La jurisprudencia enriqueció el desarrollo doctrinario de institutos que permiten acceder a la jurisdicción preventiva. Es momento de tomar

decisiones legislativas procesales, sobre todo ante el advenimiento del Código Civil y Comercial de la Nación.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Código Procesal Civil y Comercial de Tucumán, comentado concordado y anotado, Directores Peral, Juan C.-Hael, J. Inés

Código Procesal Constitucional de Tucumán, comentado, concordado y anotado, Directores Hael, J Inés-Peral, Juan C. Coordinadora Ponso Cecilia.

De los Santos, Mabel, Medida Autosatisfactiva y Medida cautelar (Semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales) en Peyrano (Dir.) Medidas Autosatisfactivas. Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1-1998.

Falcón, Enrique, Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, T IV, Rubinzal-Culzoni, 2013.

Venica, Oscar H., "Código Procesal Civil y Comercial comentado," T IV, Ed Lerner, 2001.-