

**XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal**

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

**Ponencia**

**Título:** **“La tutela sustancial inhibitoria en el proceso civil”.**

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

**Autores:** Laura Ayelén Scherma y Diego David Ponce de León.

**Dirección postal:** Av. Montes de Oca 1309, 9º “A”, CABA, (1270).

Correo electrónico: schermaayelen@hotmail.com

**Teléfonos:** 011-1567896661 / 011-1551228156

**Breve síntesis de la propuesta:** Pretendemos realizar un análisis acerca de la tutela inhibitoria y desarrollar un marco conceptual en relación a la función preventiva del derecho de daños, teniendo en cuenta sus alcances y características. Este cometido requiere un estudio equilibrado de las normas, conceptos e instituciones a abordar, ya que es necesario armonizar algunos criterios interpretativos y de aplicación de principios jurídicos que atañen a áreas del derecho procesal, civil y constitucional, con características disímiles pero cada vez más interrelacionados, a raíz de la creciente influencia de los principios constitucionales. Finalmente describimos algunas notas novedosas que se regulan en el Código Civil y Comercial de la Nación según ley 26.994.

**Postulación como participante en los premios referidos en el artículo 7 del reglamento:** sí.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El Derecho de Daños en la actualidad. III. Funciones del Derecho de Daños. IV. Función Preventiva. V. Tutela inhibitoria. VI. Tutela inhibitoria en nuestro actual ordenamiento. VII. Legitimación. VIII. Clases de tutela inhibitoria: definitiva y cautelar. IX. Límite de la función preventiva. X. Las acciones procesales inhibitorias. XI.- Tipos de prestaciones de conducta. XII. La tutela inhibitoria de oficio. XIII.- Estructura del Código Civil y Comercial de la Nación según ley 26.994. XIV. Conclusión.

**Tema: “La tutela sustancial inhibitoria en el proceso civil”.**

Por Laura Ayelén Scherma y Diego David Ponce de León.

### **I.- Introducción**

El derecho procesal y también el civil, en estos últimos tiempos, han sido influenciados de forma directa por las normas que emanan de la Constitución Nacional, lo que ha venido a cambiar muchos de los paradigmas históricos de ambas materias.

Nos parece sumamente importante este punto, porque la carta magna ya no es una referencia abstracta ignorada ante la aplicación mecánica de un Código. Por el contrario, se tornan plenamente aplicables las normas constitucionales como punto de partida insoslayable para el intérprete, más allá de la regulación específica contenida en los códigos. Así fue concebido el sistema jurídico desde los albores de nuestra república, con la existencia de una ley suprema que está jerárquicamente por encima del resto de las leyes, lo que demuestra que en muchas ocasiones las modificaciones no requieren reformas sino la recta aplicación y adecuación de lo vigente.

En los últimos años, se ha producido un profundo cambio en las instituciones procesales y también en el derecho de daños, lo cual deriva en un nuevo proceso que pone el acento en la víctima y responde a las necesidades reales de los justiciables, al tiempo que se preocupa por la demora que insume la tramitación de un juicio y por el acceso a la justicia de las clases menos favorecidas.

En este nuevo marco, se ha llegado a comprender que sólo se alcanzará la efectividad del Derecho cuando éste brinde instrumentos más aptos para la prevención del daño que para la reparación, de la mano de la protección judicial para hacerlos efectivos. Precisamente la tutela inhibitoria es la expresión de la función preventiva del derecho.

La tutela inhibitoria constituye un importante avance en la defensa y protección de los derechos fundamentales de la persona y en las facultades del juez tendientes a su eficacia. El conocimiento y aplicación de este instituto es uno de los caminos para seguir bregando por una administración de justicia en armonía con los valores ideológicos de la realidad social.

Resulta sumamente alentador que en el contexto del derecho privado, y más específicamente en el campo del derecho de daños, se reconozca cada vez con más convicción que el principio cardinal y rector en la materia “alterum non laedere” tiene raigambre constitucional.

Este reconocimiento beneficia a quienes sufren daños injustos, pues los reclamos basados en la afectación de sus derechos subjetivos deben ser resueltos tomando en cuenta que se trata de un derecho fundamental y a la luz de los demás principios contenidos en el texto constitucional. Además, de este 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”, pero sobre todo, “no causar daños”, es decir, evitar que se produzcan, o en su caso, hacer cesar en la conducta que con certeza puede provocarlos.

## **II.- El derecho de daños en la actualidad**

En las últimas décadas, se ha hablado de un cambio de paradigma en el derecho. Dejamos en claro que no es objeto de este trabajo analizar exhaustivamente cada uno de estos cambios, pues implicaría destinarles íntegramente su extensión, sino destacar algunos conceptos y características relacionados directamente con la tutela inhibitoria.

En la actualidad, se pone el acento en el derecho de la víctima, hay un principio *favor victimae*, y ya no le interesa castigar al culpable, sino reparar. Se pone el enfoque en la reparación del daño “injustamente sufrido” antes que al “injustamente causado”<sup>1</sup>.

Asimismo, se asiste a una revalorización del hombre como persona, lo que nos coloca frente a un derecho de daños que se ha humanizado y ha revisado sus conceptos, haciéndose cargo de la idea de que existen ciertos bienes e intereses que deben protegerse jurídicamente antes de todo daño, puesto que una vez vulnerados son de difícil reparación<sup>2</sup>.

La naturaleza de los bienes afectados, cuyos perjuicios no son monetizables, fundamentalmente por su gravedad e irreversibilidad, exige un sistema de protección acorde a su naturaleza específica. Ese sistema no se concibe que pueda ser la reparación, sino que es preciso que los daños sean evitados, paralizados ante la sola amenaza de su producción<sup>3</sup>.

Esas mutaciones implican que la responsabilidad civil ha extendido su campo y ya no se trata sólo de la cuestión de la reparación de un daño, sino de la protección de un derecho, que puede ser “*ex ante*” o “*ex post*”<sup>4</sup>. En ese nuevo marco, la finalidad de la responsabilidad civil ya no sólo es resarcitoria, sino también preventiva, tendiente a buscar la satisfacción de la víctima.

### **III.- Funciones del derecho de daños.**

---

<sup>1</sup> Lopez Olaciregui, José, “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, Rev. Del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, t. 11, p. 941, núm. 64, 1978, cit. por Lorenzetti Ricardo L., “La responsabilidad civil”, La Ley, 1996-A, 1245, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Revista Jurídica Argentina La Ley, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 163.

<sup>2</sup> Longo, Patricio O., “La tutela inhibitoria en la función preventiva de la responsabilidad civil”, Zeuz Colección Jurisprudencial, Tomo 120 (Septiembre-Diciembre 2012).

<sup>3</sup> Seguí, Adela, “Prevención de los daños y tutela inhibitoria en el derecho del consumo” en “Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada” (Picasso-Vázquez Ferreira dir.), T. II, La Ley, 2009, p. 665.

<sup>4</sup> Lorenzetti Ricardo L, “Fundamento constitucional de la reparación de daños”, La Ley, 2003-C, 1184, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Revista Jurídica Argentina La Ley, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 207.

Según la corriente mayoritaria<sup>5</sup>, el Derecho de Daños puede, sin lugar a dudas, comprender una finalidad no sólo resarcitoria sino asimismo, según los casos y con los límites y garantías previstos en el ordenamiento jurídico, una finalidad preventiva.

Según esta posición, inhibitoria y resarcimiento representan dos remedios o mecanismos de tutela distintos y autónomos en el marco del derecho privado.

El Derecho de daños, como ya dijimos, se ha ampliado, es decir, que no se conforma con la reparación de daños injustamente causados, sino que va más allá, y donde es factible busca evitar el perjuicio.

En este sentido, se ha dicho que el derecho civil no puede conformarse con la mera respuesta reparadora del daño y renunciar a la prevención del mismo. Pretender que permanezca impasible ante la inminencia de un daño, de su agravación o de su repetición, es tanto como crear y justificar un “derecho a perjudicar”<sup>6</sup>.

#### **IV.- Función preventiva**

En primer lugar, debemos referir que la prevención fue siempre una función del Derecho Administrativo, como tarea estatal. Sin embargo, como vimos en el punto anterior, en los últimos tiempos, algunos juristas de Derecho Privado, y en especial, los especialistas en Responsabilidad Civil en Argentina, comenzaron a cuestionarse por la prevención como función de ésta.

En apoyo de la función preventiva podemos referir las siguientes características positivas:

---

<sup>5</sup> Se enrolan en esta postura Lorenzetti, Ricardo L.; Zabala de González, Matilde; Longo Patricio; Ordoqui Castilla, Gustavo; Saux, Edgardo Ignacio, Alterini, Ameal y López Cabana, Morello y demás autores citados a lo largo del trabajo.

<sup>6</sup> Alterini, Ameal, Lopez Cabana, “Derecho de obligaciones”, p. 307, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995. Seguí-Japaze-Amenabar, “Prevención y reparación de los daños ambientales en el proyecto del Código civil de 1998”, en RCyS, 1999-136 cit. por Llamas Pombo, Eugenio, “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del Derecho de Daños)”, en “Revista de responsabilidad civil y seguros”, Dir. Atilio Aníbal Alterini, La Ley, Año IV, Nº4, julio-agosto de 2002, p. 9.

- Por un lado, la función preventiva resulta eficaz y conveniente desde la perspectiva del análisis económico del Derecho de daños.

Lo expresado, se traduce en que resulta mucho más eficiente y recomendable que la punición y que la reparación, la eliminación de la fuente generadora de un daño socialmente intolerable. Desde esta óptica, teniendo en cuenta los costos primarios (valor de todos los daños causados a la ocasional víctima de un perjuicio), costos secundarios (costo de prevención) y costos terciarios (gastos realizados para la liquidación y distribución de los daños ocasionados –tiempo, esfuerzo, honorarios profesionales, tasa de justicia), y sin olvidar que la eventual indemnización que la víctima pueda obtener nunca comprende la totalidad de los perjuicios sufridos, 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, solvante 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 social. Uno de los objetivos centrales del análisis económico del derecho de daños es la reducción al mínimo del coste de los accidentes, o sea, incentivando comportamientos eficientemente precavidos, se dice que “deberá prevenir quien no fue precavido”, y que “por ello, decidirá serlo en el futuro”<sup>7</sup>.

- Se trata de un principio general de Derecho con rango constitucional, ya que las acciones prejudiciales están sometidas a la autoridad de los magistrados (art. 19, Constitución Nacional) y la protección jurisdiccional de los derechos y garantías no se ciñe a las lesiones efectivas sino que comprende las amenazas de lesión (art. 43, al regular la acción de amparo)<sup>8</sup>.

- Tiene un ideal humanista. Mantiene la paz social, la armonía y la solidaridad<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Llamas Pombo, Eugenio, ob. cit. p. 11.

<sup>8</sup> Zabala de González, Matilde, “La Tutela Inhibitoria contra Daños”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Dir. Atilio Aníbal Alterini, La Ley, Enero-Febrero 1999, AR/DOC/2708/2001.

<sup>9</sup> Saux Edgardo Ignacio, “Responsabilidad Civil- Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Editora Jurídica Grijley, 2006, p. 133.

- No se trata de sacrificar las exigencias compensatorias en aras de la prevención, puesto que la función preventiva no debe ser considerada como excluyente de la función compensatoria. Muy por el contrario, la prevención precisa y enriquece la noción de compensación<sup>10</sup>.

- El principio de no dañar al prójimo (*alterum non laedere*), no constriñe solamente al autor del daño a indemnizar el detrimento ya irrogado intervención *ex post*), sino que también compele a la sociedad toda a evitar el daño (actuación *ex ante*)<sup>11</sup>.

- La reparación, aunque esa sea su intención, nunca es tan justa y equitativa que "vuelva las cosas a su estado anterior".

- Hace gala del antiguo adagio "más vale prevenir que curar".

Como se destacara en el V Congreso Mundial de Derecho del Seguro, la prevención tiene un justificativo ético (la preservación de la vida y de la integridad física), uno económico (en la medida en que los costos de su instrumentación son usualmente menores a los de la reparación), uno sociológico (conformación de una mentalidad cultural dinámica que superando el "*neminem laedere*" genere un quehacer solidario y cooperativo) y uno tutelar del medio ambiente (como entorno que posibilita la vida biológica)<sup>12</sup>.

## **V.- Tutela inhibitoria**

Tanto la doctrina procesal como la civil se ocupan de la denominada "tutela inhibitoria", que tiene como objeto la prevención del daño y consiste en una serie de acciones destinadas a actuar antes de que el daño se produzca o disminuir los efectos del ya producido, en vez de sancionar al autor. Contempla también que cese una actividad dañosa si ella ya se ha iniciado y se prevé su

---

<sup>10</sup> Prevot, Juan Manuel, "Prevenir, punir o resarcir?. La finalidad de la responsabilidad civil", La Ley, 2009-B, 747.

<sup>11</sup> Mosset Iturraspe, "Prevención versus Reparación. Daño a la persona. Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación" Rev. Der, Daños, Prevención del daño, p. 10, 2008, cit. por Prevot, Juan Manuel, "Prevenir, punir o resarcir?. La finalidad de la responsabilidad civil", Ídem.

<sup>12</sup> Saux, Edgardo Ignacio, "Responsabilidad Civil- Derecho de Daños. Teoría General de la Responsabilidad Civil", ob. cit.

continuación, e incluye además la posibilidad de ordenar hacer alguna actividad.

Características especiales de la tutela inhibitoria<sup>13</sup>:

- La amenaza de un daño, como previsión razonable. En primer lugar, prescinde de la verificación del daño en la esfera jurídica, siendo suficiente la amenaza, dentro de lo razonable y previsible.

- Un comportamiento antijurídico. El acto ilícito se caracteriza normalmente por una actividad continuativa, o bien por una pluralidad de actos susceptibles de repetición, o bien por la inminencia de un acto ilícito. Este elemento es necesario porque hace a la posibilidad de prevenir.

- Una relación de causalidad. Es decir, ha de existir un perjuicio causalmente previsible. Dicha previsibilidad debe valorarse con las pautas de la causalidad adecuada, es decir, que las consecuencias probables según las circunstancias del caso, los antecedentes, las estadísticas y lo razonable, dan fundamento a lo que se puede calificar como posibilidad cierta de que ocurra tal circunstancia<sup>14</sup>.

- La actividad debe ser susceptible de ser detenida en sus efectos futuros, ya sea evitando que se produzcan nuevos daños o disminuyendo el ya producido.

- La culpa no tiene ninguna relevancia en la disciplina inhibitoria, puesto que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura. En estos supuestos, es necesario obrar con máxima prudencia y con un criterio de proporcionalidad y razonabilidad para no causar perjuicios desmesurados al demandado.

- Debe haber una lesión a un interés del actor digno de protección. Sin importar que se goce a título individual o difuso.

---

<sup>13</sup> Realizan un aporte sustancial a la cuestión en oportunidad de señalar las características especiales de la tutela inhibitoria: Lorenzetti, Ricardo L, "La tutela civil inhibitoria", La Ley, 1995-C, 1217, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Revista Jurídica Argentina La Ley, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2007, pág. 571 y Zabala de González, Matilde, "La Tutela Inhibitoria contra Daños" en "Revista de Responsabilidad Civil y Seguros", Dir. Atilio Aníbal Alterini, La Ley, Enero-Febrero 1999, AR/DOC/2708/2001.

<sup>14</sup> Ordoqui Castilla, Gustavo, "Prevención del daño y su tutela inhibitoria", AR/DOC/1121/2010.

- Es habitual que se trate de perjuicios que, si se concretan, no son monetizables. Si bien este elemento no es esencial, es en este campo donde mayor desarrollo ha tenido.

- También es habitual que se refiera a bienes infungibles, porque en ellos se revela claramente la necesidad de prevención.

El objeto del proceso es obtener una sentencia que imponga una obligación de no hacer (abstenerse o cesar de realizar cierta actividad) o una sentencia que condene a una obligación de hacer cuando exista el peligro de que si no modifica el estado de cosas existente, se produciría un daño irreparable. La acción no tiene como presupuesto el daño, sino la posibilidad de que éste se produzca; la amenaza de la lesión a un derecho es suficiente para que se produzca la acción<sup>15</sup>.

En lugar de condenar a una indemnización que sustituya el dolor por una suma de dinero, la tutela inhibitoria pretende impedir el perjuicio derivado de un daño potencial<sup>16</sup>.

Así, teniendo en cuenta la autonomía de la inhibitoria respecto de la tutela resarcitoria, son prescindibles como presupuestos, los siguientes:

- a) Los daños eventualmente ocurridos. Ya que los mismos serían o deberían ser objeto de una acción de reclamación de daños y perjuicios.
- b) El agente de la actividad. La tutela inhibitoria se dispensa tanto contra actos de particulares como de la autoridad pública, según resulta de lo normado en el art. 43 de la Constitución Nacional.
- c) La ocurrencia de factores de atribución contra el obligado. Ello porque los factores de atribución, como el dolo o la culpa en el causante, son razones para imponer responsabilidad resarcitoria del daño, pero para impedirlo basta una conducta peligrosa desplegada sin o contra derecho. Ello es razonable, además, porque no es posible hacer una valoración

---

<sup>15</sup> Arazi, Roland, "Tutela inhibitoria" en "Tutelas procesales diferenciadas", Revista de Derecho Procesal, 2008-2, Rubinzal Culzoni Editores, p. 86.

<sup>16</sup> Gozáini, Osvaldo A., "El amparo como vía de prevención del daño", La Ley 2000-F-1106.

anticipada de los elementos subjetivos de un comportamiento ilícito previsible<sup>17</sup>.

## **VI.- La tutela inhibitoria en nuestro actual ordenamiento.**

Además de las garantías tradicionales vinculadas a la protección de la propiedad –interdictos y acciones posesorias-, se ha ido expandiendo paulatinamente el criterio protector dispensado por la ley fundamental abarcando la esfera de otros derechos que reciben un similar trato preferente en cuanto a la efectiva actuación, tanto en la esfera de la individualidad personal como con algunos bienes públicos.

Así, en nuestro derecho existen múltiples normas legales en las que está prevista la facultad judicial de hacer cesar un comportamiento dañoso, pero no se ha logrado darles en ellas, ni en la jurisprudencia o la doctrina, una denominación ni un tratamiento específico.

En este sentido, el profesor Llamas Pombo, advierte que la tutela inhibitoria no es nada nuevo en nuestra tradición jurídica, al menos en determinados supuestos atípicos. Sin embargo, propone reconstruirla en un tratamiento unitario, para aplicarla específicamente a la prevención del daño con carácter atípico y general<sup>18</sup>.

Constituyen ejemplos típicos de tutela inhibitoria:

- a) Daño temido (conforme el art. 623 bis del CPCCN y art. 2242 del Código Civil y Comercial según ley 26.994 –arts. 2499 y 2500 del Código Civil según ley 340 y modificatorias-).
- b) Derecho a la intimidad (arts. 52, 52, 53, 55, 71, 1740, 1770 del Código Civil y Comercial según ley 26.994 –arts. 1071 bis Código Civil según ley 340 y modificatorias-).
- c) Cesación de molestias (art. 1973 del Código Civil y Comercial según ley 26.994 –art. 2618 del Código Civil según ley 340 y modificatorias-).

---

<sup>17</sup> Seguí, Adela, “Prevención de los daños y tutela inhibitoria en el derecho del consumo”, ob. cit., pp. 687/688.

<sup>18</sup> Llamas Pombo, Eugenio, “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del Derecho de Daños)”, ob. cit., p. 7.

- d) Reivindicación (art. 2788 del Código Civil).
- e) Derecho del acreedor hipotecario a conservar la integridad de su garantía (art. 2195 del Código Civil y Comercial según ley 26.994 -arts. 3157 y 3158 del Código Civil según ley 340 y modificatorias-).
- f) Régimen de la propiedad intelectual (art. 79 de la ley 11.723).
- g) Defensa contra las discriminaciones (art. 1 de la ley 23.592).
- h) El derecho de réplica (reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”).
- i) La conducta antisindical (arts. 53 y 55 inc. 4 de la ley 23.551).
- j) Nombre de las personas naturales (art. 9 y art. 21 de la ley 18.248).
- k) Defensa de la competencia (art. 46 inc. a de la ley 25.156).
- l) Régimen de la Propiedad Horizontal (art. 15 de la ley 13.512).
- m) Defensa del consumidor (arts. 42, 52, 53 y 55 de la ley 24.240).
- n) Lealtad comercial (ley 22.802).
- o) Ley General del Medio ambiente (ley 25.675).
- p) Medio ambiente. Residuos peligrosos (ley 24.051).

Podemos observar que estas normas relativas al instituto de la inhibitoria, están muy dispersas en el ordenamiento argentino y que, a partir de la reforma de 1994, dicho instituto ha adquirido rango constitucional.

Se advierte que, el mandato judicial no se limita a prohibir u ordenar al demandado que se abstenga de un comportamiento ilícito, sino que, incluye también la posibilidad de hacer determinada actividad. Por otro lado, en paralelo a esa tendencia también la doctrina procesal se ocupa del tema.

## **VII.- Legitimación**

La tutela inhibitoria permite una legitimación amplia, pues no solo procura satisfacer derechos individuales de una persona, sino también derechos de terceros e intereses difusos.

## **VIII.- Clases de tutela inhibitoria: definitiva y cautelar.**

Muchas veces se suele confundir la tutela inhibitoria con la cautelar. Sin embargo, puede existir una tutela inhibitoria definitiva, que tramite por vía ordinaria y otra cautelar, que tenga una función anticipatoria de la primera.

#### **a) Tutela definitiva**

El principal requisito de la tutela definitiva es la amenaza del daño, que constituye el objeto principal del juicio, no siendo característica fundamental la urgencia<sup>19</sup>. El peticionante deberá acreditar la existencia de un perjuicio causalmente previsible. Deberá acreditarse que el perjuicio es una consecuencia inmediata o mediata previsible de un acto ya sucedido y que puede repetirse, o que continúa en sus efectos o bien que puede ocurrir en forma previsible. Asimismo, deberá acreditarse que ese perjuicio afecta un interés.

Su trámite debe realizarse cumpliendo con todos los principios del debido proceso, especialmente el de contradicción o bilateralidad, antes de la decisión.

#### **b) Tutela cautelar**

En cambio, la tutela cautelar, en razón de que no contamos en nuestro ordenamiento procesal con normas que nos permitan fundar una tutela inhibitoria anticipatoria genérica, tiene las características de las medidas cautelares y debe cumplir con los requisitos necesarios para su procedencia, como la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Es provisoria, porque no hace cosa juzgada, ya que puede ser modificada a petición de parte o revocable de oficio y se funda en los poderes implícitos de los jueces, así como en el derecho a una tutela jurisdiccional adecuada que puede inferirse de la norma del art. 43 de la Constitución Nacional<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> En contra, Andorno Luis, "El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano", J.A., 1995-II-887.

<sup>20</sup> Seguí, Adela, "Prevención de los daños y tutela inhibitoria en el derecho del consumo", ob. cit., p. 693.

No obstante, ello no resulta óbice para ambas pueden combinarse, mediante el ejercicio de una acción ordinaria tendiente a resolver definitivamente la cuestión y peticionando antes o conjuntamente con la demanda, las medidas cautelares que aseguren el resultado pretendido.

#### **IX.- Límite de la función preventiva.**

Cada vez que se plantea una inhibitoria debemos exigir que se rinda prueba decisiva y razonable acerca de la probabilidad, gravedad e inminencia del daño; de lo contrario, la intromisión en la libertad de una conducta humana resultaría una injusticia notoria. Por otro lado, debemos considerar el respeto del derecho del potencial dañador y la necesidad de priorizar su derecho al trabajo y su libertad. Una función preventiva desmedida puede avanzar en forma indebida sobre otros derechos esenciales y, en definitiva, hay que ponderar el equilibrio de estas situaciones.

En ocasiones el deber de prevención puede suponer costos excesivos. Al igual que lo que ocurre en el abuso del derecho, debe ponderarse debidamente el equilibrio de los intereses de las partes involucradas y, priorizarse los valores en juego.

#### **X-. Las acciones procesales inhibitorias.**

Las vías procesales para la tutela inhibitoria son las siguientes:

- a) Las medidas cautelares y las medidas autosatisfactivas.
- b) Las acciones de amparo y de habeas data.
- c) Los procesos inhibitorios comunes.

##### **a) Las medidas cautelares y las medidas autosatisfactivas.**

La tutela de urgencia no se agota con las medidas cautelares, provisorias y precautorias, sino que también lo “urgente” es presupuesto de otras pretensiones. La medida autosatisfactiva concluye en sí misma, a través de un trámite autónomo que culmina con un pronunciamiento jurisdiccional sustancial

(sobre el fondo de la cuestión) y definitivo una vez que queda firme, sin la provisoriedad y accesoriedad de las medidas cautelares.

Al respecto, Peyrano señala que se tiene por medida autosatisfactiva a aquel requerimiento “urgente” formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva-con su despacho favorable, sin ser, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como cautelar autónoma<sup>21</sup>.

Zabala de González<sup>22</sup> enuncia como presupuestos de las medidas autosatisfactivas los siguientes:

- La urgencia impostergable de la protección reclamada, es decir y al igual que en las medidas cautelares, el peligro en la demora.
- La acreditación preliminar de un derecho o interés cuya existencia y legitimidad debe revestir seria y fundada probabilidad.
- La necesidad de impedir un acto o de imponer una conducta para evitar la afectación irreversible de aquel derecho o interés.
- Si la urgencia lo requiere, la medida puede disponerse sin escuchar a la otra parte, en cuyo caso, su derecho de defensa se preserva permitiendo que articule recursos aunque sin efecto suspensivo. Algunos estiman que puede además conferirse un traslado previo en breve plazo, cuando las circunstancias lo permiten.
- A pesar de que el punto se controvierte, coincidimos por Zabala de González en que el interesado debe ofrecer una contracautela por los daños que la medida pueda causar, tanto por el respeto al principio de bilateralidad procesal como por la eventualidad de que la decisión originaria sea dejada sin efecto por vía recursiva. Es que también

---

<sup>21</sup> Peyrano, Jorge W., “Un fuerte espaldarazo jurisprudencial a la medida autosatisfactiva”, en E.D. 180-285 cit. por Peyrano Jorge W. y Eguren María Carolina, “Las medidas autosatisfactivas y la necesidad de su regulación real” en “Medidas autosatisfactivas. Segunda edición ampliada y actualizada” (Peyrano Jorge dir.), T. I, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2014, pp. 57/58.

<sup>22</sup> Zabala de González “La Tutela Inhibitoria contra Daños”, ob. cit.

debe prevenirse que el demandado se convierta en víctima. La contracautela evita abusos en las peticiones de medidas autosatisfactivas y garantiza el resarcimiento de los daños injustos que se puedan causar.

- La finalidad perseguida por el reclamante se agota en la medida misma, sin necesidad de promover otra demandada ni de que se sustancie un proceso ulterior. En efecto, logrado el objetivo perseguido, se torna inútil toda decisión judicial ulterior.

#### **b) Las acciones de amparo y de habeas data.**

Las acciones de amparo y de habeas data proceden ante lesiones efectivas y también ante amenazas de lesión (art. 43 de la Constitución Nacional y art. 30 de la ley 25675/2002).

Para que funcione esta vía de tutela inhibitoria deben reunirse una serie de requisitos. El acto lesivo se caracteriza como aquel acto u omisión de parte de las autoridades públicas o de particulares que, de manera actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace derechos y garantías constitucional o legalmente reconocidos con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, es decir, claramente identificable.

Su procedencia se subordina a que la amenaza de lesión sea actual o inminente, por eso deben ser expeditas y rápidas.

Estas acciones son viables siempre que no exista otra vía judicial más idónea.

#### **c) Un proceso civil ordinario**

En el que se persiga que el juez ordene, después de tener un conocimiento pleno, la prevención final del daño.

### **XI.- Tipos de prestaciones de conducta.**

Las prestaciones de conducta que provienen de la tutela inhibitoria para prevenir el ilícito, pueden ser un mandato de hacer o de no hacer, dependiendo del tipo de ilícito que se pretende evitar.

**a) El mandato de no innovar (tutela inhibitoria negativa)**

El mandato de no innovar tiene una antigua tradición en nuestro derecho. Tiene origen en el ilícito comisivo. Es la obligación de un no hacer, antes de que el posible violador del derecho vaya a practicar el ilícito de forma comisiva. Tiene por fin convencer al violador a no practicar el ilícito, o a no repetirlo o a no continuarlo<sup>23</sup>.

**b) El mandato de innovar (tutela inhibitoria positiva)**

El mandato de innovar consigue no sólo una suspensión liminar del acto impugnado, sino también la expedición de un mandato con ejecución específica, destinado a dejar sin efecto el procedimiento ilegal de la administración o de los particulares<sup>24</sup>.

Ante el incumplimiento da lugar a la ejecución y el juez puede adoptar todas las medidas adecuadas para la tutela específica de las obligaciones de hacer o de no hacer. Puede disponer una sanción punitiva, imponer astreintes, puede determinar medidas para la obtención del resultado práctico equivalente al cumplimiento de la obligación.

**XII.- La tutela inhibitoria de oficio**

Es motivo de controversia si la inhibición puede disponerse de oficio por el juez, para evitar la reiteración de accidentes similares a los que ya han sido objeto de una demanda resarcitoria y que, por ende, no se dictan en interés de

---

<sup>23</sup> Coutinho Parente, Ana Paula, "Tutela inhibitoria ambiental: la experiencia brasileña", Revista de Derecho ambiental, Dir. Néstor Cafferatta, Julio/Septiembre 2008, AbeledoPerrot, p. 71.

<sup>24</sup> Lorenzetti, Ricardo L., "La tutela civil inhibitoria", ob. cit., pp. 573/574.

quien ha ejercido la acción sino para preservar intereses difusos de terceros, en carácter de víctimas potenciales.

En efecto, a veces el daño se causa en el curso de una actividad peligrosa y el magistrado tiene la oportunidad de tomar conocimiento de que es muy probable que un daño acaecido se repita o agrave. En tal caso, creemos que el juez, más allá del principio de congruencia, debe procurar evitar (incluso de oficio) que el daño se produzca tomando todas las medidas que la legislación le proporciona.

Por su parte, Peyrano ha dicho que al margen de la condena resarcitoria a favor de la víctima, y aunque ésta no lo haya solicitado, debe reconocerse al juez la atribución de ordenar al demandado que adopte recaudos tendientes a evitar otros hechos lesivos, bajo apercibimiento de que así se realice a su costa y con eventual intervención de la autoridad administrativa<sup>25</sup>.

### **XIII.- Estructura del Código Civil y Comercial de la Nación según ley 26.994.**

La prevención del daño había sido tratada indirectamente en los proyectos de reforma del Código Civil de los años 1987 y 1993, consagrada expresamente en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998 (arts. 1585 a 1587) y finalmente confirmada su consagración normativa en el Código Civil y Comercial de la Nación según ley 26.994 que prevé la **función preventiva** de la responsabilidad civil en el art. 1708.

En el art. 1710 el **deber de prevención del daño** se vuelve operativo: “Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le

---

<sup>25</sup> Peyrano, Jorge W., “El mandato preventivo”, La Ley, 1991-E, 1276.

reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

Artículo 1711.- “**Acción preventiva.** La acción preventiva 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”.

Artículo 1712.- “**Legitimación.** Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”.

### **Requisitos**

1. Acto antijurídico: solo ante la ilicitud del comportamiento del demandado cabe restringir su libertad confiriendo primacía a la libertad del pretensor para no ser convertido en víctima. El acto o actividad puede manifestarse como arbitrario o ilegítimo. La lesión puede ser actual o futura<sup>26</sup>. Resulta ineludible asimilar el concepto de que el presupuesto de la pretensión preventiva no es el daño – como suele creerse a partir de una mirada de cuño tradicional y como lo expresa el artículo citado- sino lo ilícito, entendido – según Hurtado Reyes- como la conducta que genera el hecho dañoso propiamente dicho<sup>27</sup>.
2. La amenaza: El elemento activante de esta tutela (rectius) 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<sup>28</sup>. Ello en términos de probabilidad objetiva que la actividad antijurídica siga causando el perjuicio.
3. Lesión a un interés: Individual o colectivo.
4. Posibilidad material de poder detener la actividad: Debe tratarse de actos aún no realizados o susceptibles de continuar o reiterar el daño. En esto radica

---

<sup>26</sup> Marinoni, Luíz Guilherme, “Tutela inibitoria –individual e colectiva-”, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1998, p. 41.

<sup>27</sup> Hurtado Reyes, “Tutela jurisdiccional diferenciada”, Palestra, Lima, 2006, pág. 139.

<sup>28</sup> Lorenzetti, Ricardo L., “La tutela civil inibitoria”, ob. cit. p. 571.

la operatividad práctica de este tipo de tutela, desde que si se produjo por completo el daño solo cabe la acción resarcitoria.

5. Legitimación: 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 comunidad (art. 1712).

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

### **La Sentencia:**

Artículo 1713.- “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”.

### **XIV.- Conclusión**

El reconocimiento que el principio “alterum non laedere” tiene jerarquía constitucional, resulta sumamente beneficioso para quienes sufren daños injustos, pues los reclamos basados en la afectación de sus derechos subjetivos deben ser resueltos tomando en cuenta que se trata de un derecho fundamental y a la luz de los demás principios contenidos en el texto constitucional.

Por otro lado, cabe poner el acento en la interdisciplinariedad. La tendencia a la constitucionalización del derecho civil resulta saludable y auspiciosa para la responsabilidad civil del siglo XXI y es deseable que se profundice desde el ámbito procesal para dar respuesta a los requerimientos futuros, que son cada vez más complejos, en una sociedad sumamente heterogénea.

El proceso de constitucionalización de principios obliga al derecho procesal civil a asumir un nuevo rol. La responsabilidad asume una función de

garantía cuando supera el estadio **declamativo** y diseña los instrumentos específicos para proteger bienes jurídicos de los individuos.

Asimismo, la mancomunación entre el derecho de daños y el derecho procesal civil y su mayor conocimiento posibilitarán que sus aplicaciones sean más afortunadas, ya que el derecho procesal da instrumentos de gran valor.

La Responsabilidad civil ha extendido su campo y ya no se trata sólo de la cuestión de la reparación de un daño, sino de la protección de un derecho, que puede ser afectado ex ante o ex post.

Existe en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la prevención como garantía individual y social. La disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia de la afectación a un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Un derecho será efectivo si es observado y aplicado por sus destinatarios.

La tutela sustancial inhibitoria constituye, desde lo civil, un avance trascendental en la defensa y protección de los derechos fundamentales de la persona, y en cuanto a lo procesal un desafío respecto a su aplicación y adecuación en las acciones ya existentes. Estamos convencidos que el conocimiento de este instituto es uno de los caminos para continuar pugnando por una administración de justicia empapada con los valores ideológicos de la realidad social.