

LA JURISDICCION PREVENTIVA

por JORGE W. PEYRANO

“Prevenir es mejor que curar” dice, con razón, el refrán y en Derecho sucede lo mismo y cada vez con mayor énfasis. Repárese, en especial, en el Derecho Ambiental (1), que es un sector del quehacer jurídico fuertemente impregnado por la necesidad de anticiparse al curso de los hechos. En verdad, es de antigua data la preocupación jurisdiccional por procurar evitar el quebrantamiento del orden jurídico y no sólo favorecer su restablecimiento. Hermann Kantorowicz (2) -a comienzos del siglo pasado- definía al Derecho como “un cuerpo de normas que tiene por finalidad la *prevención* o la ordenada solución de conflictos”.

Dicho ideario tendiente a “evitar el daño evitable” ejerció y ejerce una fuerte presión, determinante de la aparición de lo que se ha dado en llamar jurisdicción o tutela preventiva, con raíces en los interdictos romanos y en lo más clásico del pensamiento procesal (3). Apuntamos el achicamiento del Estado que se ha registrado en la casi totalidad de las naciones iberoamericanas. La referida circunstancia, a la que no ha sido ajena Argentina, ha provocado la desaparición de organismos dependientes del Poder Administrador que alguna suerte de contralor ejercían sobre una ancha franja de cuestiones que han quedado huérfanas de intervención gubernamental. Ello explica el fortalecimiento del rol de los jueces y el auge alcanzado por la denominada tutela preventiva.

Para que el lector visualice mejor los vastos territorios de la jurisdicción preventiva, seguidamente proporcionaremos sumaria información sobre algunos institutos pergeñados para dar cabida a dicha función judicial. Comenzaremos por la que, posiblemente, sea la más antigua correspondiente a las últimas décadas. Hablamos de la pretensión mere declarativa que se promueve cuando frente, v.gr., a un contrato que incluye cláusulas ambiguas o de difícil interpretación, uno de los contratantes reclama a los estrados judiciales que precisen la inteligencia correcta para de tal modo ahorrarse incumplimientos involuntarios por desconocimiento de los alcances reales de la obligación asumida (4).

Posiblemente sea el Derecho de Daños el ámbito en el cual se ha desarrollado más ricamente el imaginario de la tutela preventiva, que en dicha área suele recibir el apelativo de “tutela civil inhibitoria” (5). En su esfera de acción, destacamos varias herramientas encaminadas a tornar realidad que la mera amenaza del daño justifique la intervención judicial. Habitualmente se echa mano al artículo 43 C.N. (6) y a la tutela judicial efectiva (7) como los respaldos constitucionales de la acción preventiva que es aquella que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños,

patrimoniales o morales, potencialmente posibles, conforme al orden normal y corriente de las cosas a partir de una situación fáctica existente; existiere o no algún vínculo jurídico preexistente con el legitimado pasivo de ella. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genere el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción. La mentada acción preventiva cuenta con varios ejemplos de acogida legal expresa. Veamos algunos: la denuncia de daño temido del artículo 2499 Código Civil, el tenor del artículo 3157 Código Civil y los textos de los artículos 52 y 55 de la ley 24240. Es más: el Proyecto en curso de Código Civil y Comercial de la Nación regula la acción preventiva de daños de manera amplia y detallada (8), incorporando una batería de recaudos aconsejados por la doctrina autoral. Y qué decir del llamado “mandato preventivo”? Con su socorro el órgano jurisdiccional puede y debe, oficiosamente, emitir órdenes judiciales (aún respecto de terceros ajenos al proceso civil respectivo) cuando la sustanciación de un proceso le ha dado la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no (9). Dicho instituto reconoce un primer precedente que data de 1986 que le corresponde a la Justicia civil bonaerense (10), pero habitualmente se invoca en primer lugar cronológico a una conocida resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (11). Recientemente, la figura en cuestión ha recibido un fuerte espaldarazo de parte de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en la causa “Carrizo” (12). En todos estos casos, el órgano jurisdiccional había constatado con motivo de la sustanciación de un proceso civil la posibilidad de que se reiteraran daños ya acontecidos; arbitrando, entonces, medidas conducentes a conjurar tal eventualidad; medidas que, obviamente, eran susceptibles de todos los recursos proponibles en esta nueva instancia abierta en el interior de un proceso principal en cuyo seno se habían originado. “Los jueces no pueden ser fugitivos de la realidad”, como enseñaba Morello. Tampoco ciegos y mudos ante la evidencia de que pueda repetirse o agravarse un daño del tenor, vg.r., del fallecimiento de una menor ahogada en una depresión del terreno cubierta por el agua de lluvia o del accidente de tránsito en un paso a nivel carente de barreras y de señalización lumínica o sonora.

La tutela anticipada de urgencia es otro instituto en el que, frecuentemente, se registra el ejercicio de jurisdicción preventiva porque la concesión de aquella (es decir, el pago a cuenta del importe de una pretensión resarcitoria fuertemente atendible) se funda muchas veces en la necesidad de evitar males mayores como la imposibilidad ulterior de colocar una prótesis bioeléctrica en reemplazo de un antebrazo seccionado en un infortunio laboral, tal como ocurriera en “Camacho Acosta” (13). En “Pardo” (14) -otro hito en el rubro de tutela anticipada de urgencia- la Corte federal acordó el requerimiento de urgencia

reclamado por la víctima de un accidente de tránsito sumida en un cuadro de cuadriplejia espástica irreversible, situación⁸ que podía agravarse y llevarla a la muerte.

Finalmente, traemos a cuento el quehacer jurisdiccional que intenta evitar quebrantamientos del deber de buena fe procesal. Allí encontramos la novedad de las medidas anticautelares con cuyo auxilio se procura impedir la consumación de abusos procesales cautelares. De qué estamos hablando? Pues de una autosatisfactiva con orientación definida que puede promover el posible destinatario de una cautelar absiva, por resultarle particularmente perjudicial para el giro de sus negocios (se en razón de una cautelar precisa, sea porque la cautelar en cuestión compromete la libre disposición de ciertos bienes) y ser fácil e idóneamente reemplazable por otra precautoria. Apunta a prevenir un abuso procesal probable anticipándose a su consumación merced al dictado de una autosatisfactiva que le ordena a su destinatario que no trabe una determinada cautelar (una inhibición general, por ejemplo) que puede redundar en que se le “corte” al requirente su crédito comercial y financiero indispensables para el giro de sus negocios o que cautele ciertos bienes (vg. cuentas bancarias de una entidad aseguradora) porque su indisponibilidad conspira contra el flujo monetario que signa su actividad (15). También en este sector podemos contabilizar las advertencias que apuntan a disuadir respecto de conductas obstruccionistas de los procedimientos, en vez de aplicar directamente una sanción disciplinaria. Ya hemos tenido ocasión de referirnos al tema, en los siguientes términos “Así, en materia disciplinaria, la bienvenida decisión del magistrado que sin aplicar directamente una sanción disciplinaria, le advierte a un letrado que de persistir en su actitud obstructiva (vger., promoción de incidencias notoriamente infundadas) puede ser objeto de la medida disciplinaria del caso. Alguna difusión tiene la práctica pretoriana de “llamar la atención” del abogado que está en un tris de incurrir en una inconducta procesal. Dicho “llamamiento” no es considerado sanción disciplinaria y por ello es irrecurrible”(16).

Luego de compulsar la breve reseña concretada, creemos que el lector puede tener una visión más completa del accionar preventivo de los jueces. Dicho accionar no es únicamente un signo de mayor cultura jurídica, sino también una expresión de que en la hora actual la Justicia da a cada uno lo suyo pero asimismo también puede impedir que se pierda lo propio. Ya no más, se la debe considerar una estructura exclusivamente talonial porque también admite que se la pueda visibilizar con un cariz más amable y menos vindicativo.

- (1) Vide los artículos 2, 29, 30 de la ley 25.675 y en especial el artículo 4 en cuanto incorpora el principio de prevención en la materia en los siguientes términos: “...Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”.
- (2) H. Kantorowicz es también el autor de la conocida frase “Al Derecho le falta un Lutero” con la que graficaba la necesidad de simplificar el discurso jurídico, de igual modo que éste último con su traducción de la Biblia al alemán obtuviera un mayor acercamiento entre la religión y el pueblo.
- (3) PEYRANO, Jorge W., “La acción preventiva”, Buenos Aires 2004, Editorial LexisNexis Abeledo Perrot, página 15.
- (4) PEYRANO, Jorge W., “La acción mere declarativa como medio de la plena realización de la garantía jurisdiccional de certeza jurídica”, en “Cuestiones de Derecho Procesal”, Buenos Aires 1980, Editorial La Ley, página 50.
- (5) LORENZETTI, Ricardo, “La tutela civil inhibitoria”, en La Ley 1995-C, página 1218.
- (6) NICOLAU, Noemí, “La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional” en La Ley 1996-A, página 1245 y siguientes.
- (7) PEYRANO, Jorge W., “Importancia de la consolidación del concepto de la tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil y análisis de su contenido”, en Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, año 2012, pág. 218.
- (8) Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo 1711: “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.
- (9) PEYRANO, Jorge W., “La jurisdicción preventiva civil en funciones”, en “Cuestiones procesales modernas”. Suplemento especial de La Ley de octubre de 2005, página 152.
- (10) Se trata de “Altamirano” que fuera comentado por Augusto Morello y Gabriel Stiglitz en “Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia”, publicado en La Ley 1987- D, 364.
- (11) Resolución de la Cámara Federal de La Plata publicada en JA 1988-III-96.
- (12) **Conf. cita 9.**
- (13) Fallos 320: 1633.
- (14) Vide su comentario en “Una confirmación de que la jurisdicción anticipada está entre nosotros”, por Jorge W. Peyrano, en Revista de la Responsabilidad Civil y Seguros febrero 2012, Ed. La Ley.

- (15) PEYRANO, Jorge W. "Una autosatisfactiva con orientación definida: la medida anticautelar", en J.A. 2012-I, 1252. Puede consultarse también "Las medidas anticautelares", en La Ley 2012 B, pág. 670 y ss.
- (16) PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva", ob. cit. página 16.