

1, 2 y 3 de septiembre de 2022. Mendoza, Argentina

XXXI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

Desafíos para una Nueva Justicia

Ponencia particular: El mandato preventivo violenta el principio procesal de la congruencia.

Derecho Procesal Civil - Comisión 4: A siete años del Código Civil y Comercial de la Nación

Tema: La tutela preventiva

Apellido y Nombre: Antonino, María Josefina

Dirección postal: Caseros 345 Piso 4 Oficina A, Córdoba Capital, Provincia de Córdoba, CP. 5000

Teléfono: 351-3456429

Correo electrónico: mjoseantonino84@hotmail.com

Propuesta: El mandato preventivo dispuesto de oficio por el juez en el proceso civil, violenta el principio procesal de la congruencia, toda vez que no se observa la debida correspondencia entre las pretensiones de las partes y lo resuelto por el juzgador en la sentencia, conforme su formulación tradicional. En este orden de ideas, la resolución que dispone un mandato preventivo podría calificarse como una hipótesis de sentencia arbitraria, considerándose tal a “aquella que es la expresión de la sola voluntad del juez que la emite”, conforme reiterada locución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Motivo por el cual, a los efectos de armonizar este instituto de tutela jurisdiccional preventiva receptado en el artículo 1713 del Código Civil y Comercial reformado, es preciso reinterpretar los principios procesales, a la luz del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico en general y del Derecho privado en particular. No obstante ello, a la par de la flexibilización del principio de congruencia que se postula, se enfatiza la exigencia de una mayor y completa motivación de la sentencia que dispone el

mandato preventivo, a los efectos de preservar los derechos y garantías del destinatario de la medida preventiva.

Antecedentes Congresos Anteriores: En el sentido indicado, se ha pronunciado la doctrina procesal local en el marco del XXVIII Congreso Nacional del Derecho Procesal (Jujuy ,2015), al concluir que “Los jueces tienen amplias facultades para instrumentar la acción preventiva, incluso para disponer el tipo de medidas que considere más idónea para la prevención, aunque no haya sido solicitada por el reclamante, debiendo procurarse el menor perjuicio posible al obligado (Conclusión 8, Comisión 1 Derecho Civil, Subcomisión 2).

Referencias

Bibliografía

Alvarado Velloso, A. A. (2009). El garantismo procesal. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Ed.), Activismo y Garantismo Procesal (pp. 145-162). Córdoba, Argentina: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Barberio, S. J. (2009). La imparcialidad Judicial. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Ed.), Activismo y Garantismo Procesal (pp. 21-40). Córdoba, Argentina: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Cal Laggiard, M. (2010). Principio de congruencia en los procesos civiles. Revista De Derecho, 9(17), 11-24. Recuperado de <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/677>.

Cuevas, L. (2013). El principio de congruencia en el proceso civil. Quito, Ecuador: Corporación Editorial Nacional.

Meroi, A. A. (2009). La imparcialidad judicial. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Ed.), Activismo y Garantismo Procesal (pp. 41-56). Córdoba, Argentina: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Midón, M. S. (2020). Jurisdicción Preventiva. Escuela Procesal del Noreste: Editorial Contexto.

Pauletti, A. C. (2016). Jurisdicción preventiva y herramientas procesales para prevenir un juicio innecesariamente dañoso para el demandado. En J. W. Peyrano y S. L. Esperanza (Eds.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación (pp. 145-168). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal, Culzoni

Pauletti, A. C. (2010). Principios procesales del proceso civil entrerriano., Importancia actual de los principios del proceso civil (Lexis Nº 0003/015018). Recuperado de <http://faeproc.org/ateneo-de-entre-rios/>.

Perrachione, M. C. (2016). La función preventiva y la tutela anticipada en el nuevo Código Civil y Comercial. En J. W. Peyrano y S. L. Esperanza (Eds.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación (pp. 59-70). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal, Culzoni.

Peyrano, J. W. (2016). Aspectos procesales del funcionamiento del principio precautorio en materia ambiental. En J. W. Peyrano y S. L. Esperanza (Eds.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación (pp. 767-781). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal, Culzoni.

Peyrano, J. W. (2016). La jurisdicción preventiva. En J. W. Peyrano y S. L. Esperanza (Eds.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación (pp. 87-110). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal, Culzoni.

Peyrano, J. W. (2016). La jurisdicción preventiva civil en funciones. El mandato preventivo despachado en el seno de un proceso cuya pretensión principal resulta desestimada. En J. W. Peyrano y S. L. Esperanza (Eds.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación (pp. 79-86). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal, Culzoni.

Peyrano, J. W. (2016). Más sobre la acción preventiva. En J. W. Peyrano y S. L. Esperanza (Eds.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación (pp. 31-36). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal, Culzoni.

Peyrano, J. W. Sobre el activismo judicial. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Ed.), Activismo y Garantismo Procesal (pp. 11-20). Córdoba, Argentina: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G. (2012). Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones 5. Buenos Aires, Argentina: Hammulabi.

Redondo, M. B. (2016). La jurisdicción preventiva en el paradigma (neo) constitucional. En J. W. Peyrano y S. L. Esperanza (Eds.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación (pp. 169-190). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal, Culzoni.

Reviriego, J. A. (2012) La Tutela Preventiva y la Acción Preventiva en el Derecho Argentino. Ars Boni et Aequi, 8(1). Recuperado de <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/105>.

Reviriego, J. A. (2016). La tutela preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En J. W. Peyrano y S. L. Esperanza (Eds.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación (pp. 303-314). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal, Culzoni.

Vélez, J. C. (2007/11) La prueba y su vinculación con la regla de congruencia. Presentado en IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista. Por la real vigencia de los derechos y garantías constitucionales. Ciudad de Azul, Provincia de Buenos Aires, Argentina.

Villalba Bernié, P. D. (2014). La disputa entre el activismo y el garantismo en el proceso civil ¿se justifican las grietas abiertas? Revista Primera Instancia (ISSN2683-2151) Recuperado en: <http://www.primerainstancia.com.mx/articulos/la-disputa-entre-el-activismo-y-el-garantismo-en-el-proceso-civil-se-justifican-las-grietas-abiertas/>

Zavala de González, M. (2015). La responsabilidad civil en el Nuevo Código, Tomo 1. Córdoba, Argentina: Alveroni.

Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Sala III. Cámara de Estaciones de Servicios, Expendedores de Combustibles y Afines de la Provincia de Salta c/ Sindicatos de Conductores de Taxímetros y Afines de Salta (SICOTASA) 03/09/2015.
http://www.ejuridicosalta.com.ar/files/fallos/Cautelar_solicitada_por_la_Camara_de_Estaciones_de_Servicio.pdf.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala J. ADDUC c/ Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires s/ Daños y perjuicios.

Cámara Federal de Apelaciones de la Plata, Sala III Penal. Decisorio 08/08/1988. J.A., 1988-III-96.

Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I. Giovanni, Oscar Rubén c/ Google Inc. s/ Acción preventiva.

Cámara Civil y Comercial Federal, Sala III. Spósito Guilana c/ Google Inc. y otro s/ Medidas cautelares.

Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala III. Link Beatriz Alicia c/ Duprat Jorge Hernán y otro. 11/08/1995. SAIJ, sumario D0011109.

Cámara Nacional Civil, Sala E. Martínez Vidal, Manuel c/ Benetti, Francisco José y otros s/ daños y perjuicios. 07/04/1998.

Cámara Nacional Civil, Sala G. Papasodaro, Carlos A. c/ Monsa y otro., 23/08/1993. L.L.1994 E-379.

Cámara Nacional Civil, Sala L. V., C.F. c/ M.M.A y otro. 21/07/95. L.L.1996-B-725.

Cámara Nacional Comercial, Sala A. Pacheco, Andrea c/ Oíd Mortales S.A., 27/03/2002. L.L. 2002-C-245.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tristán Donoso vs. Panamá. 27/01/2009. https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. 21/09/2004. Nro. Interno: 2652XXXV. Id SAIJ: FA04000197.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL. y otros. s/ Daños y perjuicios. 07/08/1997. Nro. Interno: C2348XXXII. Id SAIJ: FA97000246.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fernando Raúl Gunther c/ Estado Nacional (Ejército Argentino) S/ Recurso Extraordinario. 05/08/1896. Nro. Interno: G000000184. Id SAIJ: FA86000415.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Luján, Honorio Juan c/ Nación Argentina. 1986. Fallos: 308:1109.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C. 06/12/2011. Nro. Interno: P.24.XLVI. Id SAIJ: FA11000181.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Luis Federico Santa Coloma y otros c/ E.F.A. s/ Recurso Extraordinario. 05/08/1986. Nro. Interno: S000000115. Id SAIJ: FA86000420.

Juzgado Civil y Comercial N° 7 de Corrientes. Zalazar Lidia Ramona c/ Instituto de Obra Social de Corrientes y/o Estado de la Prov. de Corrientes s/ Amparo. 11/11/2014.

Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires. Carrizo, Carlos Alberto y otra c. Tejeda, Gustavo y otra-Daños y Perjuicios. 30/03/2005.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. L.R.H c/ Alejandro Argañara Birocco s/Medidas cautelares. 12/07/2006.

Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N. 4 de Santa Fe 10/1989. Zeus, Boletín N.3553 de febrero del 1990.

El mandato preventivo violenta el principio procesal de la congruencia

La Nueva Noción de Responsabilidad Civil por Daños

El Derecho de daños constituye una disciplina cuyo objeto está compuesto por la institución de la responsabilidad por daños, en sentido amplio, comprensiva de tres funciones: resarcitoria, sancionatoria y preventiva, incluyendo esta última la precaución y disuasión de conductas lesivas (Zavala de González, 2015).

La responsabilidad significa una reacción jurídica contra un perjuicio injusto, que impone la obligación de prevenirlo o repararlo. En su versión clásica, mediante la imposición de responsabilidad se procuraba compensar con un bien a quien había sufrido un mal injusto, a fin de restablecer el equilibrio jurídico alterado por la situación lesiva. Ahora, en la concepción moderna, la responsabilidad abarca un deber o una obligación de no dañar – *alterum non laedere* – que posee carácter constitucional¹, y supone o comprende ambas funciones: la prevención y la reparación (Reviriego, 2012; Zavala de González, 2015). En efecto, a partir de la entrada en vigencia de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en agosto del año 2015, se ha receptado la concepción moderna de la responsabilidad civil: las disposiciones sobre otras fuentes de obligaciones del Título V son aplicables a la prevención del daño y su reparación (art. 1708).

Esta afirmación resulta válida tanto cuando el bien protegido es el patrimonio, como cuando se trata de prevenir daños a la persona, como su honor, privacidad o identidad, o bienes y derechos de incidencia colectiva. La concepción moderna de la responsabilidad civil exige concebir las funciones preventiva e indemnizatoria en igualdad de jerarquía, de forma integral y

¹ A partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, en causas como Santa Coloma, Gunther y Aquino, entre otros, se lo considera un principio con carácter constitucional, con fundamento en el art. 19 de la Constitución Nacional. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Luis Federico Santa Coloma y otros c/ E.F.A. s/ Recurso Extraordinario. 05/08/1986. Nro. Interno: S000000115. Id SAIJ: FA86000420; Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fernando Raúl Gunther c/ Estado Nacional (Ejército Argentino) S/ Recurso Extraordinario. 05/08/1896. Nro. Interno: G000000184. Id SAIJ: FA86000415; Corte Suprema de Justicia de la Nación. Luján, Honorio Juan c/ Nación Argentina. 1986. Fallos: 308:1109; Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. 21/09/2004. Nro. Interno: 2652XXXV. Id SAIJ: FA04000197.

enlazada, para activar eficazmente el sistema de responsabilidad, impidiendo que ocurran daños, reparar los causados y disuadir de su producción futura (Pizarro y Vallespinos, 2012; Zavala de González, 2015).

La Tutela Jurisdiccional Preventiva: la acción preventiva y el mandato preventivo

La palabra prevención, citando a Perrachione (2016, p 59), entre otras acepciones significa “preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo”. El riesgo es el hecho que ocurra el daño. La idea de anticipación se vincula directamente con la prevención²: la pretensión radica en quitar la causa del daño (Reviriego, 2012). La causa del daño es la acción u omisión antijurídica.

La **acción preventiva** regulada en el nuevo artículo 1711³ del Código Civil y Comercial tiene por finalidad impedir que, por la comisión de un ilícito por acción u omisión, se produzca, reitere o agrave un daño. Como la norma lo indica, persigue prevenir el ilícito, tratando de anticiparse a su comisión. Peyrano (2016) y Reviriego (2012) definen esta acción como aquella que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas, a partir de una situación fáctica existente, hubiere o no algún vínculo jurídico previo con el legitimado pasivo de ella. La acción preventiva no se orienta a obtener un resarcimiento por el daño sufrido, como modo de reestablecer las cosas al estado anterior a su producción, sino que busca anticiparse a éste – o a su repetición o agravamiento – para mantener ese estado previo de indemnidad.

² La relación entre prevención y anticipación ya se observa en antecedentes jurisprudenciales como Camacho Acosta y Pardo, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de evitar (prevenir) la producción o el agravamiento de un daño, adelanta (anticipa) antes del dictado de la sentencia sobre el mérito de la pretensión, su satisfacción por parte de la demandada. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL y otros. s/ Daños y perjuicios. 07/08/1997. Nro. Interno: C2348XXXII. Id SAIJ: FA97000246; Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C. 06/12/2011. Nro. Interno: P.24.XLVI. Id SAIJ: FA11000181.

³ El artículo 1711 dispone “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 factor de atribución”.

La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, según corresponda; procurando la menor restricción posible y el medio más idóneo para asegurar la eficacia de la obtención de la finalidad (art. 1713 Código Civil y Comercial de la Nación).

Conforme se desprende del artículo citado, siendo el objetivo de dichas medidas impedir la producción, repetición o agravamiento de un daño, el Código Civil y Comercial reformado faculta al juez para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer, dirigidos al sujeto cuya conducta genera el peligro de daño. A esos efectos, debe atender a la menor restricción posible del derecho del demandado – excepcionalmente de un tercero – limitado por efecto de las medidas, y a la idoneidad de las mismas para alcanzar eficazmente su resultando. Según Zavala de González (2015), con frecuencia la tutela preventiva es el resultado de una pretensión de víctimas potenciales, exteriorizada a través de una gestión procesal o administrativa (petición de parte). A partir de la reforma del Código Civil y Comercial ha quedado resuelta – en sentido afirmativo – la controversia suscitada en torno a la posibilidad de que el juez disponga medidas de tutela preventiva de oficio. De este modo, el ordenamiento jurídico ha incorporado normativamente un instituto denominado doctrinariamente como mandato preventivo (Peyrano, 2016).

El llamado **mandato preventivo** es una expresión de la función judicial preventiva de daños. Parte de la premisa de un juez que se anticipa a lo que puede ocurrir según el orden normal y corriente de las cosas, y que procura que el quebrantamiento del orden jurídico no se concrete. Puede traducirse en una orden judicial dirigida a alguna de las partes, en tanto obligada a adoptar medidas impeditivas, o incluso – excepcionalmente – a terceros que no han generado el riesgo y resultan absolutamente extraños al proceso (Midón, 2020; Peyrano, 2016).

Pizzarro y Vallespinos (2012) postulan entre los principios del Derecho de daños, el principio de prevención, en virtud del cual todo sujeto tiene el deber de tomar las medidas adecuadas a fin de evitar daños no justificados, o aminorar la gravedad y la magnitud del daño causado. En el caso del

mandato preventivo, podría considerarse que el deber de prevenir es dirigido – inicialmente – al juez. Esto así, porque se le reconoce potestad suficiente para ingresar de oficio al conocimiento de un asunto, a fin de informarse sobre el peligro detectado, y en su caso arbitrar las ordenes impeditivas necesarias. Esta actividad oficiosa del tribunal se justifica por la existencia de un proceso principal iniciado por una parte, a través de un pedido concreto, por ejemplo, indemnizatorio. En este contexto procesal en curso, el juez que constata la posibilidad de que se produzca un daño, o que se reitere o profundice el ya acaecido, puede disponer medidas conducentes a conjurar tal peligro (Peyrano, 2016).

A través del art. 1713 del Código Civil y Comercial, el legislador ha otorgado amplias facultades discrecionales al magistrado, autorizándolo a decidir, en primer lugar, respecto de la procedencia misma de la prevención en el caso particular, y luego, tomada la decisión, para determinar la medida a adoptar en cuanto a su naturaleza y contenido (obligaciones de dar, hacer o no hacer), su alcance (definitivo o provisorio) y sus límites, pudiendo seleccionar – incluso – la técnica procesal que estime más propicia para alcanzar la finalidad preventiva propuesta. La casuística de supuestos en los cuales el juez, con motivo de haber tomado conocimiento de diferentes situaciones fácticas eventualmente dañosas durante la sustanciación de un proceso, decide oficiosamente dicar una medida preventiva, es amplia. Igualmente abundante es la diversidad de dichas medidas⁴.

⁴ Por ejemplo, en materia de consumo: informar los riesgos potenciales al consumidor, retirar del mercado los productos defectuosos, prohibir la comercialización de ciertos productos o el desarrollo de determinadas actividades; en materia ambiental: profundizar los estudios científicos sobre evaluación de riesgos, promover la búsqueda de soluciones alternativas más seguras, rectificar el desarrollo de una actividad eliminando su nocividad o peligrosidad, disponer su cese; en materia de salud: restablecer la prestación de servicios médicos o de medicamentos, disponer el cese de terapias que prolongan forzosamente la vida de pacientes terminales, causando sufrimientos innecesarios y atentando contra su dignidad, solventar gastos sanatoriales y quirúrgicos, suministrar cobertura médica, cesar los descuentos en el sueldo del afiliado para pagos de coseguro; en materia medios de comunicación: prohibir la difusión de publicaciones injuriosas o su continuación, o retirarlas de circulación (Zavala de González, 2015). Sala III Penal de la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata. Decisorio 08/08/1988. J.A., 1988-III-96. Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N. 4 de Santa Fe. 10/1989. Zeus, Boletín N.3553 de febrero del 1990. Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Carrizo Carlos Alberto y otra c/ Tejeda, Gustavo y otra s/Daños y Perjuicios. 30/03/2005. Juzgado Civil y Comercial N° 7 de Corrientes. Zalazar Lidia Ramona c/ Instituto de Obra Social de Corrientes y/o Estado de la Prov. de Corrientes s/ Amparo. 11/11/2014.

Así regulado el mandato preventivo, el amplio margen de actuación discrecional que genera a favor del juez, no resultaría adecuado al sistema del Derecho privado argentino que ha abrevado en la tradición jurídica del modelo continental europeo, influido por el ideario de la Revolución Francesa y el Código Napoleónico. Sin embargo, aquél se encuentra atravesando un cambio de paradigma, pasando de un sistema civil legalista a un sistema civil constitucional (Pauletti, 2016; Redondo, 2016). Es en este contexto en el que debe efectuarse el análisis del mandato preventivo.

El Rol del Juez y los Sistemas Procesales: sistema legalista y sistema constitucional

El derogado Código Civil redactado por Vélez Sarsfield establecía la vigencia absoluta del principio de legalidad: la ley era entendida como una norma abstracta con pretensión de generalidad sancionada por el legislador, única fuente del ordenamiento jurídico, y postulaba la subordinación del juez a la ley, en sentido estricto (Pauletti, 2016). Con la sanción del Código Civil y Comercial reformado culmina un proceso progresivo de cambio de paradigma, pasando de un sistema legalista a un sistema constitucional, donde impera la Constitución, incluso en el ámbito del Derecho privado (Lorenzetti, 2012). En sus artículos 1 y 2 el Código Civil y Comercial consagra expresamente esta integración de los principios, valores y normas constitucionales con las disposiciones del Derecho privado, resultando el juez el encargado de realizar esta tarea interpretativa e integrativa, ensanchando los márgenes de su actuación discrecional.

La recepción normativa de la función preventiva del Derecho de daños en general, y del mandato preventivo en particular, obedece también a este tránsito hacia un sistema constitucional del Derecho. Esto así, porque la constitucionalización del derecho privado influye directamente en el proceso civil y en el rol del juez, y el ejercicio de la actividad jurisdiccional destinada a la prevención del daño, abre el debate sobre el lugar y la función que corresponde al juez en el proceso civil, suscitando la discusión académica y

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. L.R.H c/ Alejandro Argañara Birocco s/Medidas cautelares. 12/07/2006.

pragmática entre dos orientaciones doctrinarias de signo diverso y por momentos antagónico: el activismo y el garantismo.

El **garantismo procesal** pregona por la vigencia del sistema dispositivo (o acusatorio), afirmado en la imparcialidad, imparcialidad y neutralidad del juzgador. En este contexto, el juez es un tercero con autoridad para procesar y sentenciar el litigio. Postula que el proceso judicial se basa en la Constitución y el juez se debe empeñar en respetar – y hacer cumplir – las garantías constitucionales (la igualdad ante la ley, la defensa en juicio, el debido proceso, etc.), porque es a través de aquél – como medio pacífico de composición de conflictos intersubjetivos – que se mantiene la paz social y se consolida la seguridad jurídica (Alvarado Velloso, 2009; Maraniello, 2008; Villalba Bernié, 2014).

El **activismo judicial** propende a la obtención de la verdad real o sustancial dentro del proceso. Para ello, propicia un mayor protagonismo del juez en su dirección, con amplios poderes y facultades probatorios y decisorios, y con capacidad para incidir en la construcción misma del caso. Esto así, porque el proceso no se concibe únicamente como un instrumento para la tutela jurisdiccional de intereses y de derechos privados, sino que, además, cumple con una función pública del Estado: alcanzar el bienestar social, restableciendo a través de la justicia, la paz social alterada por el conflicto (Villalba Bernié, 2014).

El activismo judicial, con sus matices, es la corriente de pensamiento que prevalece en el escenario doctrinario del Derecho procesal civil contemporáneo. Mas no sólo eso, sus postulados han tenido traducción legislativa. Los códigos de procedimientos civiles más recientes, entre los que se cuenta el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, especialmente a partir de la reforma introducida mediante la Ley Provincial 10.555, con vigencia desde febrero de 2019, depositan en manos de los jueces civiles un amplio número de facultades-deberes⁵ instructorios,

⁵ En virtud de la Ley 10.555 de Procedimientos para los Juicios de Daños y Perjuicios que tramiten por el juicio abreviado según lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Comercial provincial, el juez está facultado para procurar un avenimiento parcial o total del litigio, proponer a las partes fórmulas conciliatorias, fijar el objeto litigioso y los hechos

ordenatorios y disciplinarios, de carácter obligatorio, para cumplir su cometido (Maraniello, 2008; Peyrano, 2009). A ello se suma la recepción legislativa de diversos institutos procesales que, al decir de Barberio (2009) son el resultado de la creatividad pretoriana de los jueces, por ejemplo, la medida autosatisfactiva, el recurso indiferente, la reposición *in extremis*, la tutela anticipatoria, la medida cautelar innovativa, la medida conminatoria, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, el recurso *ad infinitum* y, por supuesto, el mandato preventivo.

Esos instrumentos procesales, junto con las facultades jurisdiccionales probatorias y decisorias para ponerlos en movimiento, responden a un “modo de pensar constitucional” (Pauletti, 2010, p. 3). Desde esta perspectiva se censura el rigorismo formal y se plantea la necesidad de dotar de cierta flexibilidad a los principios procesales, con el objetivo de garantizar, a través del proceso, derechos fundamentales que se muestran prioritarios (Cueva, 2013; Pauletti, 2010).

Principios Procesales y Garantías Constitucionales

Los principios procesales son entendidos como “imperativos que guían el procedimiento, directivas u orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal o, en otros términos, las razones o ideas que lo explican” (Pauletti, 2010, p. 4).

Interesa analizar la relación existente entre la actividad oficiosa del juez que dispone un mandato preventivo y la vigencia de los principios rectores del proceso civil, en particular, del principio de congruencia, dado que, tal como se señaló precedentemente, por la forma en que ha sido (o no ha sido) regulado, este instituto no resultaría adecuado al sistema del Derecho privado argentino. Esto así porque la orden de dar, hacer o no hacer que dicta el magistrado, sin que le haya sido pedida, parecería no respetar la directiva en

controvertidos, admitir la prueba pertinente y conducente, limitar la cantidad de testigos ofrecidos, sustituir la prueba pericial por otro medio probatorio, distribuir la carga de la prueba (art. 3); interrogar libremente a los peritos y testigos, y cualquiera de las partes sobre hechos que estime de influencia en la cuestión controvertida (art. 4); presidir y dirigir las audiencias, impulsar de oficio el trámite desde el inicio (art. 8); pronunciarse sobre la pertinencia y conducencia de la prueba ofrecida por las partes (art. 199. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba modificado por art. 9).

virtud de la cual en sus resoluciones debe observar una estricta correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado.

La doctrina es conteste en definir la **congruencia** como “El principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el Juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes” (Davis Echandía, citado por Cal Laggiard, 2010, p. 11). Importa la correlación entre la pretensión procesal (y la oposición a la misma, en cuanto la delimita o acota) y la sentencia. En otras palabras, la conformidad existente entre el objeto del proceso y la sentencia que se pronuncia sobre el mismo. *Contrario sensu*, el vicio de incongruencia representa la falta de adecuación entre la pretensión y la sentencia (Vélez, 2007), pudiendo manifestarse en cualquier de los elementos configurativos de aquella (objeto, sujetos y causa⁶).

Confrontando esta noción de congruencia con la facultad del juez para disponer medidas de manera oficiosa, con motivo de haber tomado conocimiento de una situación fáctica eventualmente dañosa durante la sustanciación de un proceso, sólo puede concluirse que el mandato preventivo no respeta este principio procesal; al menos no en su formulación tradicional, pues no se observa la correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado.

La real dimensión del problema se advierte cuando la violación del principio de congruencia se pone en relación con el espectro de principios rectores del proceso, los cuales se dirigen a asegurar la vigencia de garantías

⁶ Tradicionalmente se han identificado tres modalidades que puede adoptar el vicio de incongruencia con relación al objeto: la incongruencia por *ultra petita* se configura en términos cuantitativos, cuando el juzgador concede más de lo requerido en la pretensión; la incongruencia por *extra petita* se presenta cuando en la sentencia el magistrado concede algo cualitativamente distinto a lo pedido; la incongruencia por *citra petita* refiere a los supuestos en los que el juez omite pronunciarse sobre una cuestión sometida a su decisión. La incongruencia referida a los sujetos o incongruencia subjetiva, se exterioriza cuando la decisión jurisdiccional alcanza a quienes no son parte en el proceso, juntamente con quienes sí lo son; no condena a quién corresponde hacerlo; o condena a una persona distinta de la demandada. Finalmente, la incongruencia con relación a la *causa petendi* se presenta como la indebida correlación entre los hechos históricos con trascendencia jurídica en los que el actor funda su pretensión, y la resolución que recae sobre los mismos (Cal Laggiard, 2010; Cueva, 2013; Midón, 2020).

constitucionales y valores sociales. Allí se manifiesta su intrínseca conexión con la garantía constitucional del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional). Si bien este vínculo es particularmente visible en materia penal (Vélez, 2007), la congruencia exige que el ajusticiado – en cualquier clase de proceso – conozca las pretensiones o imputaciones que contra él o frente a él se han formulado. A partir de allí se sigue su derecho a ser oído (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) ligado a los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad procesal. En síntesis, a la garantía constitucional del derecho a un proceso justo (o debido proceso) (Cal Laggiard, 2010; Vélez, 2007).

Dicho de otro modo, el juez en sus sentencias no puede apartarse de los hechos y de las pretensiones alegadas y controvertidas por las partes. Si así lo hiciera, incurriría en el vicio de incongruencia, violando el derecho a ser oído de los litigantes, establecido como presupuesto del derecho de defensa en juicio y del derecho al debido proceso. Ello así en tanto procura evitar la indefensión que significaría que una parte sea condenada por hechos que no han sido discutidos en el proceso, sobre los cuales no ha tenido oportunidad de preparar su defensa (oponer excepciones, contradecir, ofrecer prueba, contradecir la prueba ofrecida por la contraria, preparar alegatos).

Ahora bien, la constitucionalización del Derecho privado – consagrada con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación – exige una visión del proceso que refleje los cambios operados en la sociedad en general y en la cultura jurídica en particular, poniendo en discusión los principios procesales. El proceso desborda aquella finalidad entendida como la resolución pacífica de los conflictos entre intereses privados, en orden a garantizar la paz social y la seguridad jurídica. La concepción social del proceso persigue la concreción del valor justicia y la plena eficacia de todos los derechos constitucionales. El proceso justo se contextualiza en un escenario diferente, con perspectiva de solidaridad social.

Flexibilización de la Congruencia y Exigencia de Motivación

No obstante lo cual, resulta insoslayable que el mandato preventivo corre los límites fijados por el principio de congruencia a las atribuciones decisorias del órgano jurisdiccional, en la medida que en su resolución no hay correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado. Es por ello que desde el activismo judicial se postula la necesidad de flexibilizar este principio, para evitar que los imperativos procesales conspiran contra la vigencia plena y efectiva de los derechos fundamentales. Si se acepta esta propuesta, se torna forzoso que dicha flexibilización sea legítima. Resultará así en tanto y en cuanto la sentencia que disponga el mandato preventivo esté debidamente motivada, porque la atenuación de las características dispositivas del proceso civil y la flexibilización de sus principios rectores, no importan una discrecionalidad absoluta en el ejercicio de la jurisdicción.

La motivación de la sentencia que dispone el mandato preventivo evita que sus destinatarios – los litigantes o terceros ajenos al proceso – sean sorprendidos por una decisión del magistrado cuya visión jurídica desconocen. Por lo tanto, tomar conocimiento de las razones de esa decisión no sólo satisface un interés de las partes, sino que importa a la sociedad en su conjunto, entendiendo que las actuaciones judiciales sorpresivas o inesperadas disminuyen la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia y atentan contra la seguridad jurídica (Meroi, 2009). La motivación de las decisiones, judiciales legitima la función jurisdiccional. Además – y aquí reside la importancia práctica de la exigencia de la motivación – ésta se traduce en la posibilidad que asiste al afectado por la medida preventiva de impugnar la resolución del magistrado que la ordena. En otras palabras, ejercer su derecho de defensa contra una decisión judicial que invade su esfera de libertad.

Se puede concluir, entonces, que mientras mayor sea el grado de flexibilización del principio de congruencia, también mayor será la exigencia de motivación que deba observar la sentencia. Esto así porque la efectivización de los derechos sustantivos no se obtiene de cualquier modo: un límite infranqueable, también de carácter normativo y de rango constitucional, está dado por el respeto del derecho de defensa y la garantía del debido proceso.