

SEGUNDA PARTE

PONENCIA GENERAL: “LA JURISDICCIÓN PREVENTIVA”

Por: EDGAR J. BARACAT

1.-) DE LA TUTELA RESTITUTORIA A LA TUTELA PREVENTIVA.-

Originariamente fue la función administrativa del Estado la encargada de ejercer la tarea preventiva destinada a impedir la lesión del ordenamiento jurídico, servicio que cumplía primordialmente a través del llamado poder de policía.- La tutela jurisdiccional se confería al justiciable en un momento ulterior, es decir, una vez producida la lesión del derecho sustantivo a fin de proceder a su restitución.-

Muestra de ello es la nota al art. 1132 (daños ocasionados por la ruina de una heredad) inserta por Vélez al Código Civil, al expresar: “La admisión de una acción preventiva en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía, y por el poder generalmente concedido a las municipalidades ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina”.-

Actualmente dicha diferenciación – actuación preventiva a través de la administración y reparadora por medio la jurisdicción – se encuentra superada.- Se acepta hoy por la doctrina prevalente actividad concomitante de la administración y la jurisdicción para prevenir la causación del daño.-

La teoría de la responsabilidad civil, en efecto, ha experimentado últimamente una transformación por cuanto de tener una función limitada a reparar el daño ya producido, ha avanzado inclinada a prevenir el daño antes de que el mismo acaezca, a eludir su persistencia o evitar su agravamiento, adelanto que en nuestro país culmina con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación .- ¿Y que podríamos decir desde el punto de vista

procesal en vinculación a la tutela jurisdiccional que presta el estado?.- En idéntica dirección se percibe un movimiento que va evolucionando de una jurisdicción netamente restitutoria a una jurisdicción de carácter preventivo.-

La doctrina procesal “ortodoxa” – entonces - presenta un cuadro de las tutelas jurisdiccionales que puede reclamar el justiciable y debe prestar el estado, pero dentro de esta corriente que podríamos denominar clásica no aparece inserta la que posteriormente se conocería con el nombre de “jurisdicción preventiva”.-

Dentro de ese viejo esquema de las diversas prestaciones jurisdiccionales que podía prestar el estado se incluía: a.-) La garantía contra la violación del precepto jurídico, distinguiendo los dos momentos de la jurisdicción, esto es, el proceso de “conocimiento” y la “ejecución” de la sentencia de condena; b.-) La garantía “constitutiva” donde por imperio del orden jurídico el veredicto autoriza un determinado cambio de estado en determinada relación sustantiva que produce nuevos efectos jurídicos; c.-) La garantía “mere declarativa” donde la jurisdicción actúa no ante la lesión o quebrantamiento del orden jurídico, sino ante la mera incertidumbre existente con respecto a una relación jurídica sustantiva, sus modalidades o su interpretación, provocando la falta de certeza un perjuicio que el interesado tiene interés en hacer cesar¹.- d.-) La garantía cautelar caracterizada como accesoria y de acompañamiento a fin de evitar que las otras garantías jurisdiccionales no se tornen ilusorias por el transcurso del tiempo.-

Si bien la “profundización” del estudio de la prevención y su naturaleza es relativamente nuevo, el ideario de prevenir el daño no lo es tanto.- Ya hace décadas Piero Calamandrei² decía: “Es preciso no establecer confusión entre tutela preventiva y tutela cautelar: conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie. En ciertos casos también nuestro

¹Esta modalidad apunta a prevenir el perjuicio que sufre alguien por la incertidumbre sobre la existencia de un derecho, de sus modalidades o de su interpretación. Pero según veremos no es la única forma de prevenir el daño según el cuadro que actualmente presenta la doctrina procesal.-

² Calamandrei, Piero, “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, trad. Santiago Sentís Melendo, Omeba, Bs. As., 1945, p. 40.-

sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional puede surgir, antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible; en estos casos, la tutela jurisdiccional, en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podrían derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. Se habla en estos casos, en contraposición a la tutela sucesiva o represiva, de tutela jurisdiccional preventiva, en la cual el interés en obrar surge no del daño sino del peligro de un daño jurídico”.-

Recién a partir de la mitad del siglo XX la doctrina y jurisprudencia procesal comenzó a intensificar el análisis del instituto y ahora sí, la jurisdicción preventiva se encuentra ubicada en el lugar que por derecho corresponde.- Congruente con este nuevo fenómeno, Marinoni³ asevera que a la trilogía clásica respecto de la clasificación de la sentencias en declarativas, constitutivas y de condena, hay que añadir una nueva categoría de sentencias que serían preventivas.- Este avance de la teoría de la acción preventiva tiene en el derecho positivo argentino su culminación con la inclusión de esta tutela en el nuevo Código Civil.-

2.-) LA PREVENCIÓN DEL DAÑO A TRAVÉS DE LA RESOLUCIÓN ANTICIPATORIA

a.-) El anticipo es un instrumento adecuado para prevenir la persistencia del daño.-

El muestreo doctrinario y jurisprudencial exhibe diversas herramientas procesales a fin de evitar el daño, su mantenimiento o agravamiento.- Así, cumplen esa función la jurisdicción “mere declarativa”, el “amparo preventivo”, las “medidas cautelares”, el “mandato preventivo”, las resoluciones “autosatisfactivas”, la “modalización de la condena”, etc. etc.- También la resolución anticipatoria ejerce la función de soslayar la

³ Marinoni, Luis Guilherme, “Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito”, ED 186-1127.-

persistencia del daño.- Se está en presencia de una jurisprudencia de “necesidad” y “urgencia” que le da sustento al anticipo, por cuanto el tiempo que demanda el proceso exige que en determinadas situaciones que no admiten dilación se proceda a dar satisfacción inmediata total o parcial a la pretensión articulada.-

Nos parecen impecables las reflexiones volcadas por el maestro de todos Mario Augusto Morello⁴, al decir sobre el anticipo: “...lo anticipatorio no es diferente a lo que acontece en la relación de prioridad reconocida en la política procesal al “juicio ejecutivo” respecto del declarativo o de revisión posterior, a los procesos de estructura monitoria respecto de los normales, etc..- La actividad jurisdicción de la ejecución forzada se compensa en el segundo momento con un litigio de conocimiento pleno, y cuyas distintas misiones no dejan de fusionarse en una síntesis.....” que desde la doctrina procesal italiana clásica no ha merecido reparo.-

b.-) Antecedentes en el derecho comparado y derecho público provincial.-

El art. 273 del Código Procesal Civil y Comercial de Brasil consagra esta figura.- Exige como recaudo para su procedencia: a.-) pruebas inequívocas que convenza de la verosimilitud de la alegación; b.-) haya fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; c.-) quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o en el manifiesto propósito dilatorio del demandado; d.-) la decisión anticipatoria del magistrado, indicará de modo claro y preciso las razones de su convencimiento; e.-) no se concederá la anticipación de la tutela cuando hubiera peligro de irreversibilidad.-

Añade el citado artículo poniendo de relieve la provisoriedad del decisorio: “la tutela anticipatoria podrá ser revocada o modificada en cualquiera tiempo mediante decisión fundada” y “concedido o no la anticipación de la tutela, proseguirá el proceso hasta la sentencia final”.-

⁴ Morello, Mario Augusto, “La tutela anticipatoria. Notas para acotar su perfil”, en “Avances Procesales”, Rubinzal-Culzoni, p. 349.-

El anticipo “ante tempus” de todo o parte de lo que se demanda como centro de la pretensión principal – salvo honrosas excepciones – no obstante los casos jurisprudenciales que la receptan, sigue siendo en nuestro país una creación preferentemente pretoriana y jurisprudencial inspirada y traída del pragmatismo del derecho brasileiro.- Dentro del derecho público provincial solamente se exhiben dos excepciones el art. 231 del CPCC de La Pampa y el reciente CPCC de San Juan, que la receptan expresamente.- Augusto M. Morello, Roland Arazi y Mario E. Kaminker, en tarea de elaboración de los proyectos de modernización de los Códigos Procesales de la Provincia de Buenos, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, bosquejaron un encaje normativo que procura diseñar un tipo de protección o de tutela anticipatoria, esquema que quedó plasmado en los arts. 65 a 67, con formulas que responden a la denominada tutela anticipatoria, luego de trabada la litis y a solicitud de parte.-

Demás esta decir que abogamos por la recepción legislativa de este ingenioso instrumento valioso de la justicia de urgencia y evidencia; es que la resistencia que algunos jueces muestran para el anticipo se fundan en criterios excesivamente ortodoxos o prohibitivos.- Se niegan a conceder el anticipo con la mera excusa de que el mismo no ha sido sancionado por el legislador.- Al no estar prevista expresamente en la ley se niegan a concederlo utilizando argumentos excesivamente garantistas. Con el requerimiento de regulación del anticipo se transforman en la máquina de impedir todo lo que se cruce.-

c.-) Algunos casos jurisprudenciales de sentencia anticipatoria.-

El anticipo adquirió carta ciudadanía en nuestro país mediante creación de la SCJ de la Nación en el caso “Camacho Acosta”⁵.-En un procedimiento

⁵ Ver sobre el título “Sentencia anticipada”, Obra colectiva del “Ateneo de Estudios del Proceso Civil”, bajo la Dir. de Jorge W. Peyrano y la coordinación de Carlos A. Carbone, Rubinzal-Culzoni, las siguientes colaboraciones: Peyrano, Jorge W., “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil”, p. 15 y sigtes y “Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema”, p. 25 y sigtes; Carbone, Carlos Alberto, “La noción de la tutela jurisdiccional.- Diferenciada para reformular la teoría general de la llamada tutela anticipatoria y de los procesos urgentes”, p. 41 y sigtes y “Los despachos interinos de fondo” 75 y sigtes; Juan Monroy Gálvez y Juan Monroy Palacios, “Del mito proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales”, p. 165 y sigtes; Claudia Alejandra Cava y María Carolina Eguren, “Naturaleza jurídica de la sentencia anticipatoria y su ubicación dentro de la órbita de los procesos urgentes”, p. 209 y sigtes; Rojas, Jorge A., “Los límites de la tutela anticipada”, p. 221

sobre medida cautelar ese Alto Tribunal hizo lugar a lo solicitado por el reclmante, esto es, que se le adelantara el costo de la prótesis del brazo izquierdo que había perdido en un accidente de trabajo. Concedió ante de “tempus” (antes de la sentencia sobre el mérito de la pretensión) lo exigido como parte de la pretensión principal.- En el caso – calificado por prestigiosa doctrina como resolución anticipatoria -, la SCJ de la Nación, exigió para la procedencia – que consideró cumplidos – los siguientes requisitos: a.-) probabilidad de la existencia del derecho; b.-) peligro en la demora; c.-) la prestación de una fianza; d.-) un “plus” de perjuicio de difícil o imposible reparación ulterior.- Así, esa decisión anticipatoria se exhibe como instrumento idóneo para aminorar el daño sufrido por el reclamante en un accidente de trabajo.-

En la causa judicial “Pardo” la SCJ⁶ confirmó o ratificó la creación pretoriana del anticipo.- Se trató de un juicio de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito donde los actores en representación de su hija incapaz, dedujeron un incidente de tutela anticipatoria para que el demandado y su compañía aseguradora, pagaran el costo de diversos elementos ortopédicos, y una suma mensual para sufragar la atención médica y los gastos que exigían el cuadro de salud de la joven, consistente en un estado vegetativo, con una cuadriplejía espástica de carácter irreversible.-

En la causa judicial “Elías, Julio y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Medidas precautorias”, Resolución del 29/10/99, dictada por el Juzgado en lo Civil Nro 67 de Buenos Aires, a cargo de la Dra. Mabel De los Santos, en un juicio iniciado contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con el objeto de resarcir los perjuicios provocados a varios comercios

y siete; Eguren, María Carolina, “La jurisdicción oportuna”, p. 299 y sigtes; Peyrano, Marcos L., “La sentencia anticipatoria y el derecho de defensa”, p. 315 y sigtes; Silvia Adriana Rankin y María Gabriela Pecchinenda, “Cosa juzgada y efectos de la caducidad del proceso en las sentencias anticipatorias; Vargas, Abraham L., “Los procesos de “referee” en Francia”, p. 367 y sigtes; Osvaldo Barbero y Carlos A. Carbone, “Crónica sobre aspectos de la tutela de urgencia cautelar y anticipatoria en el derecho europeo”, p. 401 y sigtes.-

⁶ CS, Fallos: 334:1691.- Ver Eguren, María Carolina, “ “Fallo “Pardo”: La luz de la “jurisdicción oportuna” proyectada desde el faro de la Corte Federal”, en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, bajo la Dirección de Angelina Ferreyra de De La Rúa, Año VI, Nro 8, julio 2012, p. 125 y sigtes; en la misma obra y número, ver también, Pauletti, Ana Clara, “Tutela anticipatoria y proceso civil en la jurisprudencia”, p. 55 y sigtes.-

ubicados en la Avenida de los Constituyentes de Capital Federal, a raíz de la construcción de un obra pública que impedía por varios meses la circulación de tránsito por dicha arteria, se dictó una resolución anticipatoria.- En carácter de anticipo la Jueza interviniente, condenó al gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a pagar ya mismo el lucro cesante mensual sufrido por los actores (estimado mediante la compulsa de las declaraciones juradas presentadas para el impuesto sobre los ingresos brutos), aclarado que “las sumas que se abonaran habrían de descontarse oportunamente de la indemnización total que corresponda y que en caso de rechazo de la demanda indemnizatoria la anticipación no produce efectos irreversibles toda vez que los solicitantes han ofrecido contracautela real dando a embargo sus propios inmuebles”.-

d.-) El llamado “periculum in damni” y su diferencia con el “periculum in mora”.-

No ha de perderse de vista que conforme al criterio ortodoxo y tradicional la pretensión cautelar no ha de ser coincidente con la pretensión principal sustantiva hecha valer en juicio.- Cuando cautela y pretensión principal son coincidentes, se está en presencia de un anticipo para la satisfacción inmediata total o parcial de esta última.- En tal caso, además de los requisitos comunes a toda medida cautelar, es aceptada casi uniformemente la concurrencia de un plus, es decir, de un cuarto recaudo consistente en la existencia en el asunto de peligro de un “daño irreparable” o de “difícil reparación ulterior” (“periculum in damni”).-

Con el avance de los estudios de la “medida innovativa” se ha podido precisar en que consiste el daño irreparable y su diferenciación con el peligro en la demora.- El maestro Lino Palacio⁷, señaló, que a su juicio, resultaba cuestionable el condicionamiento de la medida a la concurrencia de un cuarto requisito consistente en la posibilidad de que, de no accederse a ella, se consumara un perjuicio irreparable, ya que tal exigencia es susceptible de

⁷ Palacio, Lino E., “La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual”, Revista de Derecho Procesal, Nro 1, Medidas Cautelares, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 105 y sigtes.-

generar la creación de una norma judicial adversa al acogimiento de la medida y, por otro lado, la misma reviste una connotación patrimonial y un efecto que la acota indebidamente.- Concluye más adelante: “.....el requisito concerniente al “peligro en la demora” – común a todas las medidas cautelares e implícitamente previsto en el inciso 2do del artículo 230 del CPCC – cubre con sobrada amplitud la extensa gama de daños involucrados en el otorgamiento de la medida, pues comprende no sólo los perjuicios económicos, sino también los padecimientos físicos, psíquicos y morales, no necesariamente irreparables pero dignos de una inmediata tutela judicial.....”.-

Empero, bien se anota⁸ que para determinar el peligro en la demora hay que escudriñar la situación del demandado; en el daño irreparable hay que examinar la situación en que se encuentra el actor.- En la ponderación del “periculum in mora” se trata de conjurar el riesgo de insolvencia del demandado cautelado durante el tiempo que requiere la sustanciación del proceso.- En cambio, en la valoración del “periculum in damni” que es exigible cuando la medida innovativa ostenta un ropaje anticipatorio, la atención se ciñe y detiene en la situación del actor reclamante, la que se vería notablemente empeorada si no se otorga ya (total o parcialmente) la prestación que se reclama⁹.- Así lo entendió la SCJ de la Nación en “Camacho Acosta” y así lo entendemos también nosotros.-

e.-) Una mínima sustanciación previa a la resolución sobre anticipo.-

Se presenta más apropiado que la emisión de la sentencia anticipatoria se haga en oportunidad de haber sido ya contestada la demanda, lo que le permitirá al juez valorar un dato no menor, esto es, la complejidad de la controversia y la liquidez del derecho invocado por el actor.- Peyrano¹⁰ dice que por más que en el modelo brasileño aparentemente no es requerida de

⁸ Peyrano, Jorge W., “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa”, Revista de Derecho Procesal, Nro 5, Amparo. Hábeas data. Hábeas corpus – II, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 307 y sgites.-

⁹ Una atenta y detenida lectura del fallo “Camacho Acosta” permite concluir que esta interpretación es también la que confirió la SCJ de la Nación al peligro de daño irreparable o difícil reparación ulterior.-

¹⁰ Peyrano, Jorge W., “Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema”, “Sentencia anticipada”, Rubinzal-Culzoni, p. 30.-

manera ineludible sustanciación previa, desde siempre hemos creído que sería mas conveniente decretar la sentencia anticipatoria solo después de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para contestar (circunstancia ésta que refuerza sin duda, la chance del actor de resultar ganancioso en la litis).-

Hemos dicho respecto de la prohibición de innovar¹¹ atento a que la naturaleza del instituto invade la esfera de libertad del beneficiario – y en muchos supuestos no está relacionada a la disposición de bienes y siempre que no exista el peligro de que la medida quede frustrada por el mero transcurso del tiempo -, en algunos casos, por un criterio pretoriano que poco a poco se va imponiendo (y en otros por propia disposición de la ley), se suele otorgar una previa y mínima sustanciación antes del despacho favorable de la medida.- Es que resulta aconsejable, atento al cuidado y prudencia judicial que requiere su acogimiento, darle oportunidad al cautelado a que pueda ser oído y hasta en algún caso permitirle ofrecer alguna prueba que se autoabastezca.- Así el juez tendrá una visión más amplia y cabal de la situación fáctica y jurídica involucrada en el conflicto.- Más todavía se impone esta sustanciación previa si se esta frente a una sentencia anticipatoria.-

Marcos Peyrano¹² concluye: “En definitiva, el destinatario de una sentencia anticipatoria o despacho interino de fondo va a ser “oído” siempre: Previo a su dictado: en forma reducida y mediante una audiencia urgente. Con posterioridad a su despacho: mediante los medios de impugnación, pudiendo incluso explayarse mucho más aquí en cuanto a sus dichos”.-

Hasta se ha llegado a sostener en relación a la “!medida innovativa anticipatoria”¹³: “Estimo que lo primero que debe ponderarse es que, atento a que el objeto mediato de la pretensión anticipatoria debe ser idéntico, total o parcialmente, al de la pretensión contenida en la demanda principal, la medida

¹¹ Baracat, Edgar J., “Memorándum sobre prohibición de innovar y prohibición de contratar”, en “Prohibición de innovar y prohibición de contratar”, bajo la Dir. de Jorge W. Peyrano, coordinación Edgar J. Baracat, Rubinzal-Culzoni, p. 37.-

¹² Peyrano, Marcos L., “La sentencia anticipatoria y el derecho de defensa”, en ob. colectiva, “Sentencia anticipada”, bajo la dir. de Jorge W. Peyrano, Coord. Carlos A. Carbone, Rubinzal-Culzoni, p. 329.-

¹³ Rambaldo, Juan Alberto, “Acerca de la operatividad de la medida innovativa” (Medida cautelar – pretensión anticipatoria”, en ob. colectiva, “Medida innovativa”, bajo la dir. de Jorge W. Peyrano y coord... de Edgar J. Baracat, Rubinzal-Culzoni, p. 119.-

innovativa debería proponerse concomitantemente o con posterioridad a la interposición de aquella para poder evaluar la relación existente entre ambas”. Y luego se agrega: “considero apropiado al caso un procedimiento abreviado, tipo sumarísimo incidental, pero con una limitación concreta en materia probatoria, debiéndose ceñir el proponente a elementos de convicción consistentes en notoriedades, presunciones legales, documentos, dictámenes técnicos, informes, indicios y todo otro medio probatorio que se necesite de producción ulterior”.-

g.-) ¿La medida anticautelar es un tipo de resolución anticipatoria diferenciada?.-

En estos últimos días hemos detectado un debate sobre la naturaleza jurídica de las medidas anticautelares que vale la pena memorar en el subtítulo que estamos abordando, esto es, “resolución anticipatoria” inserta en el título “tutela preventiva”, en relación a lo que se ha dado en llamar “medidas anticautelares”.- Toribio Sosa¹⁴ ante la pregunta si se puede evitar todos los daños que pudiere causar un medida cautelar ilícita, responde: “....si, se los puede evitar a todos, a través de una medida anticautelar, que consiste en el levantamiento o la sustitución “anticipados” de una futura y temida medida cautelar no asequible por el adversario sino sin derecho o con abuso o exceso de derecho”.-

Peryano¹⁵, puntualiza a su vez: “No piense el lector que la actividad anticipatoria que involucra la medida anticautelar es una “rara avis”. Repárese, por ejemplo, en el caso de las diligencias preliminares del art. 323 del CPN, que también pueden ser incoadas por quien estima que será demandado, y en el supuesto del aseguramiento de pruebas del art. 326 del CPN, en el cual hay coincidencia acerca de que puede promoverlas el futuro demandado.- Estamos persuadidos de que resulta más rendidor concebir a la medida anticautelar

¹⁴Sosa, Toribio Enrique, “Levantamiento o sustitución “anticipados” de medida cautelar”, ED t. 257, p. 701 y sigtes.-

¹⁵ Peyrano, Jorge W., “Precisiones sobre las medidas anticautelares”, ED, entrega 05/05/2014, p. 1 y sigte.-

como un proceso autónomo (autosatisfactivo) y no como una entidad más accesoria”, al considerarse una suerte de sustitución anticipada cautelar.-

Sea como fuere estimamos que se trata de un “anticipo” para prevenir el perjuicio que podría ocasionar al cautelado una medida cautelar abusiva o antifuncional, pero diferenciada de lo que propiamente se denomina resolución anticipatoria.- Es que no visualizamos la tutela coincidente característica de lo No pretendemos ser definitivos sobre esta cuestión y estamos preparados para cambiar de opinión con argumentos de convicción, pero se nos ocurre que estamos frente a un fenómeno distinto, por cuanto no es dable hablar acá de tutela coincidente con los elementos de la pretensión principal.- Y se nos ocurre que esta duda persiste ya se considere a la anticautelar tendiente a prevenir el daño una resolución “autosatisfactiva” con su consecuente tramitación; ya se estime que la anticautelar en el levantamiento o la sustitución “anticipados” (a través de incidente) de una futura y temida medida cautelar no asequible por el adversario sino sin derecho o con abuso o exceso de derecho”

3.-) LAS SANCIONES DISUASIVAS EN LA PREVENCIÓN DEL DAÑO.-

La idea de añadir, con carácter esencial, a la indiscutible función reparadora de la responsabilidad civil (sobre todo en materia extracontractual) una finalidad preventiva dirigida a evitar o, al menos, reducir los comportamientos dañosos ha sido puesta de relieve, sobre todo, por los autores que se han ocupado del análisis económico del Derecho, otorgando a la prevención un sitio de privilegio.- Bajo el lema “mejor prevenir que curar” se viene insistiendo sobre la necesidad de disponer legalmente sanciones disuasivas del daño.-

a.-) La del art. 1714 del Anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.-

La sanción del nuevo Código Civil trae como novedad que elimina el art. 1714 del Anteproyecto que definía la “Sanción pecuniaria disuasiva” del

siguiente tenor: “El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines “disuasivos”, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacía los derechos de incidencia colectiva mencionados en el art. 14, inc..- Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del deudor y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas”.

Se suele distinguir las sanciones pecuniarias disuasivas y conminatorias.-

b.-) El daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor.-

Pizarro¹⁶ define los daños punitivos como “suma de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”.- El art. 42 de la CN da rango constitucional a la protección del consumidor y dispone que “la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”.-

La Ley de Defensa del Consumidor -Nº 24.240- incorporó con la reforma efectuada por la Ley al derecho positivo nacional la figura del daño punitivo, que define de este modo en el artículo 52 bis: " *Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento*

¹⁶ Pizarro, Daños punitivos, en “Derecho de daños. Segunda Parte”, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 292.-

responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley."

Figura prácticamente desconocida en nuestro derecho civil durante los siglos XIX y XX, hay que decir que en el proyecto de Código Civil de 1998 se previó como artículo 1587 una norma receptando el llamado daño punitivo.-

Se ha utilizado con más corrección la denominación "Daños ejemplares" (de la locución inglesa "exemplary damages").para destacar la característica de que se originaron para constituir un castigo ejemplificador para determinados incumplimientos especialmente dañinos.- La designación "*daños punitivos*" (punitivo: *del latín **punītum**, supino de **punīre**, castigar*), puede ser incorrecta desde el punto de vista semántico, ya que lo que se sanciona no es el daño en si mismo sino en todo caso la conducta del dañador. Sin embargo ese nombre ha sido ya adoptado con aceptable consenso y, en el ámbito jurídico cuanto menos, se sabe a ciencia cierta a que nos referimos al emplear dicha denominación.

Del concepto extraemos tres notas características de la figura, que podemos elevar a la categoría de requisitos, sin perjuicio de los que surgen de la ley de defensa del consumidor. En ese orden de ideas, las exigencias generales para poder reclamar el daño punitivo serían: a) La existencia de una víctima del daño; b) la finalidad de sancionar graves inconductas; y c) la prevención de hechos similares para el futuro¹⁷.

¹⁷ cfr.: Cornet, Manuel - Rubio, Gabriel Alejandro, "Daños Punitivos", en Anuario de Derecho Civil, T. III, p.32, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Ediciones Alveroni, Córdoba, 1997).-

Resulta entonces necesario que alguien haya experimentado un daño injusto, pero también, como segundo requisito, sería imprescindible que exista una grave inconducta, que es lo que se quiere sancionar; ó que se haya causado un daño obrando con malicia, mala fe, grosera negligencia, deben existir, como expresa Pizarro, circunstancias agravantes relativas al dañador¹⁸.- El autor sigue ejemplificando: *Temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia, son algunos de los calificativos que la jurisprudencia utiliza para justificar la sanción.*). Por último, no puede dejar de reclamarse como requisito a aquella finalidad contenida en el instituto: la necesidad desterrar este tipo de conductas, es decir, se pretende disuadir ulteriores hechos análogos. En otras palabras lo que se intenta es evitar que esa conducta que aparece reprobada pueda ser reincidente, con más razón si se detecta que a las empresas infractoras le resulta más beneficioso económicamente indemnizar a aquellos damnificados que puntualmente han reclamado la aplicación de la ley, que desistir de su práctica lesiva.-

Los fundamentos que ser insertaron en la C. de Diputados (Cámara de origen) al art. 40 bis contiene una formula empleada para mostrar la intención del legislador y el sentido que cabe asignarle a la punición.- Más allá de los múltiples conceptos que la doctrina le ha conferido al daño punitivo, allí se expresa: “Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad”.- Apunta prevenir el daño descalificando la reprochable conducta que mide “costo-beneficio” y evitar que el

¹⁸ Pizarro, Ramón Daniel, op. cit. , p.459.-

obligado no cumpla en el caso por resultar más económico indemnizar para reparar que el gasto que demandaría prevenir el daño “in genere”.-

c.-) Aplicación de sanciones pecuniarias para disuadir al condenado al cumplimiento del mandato judicial.-

En términos de la SCJ de la Nación: “Las astreintes son sanciones que tienen como finalidad compeler el cumplimiento de un mandato judicial y que alcanzan a quienes, después de dictadas, persisten en desentenderse injustificadamente de aquél”¹⁹.-

Se trata de un instituto que tiende a compeler el cumplimiento del mandato judicial y así evitar el agravamiento del perjuicio que sufre el acreedor por el no cumplimiento de la obligación.- El fundamento aquí no es el deber de no dañar, sino el “imperium” del que debe estar investido el magistrado para hacer cumplir sus mandatos.-

Si bien en principio la función primordial de las astreintes tienen por finalidad reforzar el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia por el magistrado interviniente, ello no quita que de modo secundario puedan actuar como elemento disuasivo.- Es que las astreintes tienen carácter provisorio, no definitivo e incluso pueden ser dejadas sin efecto, y en ciertos casos ellas pueden funcionar de modo indirecto con carácter disuasivo para evitar el agravamiento del daño originado en el incumplimiento.- El condenado bien se podría avenirse a cumplir el mandato judicial con la expectativa de que a través de la ejecución inmediata de lo ordenado judicialmente pueda lograr que el astreinte quede sin efecto sin efecto.-

c.-) Aplicación de medios compulsorios (no pecuniarios) para disuadir al destinatario del mandato judicial a cumplir lo ordenado.-

A similitud de lo que ocurren en el caso anterior (sanciones pecuniarias) estos medios compulsorios carentes de contenido económico para desaconsejar el incumplimiento de la orden judicial tendiente a prevenir el

¹⁹ CS, 02/03/2010, “Carballo, Jorge Oscar y otros c/ Policía Federal Argentina y otro”, DJ, 21/04/10.-

daño o su agravamiento, tiene su basamento en el “imperium” y “coertio” elementos propios de la función jurisdiccional.-

Así podría pensarse en la utilización por parte de una empresa de juegos de entretenimiento añejos, sin mantenimiento debido y con grave riesgo para la vida y salud del usuario (mayor o menor de edad), y la orden judicial impartida para el arreglo o sustitución de las maquinas de entretenimiento.- Ante la no ejecución del mandato, por ejemplo, el juez interviniente se encontraría habilitado a proceder a la “clausura del establecimiento” hasta tanto se diera cabal cumplimiento a lo orden impartida.-

Otro caso que podría encuadrarse en estos medios compulsorios sería el secuestro ordenado por el magistrado interviniente, ante el no cumplimiento por parte del dueño de un ómnibus afectado al transporte de personas y/o cosas, de proceder a la sustitución o reparación de la unidad afectada.-

d.-) El “llamado de atención” para evitar la aplicación de sanciones disciplinarias.-

El llamado de atención para incitar al letrado actuante por una de las partes de abstenerse de observar conductas contrarias a la buena fe y otros comportamientos reprochables y dañinos durante el desenvolvimiento del procedimiento, merecedoras de la aplicación de sanciones disciplinarias, actúa también a nuestro modo de ver como medio convictivo.-

Peyrano²⁰, dice sobre el llamado de atención: “Tiene la ventaja de que no genera agravio alguno para el abogado, quien, por lo común, acata la advertencia y abandona su proceder desleal.- El susodicho “llamado de atención” es de gran eficacia para impedir que se reiteren faltas de pequeña entidad. Sobre el particular se ha dicho lo siguiente: “este llamado de atención representaría nada más que una facultad derivada del imperium y de la coertio como elementos básicos de la jurisdicción. Así las cosas, la figura que nos ocupa hace las veces de antesala de una sanción ya concreta. Se ha fundado su procedencia en el razonamiento judicial “a fortiori”, conforme el cual si un

²⁰ Peyrano, Jorge W., “Manifestación de la tutela jurisdiccional preventiva en materia civil”, Revista de Derecho Procesal, “Jurisdicción y competencia”, 2014-2, Rubinzal-Culzoni, p. 206.-

tribunal está en condiciones de aplicar una sanción disciplinaria (que es lo “más”) también puede proponer un llamado de atención (que es lo menos”).-

e.-) El rechazo “in limine” de planteos o incidentes abusivos por parte de litigantes maliciosos.-

Puede acontecer que el magistrado se encuentre ante sucesivos planteos abusivos articulados por litigantes maliciosos y de mala fe (reiteradas recusaciones, repetidos pedidos de suspensión de términos inadmisibles, recursos deducidos “ad infinitus”, articulación de reiterados incidentes (“ad infinitus”), cuya respuesta jurisdiccional no puede ser otra que el rechazo “in limine” de tales postulaciones.-

Se dice por autorizada doctrina²¹: “Dicha seguidilla revela la existencia de un plan en cabeza del incidentista serial del caso, tendiente a entorpecer la marcha del proceso y a postergar, todo lo que fuera posible, la emisión de la sentencia final.- El art. 45 del CPCCN incluye una correcta descripción que identifica un abuso procesal por repetición.- Sucede que el artículo 34, inc. 5to, CPCCN concede armas para impedir la consumación de tal tipo de abuso procesal porque facultad a los jueces a “prevenirlo.....”, mediante el rechazo in limine.- Y luego agrega: “Por supuesto que, por añadidura, no deberá notificarse el rechazo in limine del postrero incidente notoriamente inviable porque se expondrá ser nuevamente víctima de una postulación inadmisible...”, desde que “....quien ha contribuido (con su acción u omisión) a la irregularidad procedimental en cuestión, no puede postular la invalidez del acto o actuación procesal respectivo.”.-

f.-) No homologación del acuerdo preventivo en razón de propuesta concordataria “abusiva” o en “fraude de la ley”.-

El art. 52 de la ley Nro. 24.522, de acuerdo al texto establecido por el art. 17 de la ley Nro. 25.589, a nuestro juicio importa el reconocimiento legislativo de la prohibición de utilizar antifuncional o abusivamente el proceso concursal para fines distintos a los previstos en la ley (art. 1071 del

²¹ Peyrano, Jorge W., ob. cit., “Manifestación.....”, p. 207.-

Código de Vélez), sobre lo que se ha venido hablando y escrito bastante últimamente²², con el propósito de evitar la desnaturalización de los herramientas procesales previstas por la legislación.-

A nuestro modo de ver se trata del reconocimiento legislativo de causales impugnativas o de no homologación ya reconocidas por una tendencia doctrinaria y jurisprudencial predominante, con base en que el juez del concurso no obstante las reformas y retoques sufridos por la legislación concursal, conserva la potestad de ponderar la legalidad del acuerdo. Obviamente no resulta ser congruente con el orden jurídico la propuesta tildada de “abusiva” o “en fraude de la ley”-

El riesgo de que ante los estrados judiciales los deudores adjunten conformidades de sus acreedores a propuestas concordatarias abusivas, se encuentra hoy por hoy más acentuado que nunca, consecuencia de la eliminación del pago mínimo del 40% que dispuso primeramente la Ley Nro 25.563 y conservó posteriormente la Ley Nro. 25.589.- Es cierto que ello tiene cabal explicación por la situación de emergencia que vivió el país, empero la valoración judicial ha de prestar sumo cuidado y atención a la hora de homologar, a fin de evitar conductas picaras o avivadas de deudores que estando en condiciones de ofrecer mejores propuestas, utilizan la coyuntura

²² Consultar sobre el apasionante tema del abuso del proceso: Edgar José Baracat: “El abuso del proceso en los pedidos de quiebra y procedimientos concursales”, Zeus, año 2002, ponencia presentada en el penúltimo Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de San Juan; Jorge W. Peyrano: “Abuso del Proceso y Conducta Procesal Abusiva”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 16, Edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 1998, “El Abuso de los Derechos Procesales”, J.S. N° 34, Edit. Jurídica Panamericana S.R.L., Sta. Fe, 1998; “Otro Principio Procesal. La Proscripción del Abuso del Derecho en el Campo del Proceso Civil”, E.D. 159; “Tácticas en el Proceso Civil”, Tomo II – Responsabilidad Derivada del Abuso de Derecho en el Ámbito del Proceso Civil Santafesino” Edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 1984. Ver ponencias y trabajos de investigaciones efectuadas en el Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, durante el año 1999, cuyo temario anual giró en rededor del “Abuso del Proceso”, donde se individualizan casos de ejercicio abusivo del proceso y se reformularon reglas destinadas a su calificación: Rambaldo, Juan A. “El Abuso Procesal”; Peyrano, Guillermo F. “Abuso de Derechos Procesales”; Peyrano, Marcos “El Abuso del Derecho y su inclusión en Materia Procesal Civil. Su relación con el Principio de Moralidad”; Vargas, Abraham L. “El Ejercicio Abusivo del Proceso (Crítico y Relativismo Filosófico – Científico vs. Existencialismo y Realismo Legislativo, Jurisprudencial y Doctrinario)”; Vitantonio, Nicolás J.R. “El Abuso de los Derechos Procesales en el Marco del Derecho Laboral”; Gardella Luis L. “Abuso del Proceso en Materia Probatoria”; Balestro Faure, Myriam T. “El Proceso de Proscripción del Abuso de los Derechos Procesales”; Benedetto, Oscar D. “El Abuso de los Derechos Procesales – Aportes para una Sistematización”; García Solá, Marcela “Aportes en una Doble Dirección. De la Necesidad de la Prudencia. Para Calificar el Abuso del Derecho en el proceso Civil y Una Contribución Para la Eficacia de su Proscripción”, Pastor, Carlos D. “El Abuso Procesal”.-

para no hacerlo y obtener así provechos personales.- Será entonces el prudente criterio judicial y la sana crítica la cortapisa para evitarlo.- A tal fin la atención judicial, a nuestro criterio, no ha de centrarse tanto en las diferencias existentes entre activo y pasivo (podría tratarse de una actividad “no rentable”), sino preferentemente en la “aptitud del patrimonio como productor de bienes y réditos” (empresa “rentable” no “rentable”) más allá de aquella diferencia.-

Ya antes de la sanción de la Ley Nro. 25.589, José Luis Monti sugería, que la manera en que se halla redactado el art. 52 de la ley 24.522 no impide al juez examinar, en oportunidad de considerar la homologación del acuerdo, la compatibilidad sustancial de éste con las normas y principios generales imperativos aplicables a los actos o negocios jurídicos²³.-

Igual tendencia se observaba en jurisprudencia predominante, reconociéndosele al judicante el “control de legalidad formal y sustancial”. La ley 24.522 incorpora el control de legalidad sobre formas y sustancia del acuerdo preventivo. Este comprende el de legalidad formal o extrínseco, relativo al cumplimiento de los requisitos establecidos por la norma concursal para tener por celebrado un acuerdo preventivo; y también el de legalidad sustancial o intrínseco, que debe contemplar aspectos que hacen al respeto de los principios que conforman el orden jurídico. De los dos controles el de mérito y el de legalidad que el juez debía realizar en el régimen de la ley 19.551, antes de homologar el acuerdo preventivo, la ley 24.522 le restó la potestad de ejercer el primero. Todo lo que integraba el llamado control de oportunidad, de mérito o de conveniencia o que comprendían en general juicios de valor en cuanto a la conducta del deudor y/u orden económico acerca de la posibilidad de cumplimiento del acuerdo, ha sido excluido de la valoración del juez²⁴.-

²³ Monti, José Luis “El concordato como negocio jurídico. Sobre la homologación del acuerdo y las atribuciones del juez del concurso”, LL-F-2000, Pág. 1089 y sigtes.-

²⁴ Jprocesos Concursales y Registro Nro. 3, Mendoza, 22-5-1997 – Martín S.A., Pedro y José, LL 1997-F-183, con nota de Ariel A. Dasso.-

4.-) LA PREVENCIÓN Y LAS CORRECCIONES POR OMISIONES CONSTITUCIONALES.-

La inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativo y ejecutivo es llamada a cumplir un rol significativo dentro de los instrumentos dirigidos a prevenir el daño, su continuación o recrudecimiento.- La doctrina constitucionalista clásica y el derecho procesal han desarrollado extensamente el tema de la inconstitucionalidad por “exceso” de los Poderes Legislativo y Ejecutivo.- Empero – se remarca – en ese despliegue conceptual hay una faceta del problema poco explotada, y que sin embargo es de gran significación como es el caso de la inconstitucionalidad por omisión²⁵.-

Como se sabe, últimamente se alega que la Constitución puede ser lesionada no sólo por “acción”, sino, también, por “omisión”.- Por ejemplo, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se legisla deficientemente.-

El control de las omisiones inconstitucionales persigue “recomponer” el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente.-

Planteada así la cuestión cabe la pregunta: ¿Cuáles son las vías procesales adecuadas para que el afectado por las omisiones inconstitucionales tenga allanado el acceso a la justicia, en orden a perseguir la “descalificación de tal conducta omisiva” – y lesiva – observada por los órgano encargados del cumplimiento positivo del mandato constitucional, pero no para que el cuerpo jurisdiccional reemplace al legislativo emitiendo decisiones de carácter genérico, sino para dar solución a un caso concreto a donde a partir de tal desidia se cause un perjuicio acreditable en detrimento del peticionante?.-

Germán J. Bidart Campos²⁶ escribe: si el Congreso se abstiene de pronunciar la norma reglamentaria de la cláusula constitucional programática, su abstinencia implica una actitud inconstitucional. Y si esa intimación no

²⁵ Sagües, Néstor P., “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativo y ejecutivo su control judicial”, ED, t. 124, p. 950.-

²⁶ Bidart Campos, Germán J., “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, ED, 78-785.-

surte efecto, el Tribunal del caso estaría autorizado “a integrar el orden normativo lagunoso resolviendo el caso con efecto limitado al mismo”, por vía de auto integración (recurriendo a la analogía, a los principios generales de ese ordenamiento normativo), o por la ruta de la heterointegración (saltando a las fuentes materiales del derecho constitucional: v.gr., al valor justicia).-

Más cercano a nuestros días, Alberto A. Spota²⁷ reafirma estas ideas, al decir: todas las cláusulas programáticas, sin excepción, deben en el ámbito jurídico convertirse en operativas, por intermedio del quehacer del Poder Judicial, cuando los poderes políticos omitieron aquél incumplimiento.- Eso lo exige el principio de supremacía constitucional. En definitiva – postula – el Poder Judicial se debe convertir – para cada caso concreto – en el órgano sucedáneo o suplente del artículo constitucional programático.-

El estudio de las vías procesales constituye un tema cuya profundización corresponde al “derecho procesal constitucional” y que a nuestros ojos todavía no tiene la claridad exigible para el justiciable ante la ausencia u obscuridad de los remedios instituidos por los códigos de rito para abordar esta problemática.- Prestigiosa opinión doctrinaria alega²⁸: “Al respecto, habrá que estar a los trámites previstos en la legislación adjetiva, aunque no cabe descartar el ejercicio de la acción de amparo, si se dan los supuestos excepcionales de este instituto (v.gr., inexistencia de vías previas o paralelas, judiciales o administrativas para atender idóneamente el problema; ilegalidad, inconstitucionalidad o arbitrariedad manifiesta en el acto lesivo; posibilidad de probar la procedencia del amparo sin necesidad de mayor debate o prueba.- Situaciones de angustia económica para el afectado; de salvaguardia del equilibrio de los poderes, o de urgencia impostergable, pueden explicar la admisibilidad y éxito del amparo para remediar la omisión legisferante”.-

a.-) Distintos tipos de omisiones inconstitucionales.-

²⁷ Spota, Alberto A., “Aportes para la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Operatividad de las cláusulas programáticas incumplidas”, La Plata, 1983, p. 179.-

²⁸ Sagües, Néstor, Obra. Citada, p. 959.-

Una clase alude al comportamiento omisivo de actos individuales, verbigracia, el silencio o la falta de pronunciamiento de algún órgano del Poder Ejecutivo en algún punto sobre el que debe expedirse.- A fin de remediar esta omisión la jurisprudencia ha brindado algunos instrumentos procesales como es el “amparo por mora”.-

Señala Sagües²⁹: “Una segunda categoría de inconstitucionalidad por omisión refiere a la falta de emisión de normas generales por parte de quien debe pronunciarlas. Por supuesto, y en primer lugar, por parte del Poder Legislativo. El asunto aparece casi siempre con las llamadas “Cláusulas programáticas” de la Constitución, que sientan directrices y obligan al legislador ordinario a dictar normas (por lo común), leyes instrumentales de tales cláusulas programáticas”.- Para resolver jurídicamente la ausencia de estos instrumentos, distintas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales proponen un “control judicial de inconstitucionalidad por omisión”, traducido en una sentencia que cubra la norma faltante, constituyendo tal declaración por sí un instrumento valioso para prevenir el daño, su persistencia o agravamiento³⁰.-

b.-) Creación pretoriana de la SCJ en relación a procedimientos (derechos operativos).-

Dando respuesta a este interrogante tenemos el caso “Siri” fallado por la SCJ de la Nación, de fecha 27/12/1957 (luego de varios años en que se negó la acción de amparo por falta de regulación legal) procedió a “crear” pretorianamente el amparo contra actos de autoridad pública.- Y poco tiempo después en la causa “Kot”, en fecha 05/09/1958, procedió del mismo modo reconociendo el amparo contra actos de particulares.-

In re “Urteaga” donde se demandó al Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas”, 15/10/1998, la Corte Federal ante la carencia

²⁹ Obra citada, p. 951.-

³⁰ Diferente consideración han merecido las “normas constitucionales operativas”.- Néstor Sagües, Obra citada, p. 952, puntualiza respecto a estas últimas: “Las normas constitucionales “operativas” por su parte, son autoexplicativas: se efectivizan sin necesidad de pronunciar una norma infraconstitucional que las complete.- Si se quiere mencionar a un texto enfático sobre el punto, puede recordarse el art. 3, inc. a de la Constitución de la República Rusa de 1918: “Para realizar la socialización de la tierra queda suprimida la propiedad privada de la misma: todas las tierras se declaran propiedad nacional”.-

reglamentaria legislativa (art. 43, párrafo 3ro, que instituye la acción de habeas data), reiteró el valioso criterio hermenéutico que sostiene la innecesariedad de la existencia de ley reglamentaria.- Dijo el Alto Tribunal: “la ausencia de normas instrumentales no es óbice para su ejercicio, pues en situaciones como la reseñada, incumbe a los órganos jurisdiccionales determinar provisoriamente (hasta tanto el Congreso Nacional proceda a su reglamentación), las características con que tal derecho habrá de desarrollarse en los casos concretos.-

Ulteriormente en el caso “Ganora, Mario Fernando y otra s/ Habeas Corpus”, la SCJN recordó lo resuelto en “Urteaga” en relación a la operatividad de la acción de habeas data no obstante la ausencia de norma reglamentaria.- Cabe recordar que conforme al art. 75, inc. 22 de la CN, confirió jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre los que se cuenta la Convención Americana de Derechos Humanos.- Sin embargo, en la causa “Ekmekdjian c/ Sofovich” de fecha 07/07/1992, la Corte Federal Argentina confirió aplicación directa y operativa al art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que recepta el derecho de “rectificación” o “respuesta”, aún cuando no existía una norma legal reglamentaria que lo desarrollase.- Añadió que el compromiso del orden jurídico interno con el Pacto podía también ser cumplido por una “sentencia judicial” y el Tribunal determinar “las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado” sería ejercido en el caso.-

Más reciente en el caso “Halabi”³¹ un abogado inició acción de amparo con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario, en cuanto vulnerarían los artículos 18 y 19 de la constitución Nacional, al autorizar la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine en que casos y con que justificativos.- En fecha 24/02/2009 la SCJ intervino en la causa, y entre otras

³¹ Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873 Decreto 1563/04, La Ley Online.-

cuestiones consideró: “Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría de derechos conformada por aquellos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos – tal el supuesto de derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores.- Frente a la falta de una ley en nuestro derecho que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase – en el caso de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos -, el art. 43 de la Constitución Nacionales es operativo y es obligación de los jueces darle eficacia”

c.-) Fijación de plazos en caso de incumplimiento por parte del poder legislativo.-

En el caso “Mignone” la Corte confirmó la declaración de inconstitucionalidad del art. 3, inc. del Código Electoral Nacional, que excluye del padrón electoral a “los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad”.- Y urgió a los Poderes Legislativos y Ejecutivo, “a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados” y, en ese marco, consideró prudente “disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses”.-

“In re” “Badaro”³² el actor plantea la inconstitucionalidad de las disposiciones de la ley 26.198, pues sostuvo que no cumplía con las pautas fijadas por la Corte Suprema en su anterior intervención en la causa.- Como precedente el Alto Tribunal había exhortado a los otros poderes para que en un plazo razonable regularan adecuadamente por ley el tema de la “movilidad” jubilatoria.- En razón de que el nuevo texto legal no reguló los rubros retroactivos la CS entonces se pronuncia.- Declaró la inconstitucionalidad del art. 7, inc. 2 de la ley 24.463, y disponer que la prestación del actor se ajuste a partir del 1ro de enero de 2002 y hasta el 31 de diciembre del 2006, según las

³² Fallos Corte: 330:4866, Cita online AR/JUR/7378; LL 2007-F-688.-.

“variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el INDEC; ordenar a la demandada (Estado) que abone el nuevo haber y las retroactividades fijadas.-

La fijación de un plazo para el cumplimiento del deber de integración se encuentra recepcionada en el art. 207, inc.2, ap. D, de la Constitución de Río Negro. Allí se prevé la acción de inconstitucionalidad por omisiones y se legitima a ejercerla a quien se considere afectado en su derecho individual o colectivo, siendo competente el Superior Tribunal de Justicia que ejerce respecto de este tipo de acción competencia originaria y exclusiva.- Debe existir mora del estado provincial y si se recepta favorablemente la acción corresponde proceder de la siguiente manera: a.-) fijar un plazo para que la omisión sea subsanada; b.-) en el caso incumplimiento, integra el orden normativo, resolviendo la cuestión para el caso concreto a través del dictado de una sentencia en la que, mediante norma individual, colma la laguna normativa existente; y c) para el caso de que ello no fuera posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del estado de conformidad con el perjuicio indemnizable que se acredite.-

d.-) Autoproclamación constitucional de operatividad de los derechos y garantías.-

Un sistema extraído del derecho comparado a fin de corregir la carencia de legislación, es el sistema de “autoproclamación constitucional de operatividad de los derechos y garantías”.- Ante la ausencia o insuficiencia de reglamentación por vía legal, quedarían los jueces constitucionalmente habilitados para diseñar las vías pertinentes en orden a la efectivización del derecho o la garantía contenidos en la norma constitucional en cuestión.-

Con variantes este sistema puede ubicarse en las Constituciones de Ecuador (art. 18) y Paraguay (art. 45).- En el Derecho Público Provincial Interno en las Constituciones de Chubut (art. 21), Salta (art. 16) y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 10).-

5.-) CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE.-

1.-) Actualmente el criterio que atribuía función preventiva del daño al derecho administrativo y restitutoria al derecho procesal ha sido superado.- La teoría de la responsabilidad civil del derecho sustantivo coetáneamente se ha transformado con el objetivo prevenir también el daño ante que el mismo acaezca.- La jurisdicción ha evolucionado de una tutela restitutoria hacia una tutela preventiva.- Podría decirse hoy que existe en el derecho administrativo y procesal concomitancia buscando ambos lograr la prevención del daño, su agravamiento o recrudecimiento.-

2.-) La sentencia anticipatoria constituye una preciosa herramienta para prevenir el agravamiento del daño ya producido.- La anticipación en la jurisprudencia vernácula en nuestro país ha nacido en virtud de la influencia que ha ejercido el derecho brasilero sobre el nacional.- En la argentina la resolución anticipatoria tiene por ahora un origen predominantemente pretoriano; sin perjuicio de ello, ya algunos códigos de rito provinciales han concluido por receptarla expresamente.-Inicialmente se empezó a diseñar como una suerte de desprendimiento de la innovativa o prohibición de innovar con efecto retroactivo, pero exigiendo recaudos más hondos que los requeridos para la cautelar propiamente dicha: alto grado de probabilidad de la existencia del derecho invocado, peligro en la demora, prestación de fianza para el supuesto de que la el anticipo fuera ordenado sin derecho, y con el agregado de un cuarto requisito el peligro de daño irreparable o difícil reparación ulterior.- El “periculum indamni” debe ser diferenciado del “periculum in mora”; el primero se detiene a examinar la situación que atraviesa el reclamante y el segundo presta atención a la realidad del cautelado (riesgo de insolvencia).- Si bien originalmente – consecuencia de su desprendimiento de la teoría cautelar – se aceptaba su libramiento “inaudita parte”, últimamente la doctrina y jurisprudencia se han expedido aconsejando una mínima sustanciación a fin de posibilitar al destinatario de la medida la posibilidad de ser oído e inclusive a ofrecer alguna prueba que sea

autosuficiente (puede serlo a través de la fijación de una audiencia o de un traslado, ambos actos procesales ordenados con carácter de urgentes).-

3.-) Existen diversos medios sancionatorios y disuasivos dirigidos a reforzar la función preventiva del daño.- El art. 1714 del anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación faculta al magistrado interviniente a imponer sanciones pecuniarias a quien con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva no cumpla el deber legal.- La LDC habilita al juez a conceder al consumidor reclamante el denominado daño punitivo.- Se acepta la aplicación de astreintes (sanciones pecuniarias) a fin de reforzar el cumplimiento de la resolución anticipatoria, el “llamado de atención” en materia disciplinaria, el rechazo “in limine” por inadmisibles los planteos o incidentes abusivos por parte de litigantes maliciosos (ejercicio de recursos o incidentes “ad infinitum”, etc. etc.)

4.-) Cumple un rol supremo en la prevención del daño las correcciones por omisiones constitucionales.- Por ahora se trata de una doctrina predominantemente pretoriana y doctrinal (sin perjuicio de algunas constituciones provinciales que la receptan expresamente).- Cuando el derecho reconocido en la constitución es “operativo”, la doctrina de la SCJN ha señalado ya que la ausencia de una ley que lo reglamente no es óbice para su reconocimiento.- Empero resulta evidente: para evitar el daño o el agravamiento o recrudecimiento del perjuicio, contar con las leyes que reglamentan el ejercicio de derechos contenidos en la llamadas cláusulas programáticas.- Se sostiene dentro de esta teoría que la Ley Suprema puede ser lesionada no sólo por “acción”, sino, también, por “omisión” (por ejemplo cuando no se legisla o se legisla deficientemente, en relación a normas reglamentarias de la cláusula constitucional programática).-

Por ausencia de ley reglamentaria distintas opiniones autorizadas proponen un “control judicial de inconstitucional por omisión”, traducido en una sentencia que cubra la norma faltante, constituyendo tal declaración por si un instrumento valioso para prevenir el daño, su persistencia o agravamiento.-

En otros casos la SCJ de la Nación optó por declarar la inconstitucional, y en ese marco, consideró prudente disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro de la fijación de un plazo (por ejemplo 6 meses).- O “in extremis” acudió ante la urgencia que la norma faltante sea fijada por el propio poder judicial y cubra así el vacío mediante una sentencia conteniendo la regla no existente para el caso juzgado.-

En el derecho comparado a fin de corregir la carencia de legislación, se consagran sistemas dentro del cual se recepta la “autoproclamación constitucional de operatividad de los derechos y garantías”.-