Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

El rol del juez en la acción preventiva del Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Tomás Krasnapolski

Legajo: 251901

Mentor: María Guadalupe Martinez

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 25 de julio de 2018

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

El rol del juez en la acción preventiva del Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Tomás Krasnapolski

Legajo: 251901

Mentor: María Guadalupe Martinez

Ciudad Autónoma de Buenos Aires,
25 de julio de 2018

Índice:

I. INTRODUCCIÓN: 2

II. ACCIÓN PREVENTIVA 3

A. PREVENCIÓN VS. REPARACIÓN. 3
B. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS. 8
C. DESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PREVENTIVA 10
1. Requisitos de procedencia: 12
2. Contenido de la sentencia: 15
D. COMPARACIÓN CON FIGURAS AFINES: 18
1. Medidas cautelares 19
2. Medida autosatisfactiva 19
3. Tutela anticipada de urgencia 20
4. Recurso de amparo 22
5. Institutos particulares 22
E. RECAPITULACIÓN 25

III. EL ROL DEL JUEZ EN LA ACCIÓN PREVENTIVA 25

A. ROL DISCRECIONAL DEL JUEZ 25
B. MOMENTOS EN LOS CUALES SE MANIFIESTA LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ: 29
1. Procedencia de la prevención 29
2. Diseño de las medidas preventivas 32
C. PROBLEMAS APAREJADOS AL ROL DEL JUEZ EN LA ACCIÓN PREVENTIVA: 33
1. Principio de división de poderes 34
2. Principio de legalidad 36
3. Seguridad jurídica 38

IV. CAMBIO DE PARADIGMA 39

A. DERECHO CIVIL TRADICIONAL 39
B. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO O NEOCONSTITUCIONALISMO 41
C. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS 44
D. LA ACCIÓN PREVENTIVA EN EL MARCO DE CAMBIO DE PARADIGMA 46

V. PARÁMETROS Y LÍMITES 48

A. PARÁMETROS 49
B. LÍMITES 53
1. Deber de motivación y fundamentación 53
2. Debido proceso y derecho al contradictorio 55

VI. CONCLUSIÓN: 56

I. Introducción:

Tradicionalmente, la responsabilidad civil se centraba en una única y exclusiva finalidad: la reparación del daño. Así, los institutos que hacían al derecho de daños tanto nacional como extranjero tenían puesta su atención exclusivamente en la víctima del daño injustamente causado y en la compensación que el dañador debía otorgarle de forma tal que se retornase a la víctima a la situación en la que se encontraba antes de la producción del hecho dañoso. Sin embargo, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en vigencia desde el 1 de agosto de 2015, rompió con esta monotonía incluyendo de forma expresa la prevención como función propia de la responsabilidad civil a la par de la reparación. De tal forma, se genera un cambio de paradigma dentro del derecho de daños en el que la prevención, que antes tenía un rol menor, subsidiario, pasa a cobrar un papel central en el objeto, en la forma y en el modo en el que opera el derecho de daños en nuestro país. Al punto tal que podríamos sostener que la nueva responsabilidad civil tiene como objetivo la prevención, evitar el daño, antes que repararlo.

En efecto, luego de afirmar en el artículo 1708 la función de prevención del daño en pie de igualdad con la reparación, el artículo 1710 desarrolla el contenido de la función preventiva a través de la imposición sobre todos los ciudadanos de la obligación de cumplir con tres estándares que bien pueden sintetizarse en la máxima del *neminem laedere*, es decir, en el deber genérico de no dañar a otro, de prevenir el daño. Así, el artículo 1710 dispone:

> "Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:
>
> a) Evitar causar un daño no justificado;
>
> b) Adoptar, de buena fe y conforme las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
>
> c) No agravar el daño si ya se produjo"

Ahora bien, el Código Civil y Comercial no se limita a introducir en forma genérica la función preventiva y el deber de evitar el daño que esta conlleva, sino que, a los fines de hacer valer esta tutela preventiva, avanza un poco más e incluye una serie de herramientas procesales que regulan el ejercicio de una nueva acción procesal: la "acción

preventiva". Así, el nuevo Código nos provee de una herramienta procesal para poder hacer efectiva la función preventiva. Esta acción está dispuesta en los artículos 1711 a 1713 y tiene como objetivo la prevención del daño mediante una orden judicial para impedir o hacer cesar una conducta si es previsible la producción o agravamiento de un daño.

Este cambio de paradigma en materia de la responsabilidad civil, de un lenguaje único y exclusivo de reparación a uno de prevención, nos pone ante una serie de preguntas y cuestionamientos que aún no han sido contestados por la jurisprudencia y la doctrina en razón de su novedad. Entre estas cuestiones ocupa un rol central aquella que va a ser objeto de estudio en este trabajo, esto es, la referida al nuevo rol del juez, sus alcances y limitaciones, que este nuevo paradigma y, principalmente, la "acción preventiva" introducida por el nuevo Código parecen acarrear.

En efecto, a través de estos nuevos mecanismos procesales orientados hacia la evitación del daño, los límites del caso judicial se ven desdibujados y el juez parece dejar de ser un mero verificador del acaecimiento de un daño, evaluador de la conducta realizada según parámetros establecidos por la ley y aplicador de la consiguiente obligación de resarcir, para tomar un rol mucho más activo y discrecional. Efectivamente, la norma le otorga al juez la facultad de "disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda" pese a que el daño aún no haya acaecido. A la vez, establece como único límite para el juez el deber de "ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad".

II. Acción Preventiva

A. Prevención vs. Reparación.

Al analizar un sistema jurídico, como es el derecho de daños, la primera cuestión que surge como objeto de estudio es aquella relativa a sus funciones. Para el derecho de daños, en particular, esta es una cuestión absolutamente controvertida que ha tenido a lo largo de la historia dos posturas antagónicas claramente establecidas: por un lado, se encuentran aquellos que tradicionalmente vienen sosteniendo a la reparación como función esencial y única del derecho de daños y que, en consiguiente, enfatizan su

aspecto puramente subsanador (Coleman, Epstein, Fletcher y Wenrib como principales autores de la escuela de la “Justicia Correctiva”). Del otro lado, se encuentran aquellos que al lado del rol resarcitorio del derecho de daños afirman su rol preventivo. En efecto, según ellos la práctica del derecho de daños es esencialmente reguladora de la conducta y solo subsidiariamente reparadora (Calabresi, Posner, Shavell como principales autores del análisis económico del derecho de daños).

Si bien esta discusión respecto de la existencia o no de la prevención como función del derecho de daños fue zanjada en nuestro país con la sanción del Código Civil y Comercial que en su artículo 1708 afirma que tanto reparación como prevención son funciones de la responsabilidad civil, y si bien esta discusión no es el objeto central de este trabajo, resulta necesario hacer una exposición sucinta de las posiciones encontradas y de los principales argumentos que, en definitiva, han guiado a los legisladores para afirmar el papel protagónico de la función preventiva.

Como se dijo, entonces, tradicionalmente se sostuvo que la función esencial y única del derecho de daños era la reparación del daño. En defensa de esta postura encontramos a aquellos filósofos del derecho de daños y autores teóricos enrolados principalmente en la escuela de la “justicia correctiva”. Estos autores, como Coleman y Wenrib, sostienen que la reparación de los daños injustamente causados por parte de quien los produjo es el principio fundamental en el que descansa el derecho de daños y el basamento de todo el sistema (en Keating 2012, 299). Según ellos, el foco del derecho de daños está puesto en la relación bilateral dañador-víctima, y en la compensación que el primero le debe al segundo a raíz de que le provocó un daño injustificado, por lo que debe rectificar tal situación colocando a la víctima en la situación anterior a la producción del daño. No hay lugar según esta teoría para la prevención. La práctica del derecho de daños es pura y esencialmente resarcitoria.

Por su parte, la idea de prevención como función de la responsabilidad civil se introduce con fuerza a partir del desarrollo de las teorías de análisis económico del derecho las cuales sostienen el rol del derecho de daños como regulador de conductas. En efecto, según Calabresi (2008), uno de los principales expositores de esta escuela, el objetivo principal del derecho de daños no es compensar a las víctimas por el daño causado sino disminuir el costo social futuro de los accidentes, conformado por la suma del costo de los daños causados y el costo erogado en su prevención. Consecuentemente, la única razón para atribuir responsabilidad por el daño ya causado,

dado que este es un costo hundido, es su relevancia para disminuir los costos futuros como generador de incentivos adecuados dirigidos a los ciudadanos en general para evitar futuros daños, siempre y cuando valga la pena que sean prevenidos (Keating 2012, p. 295). Por lo tanto, los sujetos adecuados a los cuales atribuir responsabilidad no son aquellos que han causado el daño injusto sino aquellos que están en mejor posición para evitar el daño futuro en forma eficiente, es decir, los *cheapest cost avoiders*. De esta forma, para estos doctrinarios, el derecho de daños no tiene nada que ver con la responsabilidad por el daño causado sino que su función sustantiva es la de proveer los incentivos adecuados para minimizar el costo social futuro.

Los filósofos de la escuela de la Justicia Correctiva reaccionan frente a la posición del análisis económico del derecho de daños exhibiendo las falencias descriptivas de esta teoría. Entre ellas, que no logra encuadrar con aspectos fundamentales de la práctica del derecho de daños como ser el hecho de que la atribución de la responsabilidad de reparar a la víctima recaiga en aquel que causó el daño. La razón que está detrás de esta atribución de responsabilidad no sería una cuestión de eficiencia, ya que el análisis económico solo podría argüir en su defensa que los victimarios suelen ser los *cheapest cost avoiders* lo cual resulta insuficiente, sino la creencia de que es intrínsecamente justo que aquel que causó el daño sea el encargado de repararlo (Keating 2012, p. 302).

No obstante, lo destacable de la teoría económica es el haber afirmado que el derecho de daños puede y debe ser algo más que reparación y haber señalado que incluso la función reparadora cumple un rol preventivo al disuadir a futuros dañadores de incurrir en conductas dañosas con la amenaza de tener que pagar una indemnización. Así, ya sea o no el propósito primario del derecho de daños, la disuasión surge al menos como un aparente efecto de este sistema, y con ella, de la mano, la prevención de futuros daños.

No obstante esta dicotomía entre reparación y prevención, existen otras posiciones que proclaman la existencia en el derecho de daños de una función preventiva a la par de la tradicional función reparadora.

Una importante teoría intermedia seguida por Keating (2012) y Schwartz (1996), sostiene la diferencia entre deberes primarios y secundarios en el derecho de daños. Los deberes primarios son aquellos deberes relacionados con la evitación del daño. Los deberes secundarios o “remediales” son aquellos que surgen una vez incumplidos los

deberes primarios, esto es, una vez provocado el daño, y que consisten en la reparación del mismo. Dicho de otra manera, el derecho de daños establece en primera instancia la obligación de respetar los derechos personales de cada individuo -*neminem laedere*- y en segunda instancia, ofrece herramientas -la reparación- para hacer valer estos derechos cuando pese a la obligación de respetarlos ya han sido violados. La reparación sería así un *second best* cómo método de protección de los derechos. Dicho de otra manera: la mejor forma de proteger los derechos es cumpliendo con las obligaciones primarias, es decir, tomando las medidas necesarias para evitar violar los derechos de los demás, para evitar causar un daño. Ahora bien, si no se logró dar cumplimiento a estas obligaciones primarias y el derecho ya fue vulnerado, la mejor forma actual de respetar esos derechos es mediante la reparación, intentando retornar a la situación previa al daño (Keating 2012, p. 308)

Resultan ejemplificadores en este sentido las palabras de Papayannis (2014, p. 40) al defender la existencia del deber primario de evitar el daño:

> "(…) quien insiste en la inexistencia del deber de no dañar tiene que sostener que el mundo normativamente defectuoso es aquel en el cual el agente daña y no indemniza. Pero ello haría que el mundo en que el daño no ocurre y el mundo en que el daño es compensado sean normativamente equivalentes. Ambos son mundos ideales. Esto supone que la negativa de proveer un resarcimiento es la única incorrección que debería generar una crítica justificada, indignación o pedido de disculpas. Esto claramente *no es así* en nuestro esquema conceptual. El pago de la indemnización, por cierto, evita una *segunda incorrección*. La primera sería haber dañado. La segunda, no compensar. Hay algo de insultante en dañar y no compensar los perjuicios sufridos por la víctima, salvo cuando las partes mantienen un desacuerdo razonable sobre si el daño es resarcible o existen dudas sobre la causalidad, entre otras cosas. Pero, dejando de lado los casos controvertidos, quien daña y no repara las pérdidas causadas obra *dos veces* de manera incorrecta… el pago de una indemnización no elimina la incorrección de la acción que antecede al deber de compensar. Solo evita una nueva incorrección dada por la negativa de resarcir".

Esto demuestra la subsidiariedad de la reparación respecto de la prevención. El incumplimiento de los deberes primarios de prevención del daño es la circunstancia que hace entrar en juego a la reparación. Cuando las obligaciones preventivas del derecho de daños son perfectamente observadas no hay lugar para la reparación, que solo nace ex post, cuando un daño se produjo.

Esta parece ser la solución adoptada por el Código Civil y Comercial que luego de proclamar en el artículo 1708 la función de reparación y la función de prevención, establece en el art. 1710 la existencia del deber de prevención del daño. Efectivamente, el art. 1710 dispone que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa de "evitar causar un daño no justificado" y de "adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud".

Por otro lado, existen argumentos doctrinarios adicionales que sustentan la necesidad de la consagración de una función preventiva en el derecho de daños:

a) A ningún individuo le es indiferente ser dañado e indemnizado o no serlo directamente, ya que, como dice Vallespinos (2011, p. 132) "al hombre no le es indiferente el *ex ante* o el *ex* post. Siempre su instinto natural lo llevará a preferir el primero". Por lo que, si asumimos que la reparación busca restituir a la víctima a la posición en la que se encontraba antes de que suceda el hecho dañoso, surge que la prevención es incluso preferible a la reparación, ya que implica *mantener* a la víctima en la misma posición sin que el hecho dañoso se produzca directamente.

b) A esto se le suma el hecho de que la reparación plena e integral no es más que un mito, una ficción, puesto que la gran mayoría de injustos que cuentan como daños comparten la propiedad común de no ser reparables en forma plena e integral tal como sostiene la norma (Keating, p. 2012). En efecto, siendo absolutamente estrictos, solo podrá hablarse de reparación plena e integral en caso de bienes fungibles. La infungibilidad del bien hace imposible hablar de compensación plena. Esto se hace aún más notorio en el caso de derechos personalísimos como el honor, la privacidad, la identidad o en derechos de incidencia colectiva como el ambiente.

c) Otro argumento que hace preferible a la prevención del daño por sobre la reparación es el elevado costo de las técnicas resarcitorias. En efecto, como señala Zavala de González (2011, p. 5) "No todo el dinero que desembolsa el responsable llega integro al patrimonio de la víctima, debido a erogaciones colaterales, sobre todo cuando las pretensiones se satisfacen por vías de litigios judiciales y, en alguna medida, a través de reclamaciones extrajudiciales (costo de intimaciones, impuestos y tasas para solventar estructuras tribunalicias y gastos del proceso, así como honorarios de diversa índole)".

d) La proliferación y masificación del riesgo en la época moderna, esto es, “la tendencia de la sociedad contemporánea a la producción de hechos potencialmente dañosos que inclusive pueden alcanzar los intereses colectivos o difusos de la comunidad” (Vallespinos 2012, p. 132), genera la necesidad de aplicar medidas de carácter preventivo, dada la debilidad de la reparación para afrontarlos.

En definitiva, y como se describirá en el próximo apartado, la posición que sostiene la existencia -y preeminencia- de la función de prevención del daño a la par de la función resarcitoria le ha ganado la pulseada a aquellos que le negaban un rol protagónico en el derecho de daños. Hoy es indubitable el papel que ocupa la prevención, y la proliferación de institutos procesales con finalidad exclusivamente preventiva y de protección ex ante de los derechos es prueba de ello.

B. Evolución del derecho de daños.

El Código Civil y Comercial recepta como funciones del derecho de daños, en pie de igualdad, tanto a la reparación como a la prevención y, además, otorga vigencia a una genérica tutela preventiva del daño. Sin embargo, esto no siempre fue así y hasta la sanción de este nuevo complejo normativo del Derecho Privado la reparación se erigía como única y fundamental función de la responsabilidad civil, otorgándole a la prevención un rol secundario y excepcional.

En efecto, el derogado Código Civil de 1869 fue un reflejo del Código Napoleónico y de la concepción de individualismo que, fruto de las ideas de la Revolución Francesa, exigía al ordenamiento jurídico un resguardo extremo del principio de libertad individual como protección al ciudadano frente al poder omnipotente del Estado. Coincidente con esta concepción, el Código derogado en un principio instauró un sistema de responsabilidad civil de tinte sancionatorio que, por medio del principio de culpabilidad, buscaba garantizar que el individuo únicamente se viera obligado a responder cuando su conducta fuera pasible de un reproche subjetivo. Como se observa, este sistema de responsabilidad civil era absolutamente incompatible con la idea de prevención *ex ante* del daño, como se encargó el mismo Vélez Sarsfield de ratificar expresamente en la nota al artículo 1132 (daños ocasionados por la ruina de una heredad) en la que afirmaba:

> “La caución *damni infecti*, del derecho romano, cuyo fin era procurar al vecino una caución para reparar el perjuicio que podría causarle la caída de un edificio no tiene objeto desde

> que se le concede acción por las pérdidas e intereses del perjuicio, cuando lo sufriese. 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 de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina".

Este modelo va a comenzar a cambiar, a partir de la mitad del siglo XX, con la aparición, principalmente, de la idea de riesgo creado y de los derechos de tercera generación, y la consecuente reforma al Código Civil que impulsó la introducción de la responsabilidad objetiva, es decir, el deber de reparar aun sin culpa, en virtud de un factor objetivo de atribución. Efectivamente, el advenimiento de la sociedad de masas y, con ello, el incremento exponencial de los factores de riesgos y de la producción de daños, generaron en los operadores jurídicos el convencimiento en la injusticia de exigir a la víctima, en todos los casos, la prueba del reproche subjetivo en la conducta del dañador que, por esa compleja y muchas veces irrealizable carga, determinaba que muchos daños quedaran sin resarcimiento. En este sentido, comenzaron a imponerse en el ámbito de la responsabilidad civil ideas solidaristas que dejaban de mirar al victimario para poner los ojos en la víctima y en la necesidad de que esta obtenga una reparación plena e integral del daño injustamente sufrido. Se produce así lo que algunos autores llamaron la evolución de una "deuda de responsabilidad" hacia un "credito de indemnización" (Lorenzetti 2015, v.1, p. 280).

Así, al enfocarse el derecho de daños en la figura de la víctima y ya no en la del dañador o, tal como señala Zavala de González (2011, p. 1) "al consagrarse definitivamente que la víctima pasaba a ser el eje central de toda cosmovisión", se comenzó a vislumbrar un posible ingreso de la idea de prevención *ex ante* del daño en el sistema de la responsabilidad civil. En efecto, se introdujeron por esta época, en nuestro sistema de derecho de daños, ciertos institutos de tinte preventivo como el previsto en el artículo 1071 bis al tutelar la esfera de intimidad de las personas (incorporado por Ley 21.173 de 1975); el artículo 2499 al receptar la llamada acción de daño temido (por ley 17.711 de 1968); el artículo 2618 y el resguardo contra las inmisiones (por ley 17.711 de 1968), entre otros.

Sin embargo, lo cierto es que, más allá del cambio de concepción y de estas contadas excepciones de institutos preventivos, la prevención estaba lejos de erigirse

como función de la responsabilidad civil, siendo aún la reparación el centro del sistema de derecho de daños. De todas formas, paulatinamente la idea de que prevenir el daño es, muchas veces, mejor que repararlo y la consecuente necesidad de introducir una tutela de jurisdicción preventiva de daños al sistema de responsabilidad civil fue tomando forma y vigor en la doctrina y jurisprudencia que incluso llegó a sostener la existencia de un derecho a no ser dañado derivado del mismo principio *neminem laedere* que sustenta la existencia del deber de reparar. Esta defensa y promoción de la prevención como función del derecho de daños -y la tutela jurisdiccional preventiva como modo de ejercer la prevención- fue escalando, logrando cada vez tener menos voces opositoras. La primera gran conquista detrás de estas propuestas con enfoque preventivo llegaría de la mano de la reforma constitucional de 1994 y la consagración en ella del amparo, una acción de carácter preventivo, y el reconocimiento de los derechos de intereses difusos.

Desde este momento, la prevención del daño fue instalándose como prioritaria en distintas materias. Leyes especiales como la Ley General del Ambiente (artículo 4) y la Ley de Defensa al Consumidor (artículos. 52 y 55), sancionadas a continuación de la reforma constitucional, contemplaron expresamente, para sus ámbitos de aplicación, tanto el deber expreso de prevenir el daño como la posibilidad de accionar judicialmente para impedir o neutralizar los efectos de conductas potencialmente dañosas.

Sin embargo, aún no se reconocía en forma expresa a la prevención como una función del derecho de daños y, principalmente, no existía una acción preventiva genérica que permitiera accionar judicialmente para impedir cualquier tipo de daño ante la amenaza de producción del mismo. Es precisamente esto último en lo que da el gran y último paso el Código Civil y Comercial al disponer, en su artículo 1708, la prevención como función del derecho de daños en pie de igualdad con la función resarcitoria, la existencia de un deber general de no dañar en el artículo 1710 y, fundamentalmente, en los artículos 1711 a 1713 la acción preventiva como tutela genérica de prevención de daños que será analizada a continuación.

C. Descripción de la acción preventiva

El Código Civil y Comercial de la Nación, instaura en sus artículos 1711 a 1713 una figura inédita para nuestro ordenamiento jurídico: la acción preventiva de daños.

Esta acción genérica, también llamada “tutela inhibitoria” en el derecho comparado -Italia y Brasil- y por nuestra doctrina y jurisprudencia anterior a la sanción del nuevo Código, tiene como finalidad evitar la comisión, repetición o agravamiento de un daño y ha sido definida por distintos autores como aquella acción que:

> “Puede tener por destinatarios a particulares o entidades públicas y 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 antijurídica existente. De tener éxito, se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busca revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño (o de persistencia o repetición) que justifica su promoción”. (Peyrano 2016, p. 20).

En efecto, esta pretensión preventiva, a diferencia de la acción típica de daños y perjuicios no se orienta a obtener un resarcimiento por el daño sufrido como modo de reestablecer las cosas al estado anterior al acaecimiento del daño, sino que busca anticiparse a la comisión del daño -o a su repetición o agravamiento- ante la amenaza fundada de este, solicitándole al juez que dicte las medidas que considere prudentes para impedir la configuración del perjuicio -o dictándolas el magistrado de oficio si advierte la amenaza de daño durante un proceso-, pudiendo estas consistir en un mandato de hacer o de no hacer respecto de aquel que se encuentre en la mejor posición para evitar tal resultado lesivo. En otras palabras, es una acción destinada a hacer cesar aquella situación que previsiblemente provoque un daño mediante una orden judicial dirigida a aquella persona cuya conducta configura esa situación, para que cese en tal comportamiento o lo modifique.

En este sentido, el artículo 1711 dispone textualmente: “*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”.

Así, por ejemplo, ante la instalación en la zona de una fábrica que, como efecto de la producción, expide humos tóxicos, los vecinos, al tomar conocimiento, para evitar que tal contaminación les provoque un daño en la salud, podrán interponer acción preventiva ante el tribunal competente a fin de que este determine ya sea el cese de la producción o la implementación por parte de la empresa de determinadas medidas de prevención ambiental. Del mismo modo, aquel individuo que encontrare su honor e imagen lesionados por la publicación y difusión de imágenes íntimas sin haber prestado su

consentimiento, con la intención de impedir la continuación de tales daños, podrá interponer acción preventiva contra el propietario de las página web de que se tratare con la finalidad de que retire la publicación dañina y contra los intermediarios de internet (buscadores) para que eliminen y bloqueen el acceso a aquellas URLs donde figuren las publicaciones lesivas y/o se dicte cualquier otro tipo de medida preventiva que el juez considere necesaria.

Por otro lado, como se observará más adelante en este trabajo, la acción preventiva establecida por el Código Civil y Comercial, contempla a la vez otra figura muy emparentada con esta que un sector de la doctrina denominó “mandato preventivo” (Peyrano 2016). Consiste, básicamente, en la facultad del juez, al tomar conocimiento en el marco de un proceso de una fuente de peligro latente y de posible causación de daños para una de las partes o para terceros ajenos al proceso, de dictar, aún sin que ninguna de las partes se lo solicite, una determinada medida que tenga como objetivo suprimir esta fuente de peligro e impedir los posibles daños. La medida, normalmente, estará dirigida a una de las partes que es la que, con su conducta antijurídica, pone en peligro los bienes de la otra o de terceros, pero puede también, excepcionalmente, estar dirigida a alguien extraño al proceso.

De este modo, para ejemplificar, si en el contexto de una demanda de daños particular en el que el perjuicio fue provocado por un producto defectuoso se comprueba que tal defecto es común a toda la serie del mismo producto, el juez podrá determinar, de oficio, dado el riesgo de que otros consumidores sean lesionados por el mismo defecto, que se retire el producto del mercado o bien, que se informe adecuadamente a los consumidores del defecto con el fin de que no se materialice el daño.

1. Requisitos de procedencia:

Los requisitos de procedencia de la acción preventiva, que se encuentran formulados en los artículos 1711 y 1713, son totalmente distintos de aquellos de la acción resarcitoria. Cabe analizarlos uno por uno:

a) Amenaza de daño:

Debe concurrir una posibilidad seria y razonable de que se produzca un resultado dañoso. Como sostiene Lorenzetti (1995, p. 6) “El supuesto de hecho es la existencia de un perjuicio que aparece como causalmente previsible. El peticionante deberá acreditar la

existencia de este supuesto, invocando un daño y que este puede suceder, aportando los datos necesarios para establecer esta vinculación".

Sólo se exige "la presencia de una situación fáctica actual idónea para producir un daño futuro, haciendo nacer así en el potencial afectado un interés de obrar suficiente para estar en condiciones de promover una acción preventiva y conseguir una sentencia de mérito sobre el particular" (Peyrano 2016, p. 95). Ello implica, por un lado, que es indiferente si el daño efectivamente se produce o no. Por otro lado, como señala De Los Santos, tampoco es exigible la acreditación de un daño inminente, sino exclusivamente la amenaza de daño futuro, "pues la acción preventiva puede ser o no urgente" (en Peyrano 2016, p. 211). Por último, tampoco importa para la procedencia de la tutela inhibitoria la gravedad del daño previsto, ni la naturaleza del derecho que se busca tutelar, siendo procedente esta acción tanto cuando el derecho amenazado sea de carácter patrimonial como extrapatrimonial, individual, colectivo, etc.

b) Conducta antijurídica:

Se exige la presencia de un comportamiento antijurídico (acción u omisión) llevado a cabo por el demandado que crea la situación de amenaza de daño. La antijuricidad de la conducta debe ser interpretada en modo sustancial y no meramente formal, es decir que "radica en la contradicción entre el hecho de una persona y el ordenamiento jurídico, considerado este en forma integral" (Peyrano 2016, p. 96). En efecto, según los mismos Fundamentos presentados por la Comisión encargada de la elaboración del Proyecto de Código Civil y Comercial, se entiende por cumplido con el requisito de antijuricidad con la mera violación al deber genérico de prevención que se consagra en el artículo 1710. Por lo que, en definitiva, alcanza con que la conducta genere la amenaza de daño -y con ello, se practique un hecho contrario a derecho- para que se repute antijurídica para los efectos de la procedencia de la acción preventiva, aunque la actividad cuente con autorización administrativa o no viole norma alguna prevista por el resto del ordenamiento jurídico. Esta misma interpretación surge de los primeros fallos que han visto la luz luego de la sanción del Código Civil y Comercial, tales como "Walmart Argentina SRL c/ Grainco S.A. y otro s/ Medida precautoria" resuelto por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial y "Barrault de Villegas, Elsa c/ INC. S.A. p/ daños y perjuicios" resuelto por el 1° Tribunal de Gestión Judicial Asociada en lo Civil, Comercial y Minas de la Provincia de Mendoza.

c) Adecuada relación de causalidad entre la amenaza de daño y la conducta del sujeto pasivo.

El solicitante debe acreditar la existencia de una vinculación causal, que satisfaga los extremos de la teoría de la causalidad adecuada, entre la conducta -acción u omisión- del demandado y un posible daño que, causalmente, debe derivar como consecuencia mediata o inmediata de aquella (Llamas Pombo 2007, p. 21)

Es decir, el daño cuya causación se acreditó como probable, debe ser resultado esperable, según el curso normal y ordinario de las cosas, de la conducta del demandado que se reputa antijurídica.

d) Legitimación activa:

Se exige, para la procedencia de la pretensión preventiva, que el actor acredite su legitimación activa. En este sentido, el artículo 1712 expresa: “Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”.

Con la formula “interés razonable”, la doctrina ha interpretado que la norma concede una legitimación amplia para interponer la acción preventiva, incluyendo tanto aquel que tenga un interés individual en obtener una sentencia que tutele su derecho amenazado, como los intereses colectivos, en cuanto se vean afectados derechos de incidencia colectiva, en cuyo caso, podrán demandar el Defensor del Pueblo y las asociaciones legalmente reconocidas, tales son los legitimados colectivos que plantea el art. 43 de la Constitución Nacional (Lorenzetti 2015) y (Peyrano 2016).

En definitiva, el actor deberá acreditar que es titular de cierto interés en la prevención de un daño, siendo el juez quien determinará, en el caso concreto, si ese interés es pasible de ser reputado “razonable” o no.

e) Posibilidad material de detener la actividad dañosa:

Correctamente según nuestra opinión, algunos autores tales como Llamas Pombo (2007) y Kemelmajer de Carlucci (en Peyrano 2016, p. 391) exigen, como requisito adicional de procedencia de la acción inhibitoria, que por medio de la medida que dicte el juez sea efectivamente posible interrumpir el curso causal que, en un principio, conllevaría a la configuración del daño. Como señala Llamas Pombo (2007, p. 21) “Si el daño ya se

causó, solo queda acudir a la tutela resarcitoria. Y si resulta ya inevitable su causación, ningún sentido tiene paralizar el comportamiento lesivo".

f) Finalmente planteamos, por su relevancia, un no-requisito: no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución:

En efecto, el mismo artículo 1711 ratifica expresamente que no es necesario que medie ningún factor de atribución de la responsabilidad para que proceda la acción preventiva. Como sostiene Lorenzetti (1995, p. 5), el fundamento radica en "que no es posible evaluar el elemento subjetivo de una conducta antijurídica futura". En igual sentido se expresa Zavala de González (2011, p. 9): "No es necesaria la concurrencia de factores de atribución (dolo o culpa) para que proceda una acción preventiva. Ellas son razones para imponer responsabilidad resarcitoria por el daño, pero para impedirla basta una conducta peligrosa desplegada sin o contra derecho".

2. Contenido de la sentencia:

El Código Civil y Comercial completa la regulación de la figura de la acción preventiva con el contenido de la sentencia en este tipo de pretensiones. De este modo, el art. 1713 expresa: "La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad".

En cuanto al contenido de la sentencia, entonces, siendo el objetivo de esta impedir la producción, repetición o agravamiento de un daño, se le otorga al juez amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer dirigidos al sujeto cuya conducta genera el peligro del daño.

Así, la acción preventiva se asemeja a la *injuction* del derecho estadounidense pudiendo el juez recurrir, para prevenir el daño, a una orden de no hacer -al igual que la *prohibirtory injuction* del derecho anglosajón-, como podría ser la orden de cesación de la actividad potencialmente dañosa, o a una medida innovativa -similar a la *mandatory injuction*- como sería ordenar al demandado la implementación de ciertas y determinadas medidas de seguridad que importen una inversión positiva en prevención. Así, ante una acción preventiva dirigida contra un local nocturno bailable por los ruidos molestos que ocasiona y que exceden la normal tolerancia, el juez podrá, por ejemplo, determinar el

cierre del establecimiento, lo que implicaría una orden de no hacer, o, en su caso, podrá compeler al demandado a insonorizar el local, lo que significaría una orden de hacer.

Cabe destacar, en este sentido, siguiendo a Barusso (2017), una diferencia sustancial entre la sentencia de mérito de la acción preventiva y la sentencia condenatoria tradicional. Efectivamente, si bien esta última también puede determinar en cabeza del demandado una obligación de hacer o no hacer, ante el incumplimiento de la obligación especifica por parte del demandado condenado, el actor no puede insistir con el cumplimiento especifico de esa obligación, pudiendo optar por la ejecución por parte de un tercero a costa del deudor, o sustituir el cumplimiento especifico por un resarcimiento de dar dinero más la indemnización por los daños y perjuicios provenientes de la inejecución (art. 513 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). En el caso de la acción preventiva, en cambio, "el mandato que obliga a hacer o a no hacer es en principio infungible, pues para la satisfacción de tutela requerida -que pretende la prevención de un daño o un acto antijurídico inminente o la cesación de uno que ya se está produciendo- resulta esencial el cumplimiento especifico, no siendo sustituible por la indemnización de daños y perjuicios. (Barusso 2017, p.12).

Por otro lado, el último párrafo del artículo 1713 exige al juez que, al determinar la medida preventiva a dictar, realice un juicio de razonabilidad, atendiendo, por un lado, a la menor restricción posible del derecho del demandado limitado por efecto de la medida, y, por el otro, a la idoneidad de la medida con relación a la obtención de la eficacia del resultado. Este juicio de razonabilidad, como se puede observar y se analizará con mayor profundidad en el próximo apartado, es el único criterio -y a la vez, único límite- que la norma pone al juez para el diseño de la medida preventiva a disponer.

Además, la norma determina que el juez podrá dictar estas medidas preventivas tanto de forma definitiva, esto es, cuando se dicten como consecuencia final de un proceso autónomo y resuelvan una pretensión principal planteada con tales fines, cuanto de forma provisional, es decir, cuando, mediando urgencia, se dispongan como medida cautelar accesoria de un proceso principal.

Por último, es preciso hacer notar que el Código faculta al juez a disponer estas medidas preventivas, tanto a pedido de parte como de oficio. De esta forma, se llega a la conclusión de que el ordenamiento jurídico ha incorporado normativamente no sólo la acción preventiva vera e propia sino también una figura muy emparentada a esta, surgida

jurisprudencialmente en una serie de fallos extensamente comentados de tribunales inferiores (“Altamirano, Elsa c/ Cerámica Martín S.A. y otros”, resuelto el 8 de julio de 1986 por el Juzgado Civil y Comercial N°8 de Morón; “Giménez, Domingo y otra c/ Estado Nacional” resuelto el 8 de agosto de 1988 por la sala III de la Cámara Federal en lo Civil y Comercial de La Plata), receptados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la causa “Carrizo, Carlos Alberto y otra c/ Tejeda, Gustavo Javier y otra s/ Daños y Perjuicios” y su jurisprudencia posterior, que la doctrina llamó “mandato preventivo” (Peyrano 2016). Este instituto consiste en la facultad del juez, al advertir en el marco de un determinado proceso la existencia de una situación con posibilidad seria de producir un daño futuro a una de las partes o a terceros ajenos al proceso -o que un daño ya producido se repita o agrave- de dictar las medidas preventivas que considere adecuadas, aun cuando nadie se lo solicite, dirigidas a impedir la producción o agravamiento de ese daño.

Así, en el fallo “Carrizo”, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, en el marco de una demanda de daños y perjuicios contra la concesionaria de una línea férrea a raíz de un accidente entre un automóvil y un ferrocarril, si bien rechazó la pretensión resarcitoria en cuestión por considerar que la conducta de la víctima intervino como causa del accidente, determinó la procedencia de la imposición de una serie de medidas preventivas a cargo de la demandada. En efecto, el Tribunal consideró que las condiciones del cruce a nivel eran deficitarias y “propensas a producir accidentes” en tanto carecía de barreras y de alertas lumínicas y sonoras lo cual generaba un riesgo de futuros accidentes latente, y, por lo tanto, decidió ordenar la concreción de determinadas medidas de seguridad-implementar un sistema de barrera y señales lumínicas y sonoras; recortar los arbustos y pastizales que bordeaban el paso a nivel- con la finalidad de “evitar la repetición de daños en perjuicio de terceros absolutamente ajenos al proceso respectivo”. Por su parte, en la causa Giménez, antes citada, de la Cámara Federal de La Plata, ante el reclamo indemnizatorio debido al fallecimiento de una menor ahogada en una acumulación artificial de aguas formada en terrenos del Ejército Argentino, el tribunal, además de conceder la indemnización solicitada, dispuso, advertido de la “grave situación de peligro existente para la comunidad por la posibilidad vierta de que se repitan accidentes análogos”, a cargo de la demandada, la construcción de un cerco que impidiera el acceso a las excavaciones inundadas y la colocación de carteles bien visibles que alertaran el peligro.

En suma, como es fácil observar, con esta norma el Código le da un gran poder discrecional al juez puesto que lo pone, como dice Barusso (2017, p. 13) “ante una situación que no tiene una solución preestablecida ni estandarizada”. En efecto, el legislador autoriza al órgano judicial -incluso de oficio-, ante la amenaza de la configuración de un daño, a disponer una medida preventiva que impida que se produzca el resultado lesivo pero la norma no establece criterio alguno que le indique qué tipo de medida deberá adoptar. En definitiva, la naturaleza, tipo y extensión de la medida judicial es librada al buen criterio del juez.

Así, por ejemplo, ante la amenaza de daño a la salud provocada por una fábrica contaminante, una vez solicitada la tutela inhibitoria el juez deberá dictar una medida preventiva teniendo la posibilidad que le otorga la norma de diseñarla él mismo, pudiendo optar entre medidas tan diversas como el cierre del establecimiento, el traslado del establecimiento, la orden de disminuir la producción a un punto no contaminante, la imposición de realizar un estudio ambiental, la instalación de tecnología de control de polución u otros sistemas anticontaminación de distinto tipo, etc.

Es justamente este rol discrecional en el que pone al juez el instituto de la acción preventiva, sus alcances y los problemas que apareja, el objeto de análisis del próximo capítulo y de todo este trabajo.

D. Comparación con figuras afines:

Llegado este punto, es preciso hacer explícitas las características fundamentales en las que la acción preventiva se asimila y difiere respecto de otros institutos también de carácter preventivo que pueden encontrarse en nuestro ordenamiento jurídico, desde antes de la sanción del Código Civil y Comercial.

En efecto, como ya se dijo, hasta la innovación que significa la proclamación de la función preventiva y la introducción de la acción preventiva en el nuevo Código, la prevención estaba predominantemente regulada en los códigos procesales de forma de cada jurisdicción, mediante el reconocimiento, en ellos, de algunas figuras adjetivas con determinada finalidad preventiva. Entre estas, destacan, las medidas cautelares, la tutela anticipada, la medida autosatisfactiva, el amparo preventivo, y algunas figuras aún más específicas como la acción de daño temido o la acción de desalojo anticipado.

En este sentido, cabe aquí marcar algunas diferencias entre la acción preventiva contemplada en los artículos 1711 a 1713 del Código Civil y Comercial y estas otras figuras preventivas presentes en nuestro sistema jurídico:

1. Medidas cautelares:

Si en el derecho privado tradicional existía un instituto preventivo por excelencia este era la medida cautelar. En efecto, al igual que la acción preventiva, la medida cautelar tiene como finalidad evitar un daño, pero lo cierto es que las diferencias entre ellas son notorias.

En primer lugar, mientras la medida cautelar es siempre accesoria a otra pretensión principal, es decir, se dicta en el marco de un proceso principal, con la finalidad de impedir o neutralizar los daños que pudieran provocarse por el tiempo del proceso, la acción preventiva, como se vio, puede bien ser provisional y accesoria -de mediar urgencia- o puede ser definitiva, es decir, puede consistir en una pretensión autónoma, que no está sujeta a ningún proceso principal.

También difieren los requisitos que se exigen para su procedencia. Mientras que la procedencia de la cautelar exige acreditar el peligro en la demora, en el caso de la acción preventiva definitiva esto no es necesario, puesto que no requiere urgencia y alcanza con probar la amenaza del daño.

Es que, en definitiva, si bien ambas buscan evitar la producción de un daño difiere la naturaleza del mismo. La medida cautelar tiende a impedir la producción de un perjuicio derivado del transcurso del tiempo del proceso principal en el que se inserta la propia medida, de ahí que se exija el peligro en la demora. Por su parte, la acción preventiva tiene como objeto la prevención de un daño que no surge de la urgencia sino de una situación (provocada por la conducta del demandado) que pone en peligro un determinado bien jurídico.

2. Medida autosatisfactiva:

Reviriego (2011, p. 162), siguiendo a Peyrano, define a la medida autosatisfactiva como “solución urgente no cautelar, despachable *in extremis*, que da una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expeditiva intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no

depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal". Se observa así que la medida autosatisfactiva constituye una tutela jurisdiccional de urgencia, consistente en una pretensión autónoma que se despacha *inaudita et altera pars*. Ambos autores coinciden en que los requisitos de procedencia de esta medida son los siguientes: a) existencia de una situación de extrema urgencia (fundamentalmente peligro en las personas por la amenaza o lesión inminente); b) fuerte probabilidad de que el derecho material alegado por el solicitante sea atendible (incluso mayor que la verosimilitud del derecho exigible en la medida cautelar); c) prestación de contracautela según las circunstancias del caso.

La medida autosatisfactiva, de creación pretoriana, fue regulada, a su vez, en algunos Códigos procesales de distintas jurisdicciones. Entre ellos: el Código Procesal de Corrientes en sus artículos 785 a 790, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Chaco la introdujo con el artículo 232 bis, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa en el artículo 305, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Formosa en el artículo 232 bis, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santiago del Estero en el artículo 37 y el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de San Juan en los artículo 675 y 676

Las similitudes con la acción preventiva están claras: ambas radican en procesos autónomos que tienen por finalidad la prevención de la producción de un daño o lesión, o de su repetición o agravamiento.

Sin embargo, también son notorias las diferencias: el presupuesto de la acción preventiva no es la urgencia, que puede o no existir, sino la mera amenaza de un daño, provocada causalmente por la conducta antijurídica del demandado, como ya se explicó oportunamente; su ámbito de aplicación es mucho más amplio. En cambio, no existe medida autosatisfactiva sin situación de extrema urgencia.

3. Tutela anticipada de urgencia:

Regulada en el artículo 231 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa y en los artículos 242 y 243 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de San Luis, y siguiendo a De Los Santos (en Peyrano 2016, p. 238), podemos definir a la tutela anticipada de urgencia como aquella petición que, "con fundamento esencial en la urgencia inherente a la pretensión postulada, tiene por objeto anticipar, en

todo o en parte, una pretensión que normalmente debiera ser objeto de decisión en la sentencia."

A diferencia de las cautelares que, como vimos, su finalidad es asegurar la eficacia práctica de la sentencia o la ejecución futura de una sentencia de condena, la tutela anticipada tiene por objeto anticipar, total o parcialmente, la pretensión formulada en la demanda, para evitar perjuicios irreparables. Es decir, los fines de la cautelar y de la tutela anticipada son distintos: mientras la cautelar tiene como objetivo contribuir a la eficacia de la sentencia, la tutela anticipada tiene por objeto "procurar la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda para evitar perjuicios irreparables" (Peyrano 2016, p. 240).

Los requisitos, por su parte, de la tutela anticipada son los siguientes: 1) Por un lado, se exige "convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho que la sustenta" tal como dispone el artículo 242 del CPCC de San Juan o "verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias" como dispone el artículo 231 del CPCC de La Pampa. Es decir, se exige un grado intermedio de conocimiento respecto del derecho que sustenta la posición del solicitante, mayor a la mera verosimilitud de las medidas cautelares, pero menor al grado de certeza necesario para la sentencia. 2) Por otro lado, se requiere una situación de urgencia respecto de la probabilidad de que se produzca un perjuicio irreparable, traducido en el riesgo de que la pretensión desaparezca si no es anticipada la tutela. 3) Por último, es siempre provisoria y, por lo tanto, existe la posibilidad si el juez decide concederla, de la exigencia de contracautela.

Las diferencias con la acción preventiva dispuesta en el art. 1713 del Código Civil y Comercial son notorias, y consisten, básicamente, en una combinación de las diferencias ya expuestas entre acción preventiva y medidas cautelares y autosatisfactivas. En efecto, remitiéndonos a aquellos párrafos, podemos argumentar que, en primer lugar, a diferencia de la tutela anticipada que es una medida provisoria por excelencia, al igual que las cautelares, la acción preventiva puede ser provisoria o definitiva, dependiendo de la pretensión. En segundo lugar, como se sostuviere respecto de las medidas autosatisfactivas, en la acción preventiva no se postula como requisito de procedencia la existencia de una situación de urgencia debido a la irreparabilidad del perjuicio que da sentido a la necesidad de anticipar la sentencia, sino que procede ante la mera amenaza de un daño, exista o no urgencia, o sea este irreparable o no. Por ello, la acción

preventiva presupone un campo de aplicación mucho más amplio que la tutela anticipada y, además, al igual que con respecto a las cautelares, podríamos encontrarnos con una tutela anticipada solicitada dentro de una acción preventiva.

4. Recurso de amparo:

A mi modo de ver, el instituto más similar a la acción preventiva existente en nuestro ordenamiento es el recurso de amparo, previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, en la Ley 16986, y en el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En efecto, ambas figuras tienen la finalidad de actuar como tutela judicial efectiva de los derechos de las personas cuando estos se vean amenazados por la conducta de un tercero, sea del Estado o de un particular.

Sin embargo, las diferencias surgen cuando se comparan los requisitos de procedencia de ambos institutos donde se llega a la conclusión de que la acción preventiva tiene un alcance mucho más amplio que la acción expedita y rápida de amparo tal como la denomina nuestra constitución. De hecho, según surge de las normas que reglamentan el amparo, este es procedente toda vez que: a) se vea afectado con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta; b) uno o más derechos constitucionales; c) no existiendo otra vía procesal más idónea para tutelarlo. La acción preventiva, por su parte, y como ya se explicó, en primer lugar, no exige que la ilegalidad de la conducta del demandado surja en forma manifiesta sino simplemente que genere una amenaza razonable de daño. En segundo lugar y principalmente, la acción que recepta nuestro Código Civil y Comercial en los artículos 1711 a 1713 está destinada a tutelar toda clase de derechos y no solo los de naturaleza constitucional, por lo que no importa la naturaleza del daño amenazado para que esta procedente y, finalmente, de ningún modo exige la acreditación de la inexistencia de otro medio procesal más idóneo.

5. Institutos particulares:

Por último, existen una serie de disposiciones específicas en los distintos códigos de procedimiento de las diversas jurisdicciones, que establecen determinados institutos de carácter preventivo para la concurrencia de situaciones y circunstancias precisas y determinadas. Si bien la diferencia de estos institutos específicos con la genérica acción preventiva es evidente y recae, precisamente, en que la última consagra una tutela inhibitoria genérica, es decir, la posibilidad de accionar para prevenir la producción de

cualquier tipo de daño una vez que se configura la amenaza, corresponde enumerar algunas de estas figuras.

Así, por ejemplo, el artículo 688 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación consagra la acción de desalojo anticipado. Este instituto, al producirse la situación de falta de restitución del inmueble una vez expirado el contrato de locación por vencimiento de plazo, implica una tutela preventiva en tanto tiene como fin evitar que el actor se vea privado del inmueble por más tiempo que el del contrato.

También tenemos en el artículo 623 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y en el 604 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos, a la llamada “denuncia de daño temido”, tutela preventiva que ampara a todo aquel que tema que de un edificio u otra cosa pueda derivar un daño grave e inminente a sus bienes. En el mismo sentido el artículo 623 ter del CPCC de la Nación respecto de los deterioros o averías producidos en un edificio o unidad que ocasionen grave daño a otro y el ocupante del primero se opusiere a realizar o a permitir que se ejecuten las reparaciones necesarias para hacer cesar la causa del perjuicio, facultando al propietario o inquilino afectados a requerir que se adopten las medidas necesarias incluso contra la voluntad del primero.

En conclusión, se observa que más allá de las diferencias particulares antes expuestas, todas estas figuras difieren de la acción preventiva en que existe una relación del tipo género a especie entre esta y aquellas. En efecto, como se dijo oportunamente, la acción preventiva constituye una tutela inhibitoria genérica, que apunta a la evitación de todo tipo de daño ante la constatación de la situación de amenaza, y que, dados sus laxos y amplios requisitos de procedencia, engloba todas estas figuras procesales preventivas existentes en nuestro ordenamiento jurídico procesal. De esta forma, si además de darse los presupuestos de la acción preventiva se dieran los del amparo, por ejemplo, o los de la medida autosatisfactiva, la acción particular podría plantearse recurriendo a aquellas figuras procesales.

Ahora bien, si por alguna razón, ante la amenaza de daño, no se configura alguno de los recaudos del amparo, o no aparece la situación de urgencia requerida para la procedencia de la medida autosatisfactiva, por ejemplo, la introducción en el ordenamiento de la genérica acción preventiva permite que ese derecho particular en riesgo de ser dañado no quede desprotegido. Dicho de otra manera, podemos afirmar que

hoy todas estas situaciones que prevén el amparo, la medida cautelar, la medida autosatisfactiva, y demás, encuentran adecuado carril en la acción preventiva que establece el Código Civil y Comercial.

En este sentido, es necesaria una reforma general de los códigos de procedimiento de cada jurisdicción a modo que incorporen expresamente la jurisdicción preventiva mediante fórmulas generales. Es decir, es preciso una reforma que contemple una regulación procedimental completa y autónoma respecto a la acción preventiva (Reviriego 2011, p. 144). En efecto, mientras no se realice el encuadramiento procesal de la tutela inhibitoria genérica los jueces se ven obligados a darle vía a este tipo de pretensiones por medio de aquellos institutos ya existentes- autosatisfactiva, cautelar, tutela anticipada- que, como se sostuvo, tienen un ámbito de aplicación más estrecho, por lo que muchos casos que sí tendrían cabida por medio de una acción preventiva verdadera quedan afuera. En efecto, es tratada como tutela anticipada en el fallo "Cárdenes Leandro Lino c/ Ruiz Francisco Omar y Nivel Seguros" resuelto el 20 de abril de 2017 por la sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy; como medida cautelar en el fallo "S.C.F y otro c/ Google INC s/ acción preventiva de daños" resuelto el 27 de diciembre de 2017 por la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal y en el fallo "J.R.A. S.A. c/ B. N. A. s/ acción preventiva" resuelto el 30 de mayo de 2017 por sala III de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná.

En este sentido, es discutido el marco procedimental que debiera darse a esta acción preventiva genérica dispuesta en el art. 1713 y subsiguientes del Código Civil y Comercial. Desde la postura de autores como Peyrano (2016, p. 28), se sostiene que la introducción de la acción preventiva acarrea la necesidad de que se construya un procedimiento autónomo, distinto de los existentes, más ajustado a las singularidades de la tutela inhibitoria genérica, que tenga algún ingrediente del proceso sumario de modo de dar debida respuesta a la exigencia de que las acciones preventivas se ventilen de modo expeditivo. Por otro lado, parte de la doctrina entre la cual destacan Meroi y Camps discuten la necesidad de concebir un nuevo género "preventiva", para este tipo de pretensiones -que se sumaría a las ya clásicas pretensiones meramente declarativas, condenatorias y constitutivas (2016, p.2). Sostienen, en cambio, que a menos que se den los presupuestos de admisibilidad de alguna figura procesal especifica como amparo, autosatisfactiva o demás, o que se trate de materia regulada por la ley de defensa del

consumidor o la ley general del ambiente, la acción preventiva deberá tramitar por la vía del juicio ordinario. Esto es así, ya que se está frente a una pretensión declarativa de condena, dado que la medida a dictarse constituye el objeto principal del juicio, y su trámite debe realizarse, por lo tanto, cumpliendo con todos los principios del debido proceso, especialmente, el del contradictorio.

E. Recapitulación:

El Código Civil y Comercial recepta una demanda ampliamente mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia argentina: la afirmación de la prevención como función operativa del derecho de daños, y la inserción en nuestro ordenamiento jurídico de una tutela inhibitoria de daños genérica, similar a la existente, por ejemplo, en los Estados Unidos con las llamadas *injuctions*.

No podemos dejar de notar lo positivo de esta innovación en nuestro Código ya que la acción preventiva parece ser, a priori, una gran herramienta que permite hacer realmente efectiva la prevención del daño cuyas ventajas sobre el resarcimiento son, a esta altura, indudables. En efecto, está claro que, para la mayoría de los daños -al menos todos los extrapatrimoniales- no es lo mismo que el daño se produzca o no se produzca y, en muchos de ellos -daños a intereses difusos y colectivos, derechos personalísimos, entre otros- la ulterior compensación se queda muy corta en su objetivo de restituir a su titular al estado anterior de la producción del daño.

Sin embargo, como se verá con mayor profundidad en el próximo apartado, también es preciso señalar las debilidades y flaquezas de este nuevo instituto, principalmente a partir de lo relativo al rol del juez a quien parece otorgarle una discrecionalidad superior a lo que acostumbra tener nuestro sistema.

III. El rol del juez en la acción preventiva:

A. Rol discrecional del juez:

Como se afirmó previamente en este trabajo, hoy en día la prevención constituye función insoslayable del derecho de daños y, consecuentemente, así ha sido regulada en el Código Civil y Comercial junto con el instituto de la acción preventiva, una tutela jurisdiccional que tiene como objetivo impedir la comisión de un daño latente, mediante el

dictado de órdenes destinadas a suprimir o rectificar la conducta generadora del peligro de daño.

Este nuevo principio de la prevención ex ante del daño que viene a regir todo el dominio de la responsabilidad civil y su herramienta de aplicación, la acción preventiva, que gobiernan el nuevo complejo normativo del derecho privado, traen consigo cambios notorios en la forma de impartir justicia.

Originariamente, de hecho, y tal como ratifica Vélez en la nota al artículo 1132 del Código Civil derogado, se entendía que era únicamente el órgano del Estado encargado de la función administrativa quien debía ejercer la tarea preventiva destinada a impedir la lesión del ordenamiento jurídico, servicio que cumplía principalmente por medio del llamado “poder de policía”. En cambio, “los órganos del Estado encargados de la función jurisdiccional eran quienes actuaban en un momento posterior, es decir, una vez producida la lesión del derecho sustantivo a fin de proceder a su restitución”.

Sin embargo, actualmente, esta diferenciación entre la actuación preventiva, a través del Ejecutivo, y reparadora, por medio de los jueces, se encuentra superada. De hecho, como fue expresado anteriormente, el Código Civil y Comercial introduce la prevención como función operativa del derecho de daños a la par de la reparación y, con la acción preventiva, crea una tutela procesal que pone en cabeza de los jueces el deber de velar por la prevención del daño dictando, cuando se den los requisitos de procedencia, las medidas que considere prudentes para impedir la configuración del ilícito. En tal sentido, como dicen Loutayf Ranea y Solá “se ha resuelto que la prevención del daño constituye un mandato dirigido al juzgador, cuya función preventiva de daños es una faceta de su accionar, porque el juez tiene también una responsabilidad social” (en Peyrano 2016, p. 414).

En definitiva, entonces, con la incorporación de esta tutela genérica jurisdiccional preventiva del daño en nuestro nuevo ordenamiento de Derecho Civil, se ratifica el cambio de paradigma en pos de la prevención del daño, y se le otorga un rol protagónico al juez en la toma de decisiones respecto de la prevención. De él dependerá la procedencia en cada caso de una fundamental herramienta precautoria cómo es la acción preventiva, consagrada en el Código Civil y Comercial. Es decir, la prevención, a partir de ahora, es materia que concierne a los jueces y en la cual estos juegan un papel preponderante.

Para comprender por qué el legislador otorga un rol preeminente al juez en la acción preventiva, basta traer a colación el aporte del análisis económico del derecho en este punto. Así, siguiendo a Acciarri (2009), podemos referir a autores como Coase y como Calabresi quienes sostuvieron que como sociedad no estamos dispuestos a prevenir a cualquier costo. De hecho, muchas veces la prevención de una actividad lícita pero dañosa puede no ser socialmente deseable ya que, partiendo desde el concepto del costo de oportunidad, puede generar un mayor costo social que dejar que la actividad lícita que genera un gran beneficio social se continúe realizando incluso a costas del daño inferior que pudiera causar. Así, por ejemplo, podemos pensar un caso en el cual se estuviera por realizar una obra hidráulica en determinada zona rural que buscara desviar el cauce de un río para evitar futuras inundaciones en una ciudad normalmente azotada por este tipo de eventos. Ante el comienzo de la obra, un propietario de un campo vecino al cauce fluvial en la parte que se está por desviar podría presentar una acción preventiva en contra de la realización de la obra, basándose en que si ella se efectiviza su campo se volverá absolutamente improductivo. Imaginemos que la única forma de llegar al mismo objetivo implica causar el daño patrimonial al dueño del campo. Como se observa, los requisitos de procedencia de la acción preventiva se cumplen a la perfección en tanto existe una amenaza cierta de daño con causa adecuada en la obra hidráulica en ciernes, sin embargo, no parece ni eficiente ni justo que se impida la realización de la obra, en tanto esta acarrea un beneficio social mucho mayor al costo que implica el perjuicio del propietario rural.

En definitiva, si bien, por los argumentos ya expuestos a lo largo de este trabajo –además del sentido común-, resulta indudable que la prevención será una solución deseable ante la amenaza del daño para la generalidad de los casos, es preciso también tener en cuenta que, en muchos supuestos, no será una solución deseable, tal como demuestra el análisis económico del derecho de daños y su máxima “no es verdad que la sociedad quiera evitar los accidentes a cualquier costo” (Acciarri 2009, p. 17).

Atendiendo a esta característica fluctuante de la bondad de prevenir, resulta evidente que el legislador no tiene manera de prever, ex ante, si en el caso concreto, ante la amenaza de daño, será más beneficioso o deseable prevenir o dejar incólume la actividad riesgosa. La decisión de prevenir requiere un análisis en concreto de las circunstancias de cada situación en particular incompatible con el limitado conocimiento del legislador al momento de sancionar la norma. En cambio, es el juez quien tiene la

posibilidad de realizar este análisis atendiendo a las características particulares de cada caso, una vez planteada la situación particular de riesgo de daño.

Esta es la razón, por lo tanto, de que el Código Civil y Comercial, con la acción preventiva, haya creado una tutela jurisdiccional del daño y de que, además, lo haya hecho sin prescribir una lista de requisitos de procedencia rígida sino dejando en manos del juez, una vez contemplada la amenaza de daño, el análisis criterioso de las circunstancias del caso concreto y la consiguiente decisión de prevenir o no. En este sentido, la solución legislativa se apega a las ideas de Acciarri (2013, p. 2), quien sostuvo que "la ley no es la instancia más adecuada para discernir quien debe prevenir y quien no en cada una de las situaciones posibles. Son los jueces, sobre la base de unas pocas directivas generales, quienes están en una mejor posición para construir un catálogo refinado de responsables, en cada género de casos que les toque sentenciar".

Así, cabe reafirmar, con la figura de la acción preventiva y al establecer requisitos de procedencia excesivamente amplios, el nuevo ordenamiento le confiere a los tribunales – y no a otro órgano del Estado- la facultad de decidir con un margen de libertad bastante holgado si la tutela inhibitoria debe proceder o no en el caso concreto.

Pero además, esta no es la única prerrogativa que se le otorga al juez en el marco de la acción preventiva sino que, y como ya afirmáramos al describir el artículo 1713 del Código Civil y Comercial, el legislador deja librado al solo criterio del juez el diseño de las medidas preventivas a adoptar en el caso concreto una vez tomada la decisión de prevenir. Efectivamente, como resulta de su mera lectura, la norma se limita a disponer que el juez, para impedir la comisión del ilícito, tiene la facultad de dictar ordenes de dar, hacer o no hacer, sin establecer criterio alguno que deba obedecer el magistrado en la determinación de estas medidas con excepción de un juicio de razonabilidad, al exigirle que al dictaminar la medida pondere entre el criterio de menor restricción posible y el medio más idóneo para lograr la prevención. Esta solución, por su parte, también responde a la imposibilidad del legislador de prever ex ante todas las circunstancias que puede plantear el caso concreto y que pueden determinar que una cierta medida sea preferible a otra. Es decir, el juez no solo se encuentra en mejor posición que el legislador -por su conocimiento más acabado de las características particulares del hecho- para decidir si en el caso concreto se debe prevenir, sino también para determinar qué forma debe tomar la prevención en su caso.

De esta forma llegamos a la conclusión de que el Código establece, con el instituto de la acción preventiva, una solución que otorga una amplia discrecionalidad al juez, entendida como “el poder o la facultad de elegir entre dos o más cursos de acción, cada uno de los cuales es concebido como permisible por el Derecho” (Linfante Vidal 2002, p. 417). Esta solución, es coincidente con la idea de Hart respecto de que una de las funciones del Derecho, además de la de establecer reglas ciertas que regulen la conducta de los individuos, es la de “dejar un margen de flexibilidad a la regulación de las relaciones sociales, que permita considerar las circunstancias del caso concreto” ya que, según él, “existen asuntos que se sólo se pueden definir adecuadamente en el caso concreto” (Masciotra 2015, p. 122). Dicho de otra manera, siempre según Hart, la solución de nuestro Código Civil y Comercial al dejar la decisión de prevenir y el diseño de la medida preventiva al juez se inserta dentro del tipo de “indeterminación intencional” del legislador, con la cual “se quiere dejar un margen de discrecionalidad a los órganos inferiores, porque se considera imposible prever, siquiera aproximadamente, las circunstancias que podrán afectar al caso concreto y que deberán ser consideradas a la hora de adoptar la decisión” (Linfante Vidal 2002, p. 420).

B. Momentos en los cuales se manifiesta la discrecionalidad del juez:

Esta amplia discrecionalidad que, sostuvimos, se otorga al juez en la acción preventiva se manifiesta a lo largo de dos momentos en los que se exige al juez que realice una determinada evaluación de las circunstancias del caso al que se enfrenta.

1. Procedencia de la prevención:

En primer lugar, al recibir la demanda de acción preventiva y comprobada la amenaza de daño, o al advertir la situación de peligro en un proceso independiente, el juez deberá decidir, en primera instancia, si corresponde dictar una medida preventiva o, en su caso, desestimarla y mantener indemne la situación de amenaza de daño. En efecto, como ya se dijo, prevenir los daños es deseable pero al mismo tiempo vivir en sociedad con cierto nivel de calidad de vida presupone necesariamente tolerar algunos riesgos y, por lo tanto, que en ciertas ocasiones resulte más beneficioso mantener el peligro que prevenirlo, lo que solo puede ser contemplado en el caso concreto.

Según Coase, ante la dicotomía respecto de prevenir o no prevenir en el caso concreto cuando el costo social de prevenir la conducta especifica es más alto que el

costo social del daño que ella podría provocar se debería optar por que “se continúe realizando aquella actividad que resulte más valiosa en términos sociales a expensas de su rival” (Acciarri 2014, p. 12). Así, en el ejemplo del campo y la obra hidráulica Coase no tendría duda alguna en que debería permitirse la obra pese al daño que ella podría implicar para el propietario del campo.

Podemos estar de acuerdo con Coase y propugnar esta afirmación como solución general para todos los casos cuando debamos decidir si corresponde hacer lugar a la prevención específica, o no. Pero de ningún modo podemos soslayar que este es un criterio a tener en cuenta al momento de tomar la decisión de prevenir o no y que, al menos en algunos casos, efectivamente, dada la magnitud de la desproporción entre el bajo costo social que significa el daño y el enorme beneficio social que implica que la actividad dañosa continúe realizándose -como es el ejemplo de la obra hidráulica- será este, y no otro, el criterio a utilizar, esto es, que prevalga la actividad socialmente más valiosa aunque implique permitir un daño. Sostener lo contrario implicaría admitir que estamos dispuestos a someternos como sociedad a una prevención absoluta, o, lo que es lo mismo, a no admitir riesgo de daño alguno, lo cual nos llevaría a una sociedad absolutamente improductiva e impensable.

Corresponde al juez, por lo tanto, realizar este análisis valorativo cuando se presente el caso concreto y ante las circunstancias y características específicas que en él se manifiesten, contemplando cuál de los dos intereses en juego es más beneficioso desde el punto de vista de la sociedad en su conjunto: la actividad socialmente beneficiosa o la prevención del daño.

Por otro lado, es preciso considerar que la prevención en pos de salvaguardar el derecho de uno, puede significar en muchos casos, al restringir una actividad riesgosa pero lícita, la vulneración de la libertad de otro. De allí, que De Cupis (1975, p. 575) afirme que “la tutela preventiva es la más enérgica, pero también la más problemática; un ordenamiento jurídico poco sensible a la exigencia de combatir los peligros del daño podría ser considerado favorecedor de su producción; pero una aplicación estricta de la prevención implicaría el riesgo de oprimir la libertad de los demás”. Cuándo se deberá optar por el derecho a la indemnidad de la posible víctima y cuándo por la libertad del individuo “posible dañador” también es algo variable e incierto y que solo puede ser contemplado en el caso concreto.

Por ello, la acción preventiva exige del juez, ya acreditada la existencia de una situación de riesgo, una ponderación entre este derecho a no ser dañado que tiene la posible víctima -al igual que todos los individuos- como contracara del principio *neminen laedere*, y el derecho a la libertad de acción o autonomía de aquel sujeto que está realizando la acción lícita que crea el riesgo de daño.

En este sentido, Papayannis (2014, p. 46) sostiene "la tutela inhibitoria atípica no admite una caracterización sistemática, por lo que la apreciación de su procedencia no puede más que quedar librada a la discrecionalidad judicial. Estas decisiones, implican un juicio sobre la compatibilidad de dos valores que las sociedades modernas intentan equilibrar: la libertad de acción y la seguridad personal". Coherentemente, en el fallo "ADDUC c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/ Daños y perjuicios", la sala J de la Cámara de Apelaciones en lo Civil afirmó, por su parte, que "la tutela preventiva exige una delicada valoración comparativa entre la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien puede imputarse tal peligro".

Además, cabe destacar que a este juicio ponderativo entre el derecho a la indemnidad de la víctima potencial y la libertad de acción de aquel cuya conducta pone en peligro el derecho del actor – juicio ponderativo que se presenta en todos los casos de acciones preventivas contra conductas lícitas potencialmente dañosas- se le pueden sumar otros derechos constitucionales del demandado a sopesar como podría ser, por ejemplo, la libertad de expresión. Así, en el fallo "Giovannini, Oscar Rubén c/ Google Inc s/ Acción preventiva", en el marco de una acción preventiva solicitada en forma previa a la resolución de fondo en el que se solicitaba que se ordenare a Google que elimine y bloquee el acceso del sistema implementado para sugerir búsquedas, desde su buscador, a una serie de páginas internet en las que sostenía había sido publicada información falsa sobre su persona lo cual le provocaba daño al honor y a la imagen, la sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal sostuvo que "cabe señalar que ni los artículos del Código Civil y Comercial –haciendo referencia a los articulos 1711 a 1713- ni ninguna otra de las normas de nuestro ordenamiento jurídico invocadas por el accionante para requerir la orden de bloqueo o eliminación de la información cuestionada, pueden ser aplicadas sin compatibilizarlas con la totalidad de los derechos constitucionales involucrados", antes de efectivamente realizar una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión de la demandada y de la sociedad a estar informada, por un lado, y "el derecho de las personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectados por el uso que se haga del referido

medio de acuerdo con las concretas circunstancias de cada caso". En forma análoga, en un caso similar ("Sposito Giuliana c. Google Inc. y otro s/ medidas cautelares"), la sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal afirmó que "sólo es razonable una medida precautoria que armonice los intereses en juego, con un alcance proporcional con el fin perseguido".

En conclusión, este examen en el que consiste la decisión de prevenir o no prevenir en el caso concreto, y que implica, por un lado, analizar los costos y beneficios sociales de la decisión de prevenir, y, por el otro, ponderar los derechos en punga, es librado por el legislador a la discrecionalidad del juez. Este, para realizar esta tarea, podrá seguir algunas pautas orientativas que se intentaran describir más adelante en este trabajo.

2. Diseño de las medidas preventivas:

El segundo momento en el cual se requiere una enorme discrecionalidad del juez en el marco de la acción preventiva se presenta una vez tomada la decisión de prevenir y consiste en diseñar las medidas preventivas que serán dictadas en consecuencia.

La tutela preventiva pone al juez, en este punto, ante una situación que no tiene una solución preestablecida ni estandarizada. La norma le indica al juez que, dada la situación de amenaza del daño, puede tomar medidas para prevenirlo limitándose a señalar que estas pueden consistir tanto en órdenes de dar, hacer y no hacer, sin establecer criterios ni parámetros de ningún tipo que le permitan al magistrado determinar qué clase de medidas tomar en el caso concreto, ni qué alcances o límites estas deberán tener. Lo único que exige la norma, como modo de restringir escasamente la libertad con la que cuenta el juez para delinear la medida a dictar, es que deberá ser razonable, o lo que es lo mismo, que deberá contemplar al proyectarla que la medida satisfaga el fin preventivo y al mismo tiempo restrinja lo menos posible la actividad lícita del demandado.

Más allá de esta exigencia de razonabilidad, entonces, el ordenamiento deja en manos del juez la determinación de la naturaleza, tipo, extensión y alcances de la medida de carácter preventivo a dictar, relegando en el magistrado el deber de realizar las evaluaciones correspondientes de las circunstancias particulares del caso concreto que sean necesarias para cumplir con ese fin proyectivo.

En este sentido, el artículo 1713 del Código operaría como una “norma de fin” siendo este el término que utiliza Linfante Vidal (2002) para describir aquel tipo de normas que no determinan de antemano cual es la acción -o las acciones- a realizar, sino que dicha determinación debe ser realizada por el destinatario de la norma -en nuestro caso el juez- quien, evaluando las circunstancias del caso, deberá adoptar la decisión que considere más eficiente a efectos de conseguir maximizar el fin perseguido, afectando lo menos posible otros intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico que pudieran presentarse en el caso. Estas normas, está claro, conceden al destinatario no solo un rol interpretativo sino también creativo, al ponerlo en la necesidad, al aplicarlas, de realizar un examen de todos los factores relevantes del caso y en el deber de, con el resultado de ese análisis, tomar la determinación que mejor satisfaga el fin propuesto por la norma -siempre dentro de los límites que el ordenamiento impusiere-.

De la misma manera, lo que la acción preventiva presupone al librar a la discrecionalidad del juez el diseño de la medida preventiva sin establecer ningún criterio de referencia es que le compete a aquél realizar un razonamiento instrumental sobre la eficacia, razonabilidad, conveniencia, costos y eficiencia de las medidas posibles, debiendo ponderar entre diversas alternativas con la finalidad de llegar al dictado la mejor herramienta entorpecedora del daño posible.

Para concluir, entonces, esta enorme discrecionalidad que la acción preventiva genera a favor del juez lo excede claramente de su papel tradicional de mero declarador del derecho, asignándole un rol en cierta forma creativo de derecho y transformándolo en una especie de *policy maker*, al perfilar un juez que, por un lado, realice una ponderación entre los derechos e intereses en juego en el caso concreto al determinar la procedencia de la acción, y, por otro lado, tome un rol activo en el diseño y dictado de las medidas preventivas aplicables para lo cual, luego de haber ponderado todos los intereses, tensiones y circunstancias en juego, debe evaluar cuestiones de eficiencia, eficacia y conveniencia de las medidas a adoptar.

C. Problemas aparejados al rol del juez en la acción preventiva:

Este nuevo rol del juez que parece suponer la acción preventiva, esto es, un juez con amplios poderes discrecionales que lo colocan en un rol equiparable al de un *policy maker* y creador de derecho, genera una serie de observaciones y reparos referidos a su

aparente inconsistencia con nuestro sistema jurídico tradicional y, en particular, con una serie de principios fundamentales que lo integran.

1. Principio de división de poderes:

El primero de estos principios que se ve conculcado con esta particular función del juez es el principio republicano o de división de poderes. En efecto, esta creación jurídica que parece implicar el hecho de que el juez cuente con amplias facultades discrecionales aptas para diseñar a su arbitrio las medidas preventivas que dictará con la finalidad de interrumpir un hecho dañoso, ya sea en el marco de un proceso de acción preventiva o, más aún, de forma oficiosa como "mandato preventivo", y que pueden afectar no solo a los partícipes del proceso, choca abiertamente con la noción republicana de que el único órgano autorizado para sancionar normas es el Poder Legislativo.

De esta forma, el juez estaría ocupando el ámbito de competencia de otro poder público, lo que, al mismo tiempo, implicaría desvirtuar el principio democrático. No es azaroso que sea el poder legislativo exclusivamente el encargado de la sanción de las normas y no los jueces. Esto obedece a que el Congreso cuenta con legitimidad democrática representativa, esto es, que viene elegido directamente por el voto de los ciudadanos y al momento de legislar lo hace en representación de ellos. La judicatura carece de esta legitimidad ya que, en virtud de los principios de imparcialidad e independencia, los funcionarios judiciales no son designados democráticamente por el pueblo. En este sentido, Kysar (2017, p. 6) se plantea: "¿Qué autoridad, puede uno preguntarse, tienen los jueces (normalmente no elegidos democráticamente) para tomar decisiones con implicancia social a través del limitado e indirecto foro que implica la acción por daños y perjuicios?"

Además, la violación al principio de separación de poderes mediante la creación de derecho por parte de un órgano contramayoritario que adquiere así un rol de *policy maker* puede generar graves consecuencias institucionales, tal como advierte Nino al señalar que "un juez que está completamente al margen del debate público y que no se hace responsable en ese debate ante sus conciudadanos, podría perfectamente torcer las conclusiones a que se haya llegado en el proceso político democrático, acerca de la política social y económicamente preferible, acerca de la distribución de los recursos y de los mecanismos institucionales para proceder a esa distribución, ordenando que el gobierno proceda de tal o cual manera" (en Chaumet y Meroi 2015, p. 9). Si bien no

somos tan ingenuos de creer que el rol aparentemente creador del juez de medidas preventivas que origina la tutela inhibitoria del nuevo Código puede llevar a todas las consecuencias que expresaba en ese fragmento el célebre constitucionalista, sí podemos advertir que en muchas ocasiones, ya sea como efecto colateral o como objetivo de la misma, la medida preventiva puede tender a afectar a una generalidad de sujetos e intereses y no solo a las partes del proceso, y en estos casos no resulta tan claro que el juez cuente con las herramientas necesarias para diseñar una medida que contemple todos los elementos en juego.

En efecto, algunas de las medidas preventivas que podrán dictarse implican realizar un juicio de mérito, oportunidad y conveniencia que solo tiene sentido si es realizado por el legislador -o en su caso, por el ejecutivo, quienes tienen un panorama mucho más amplio y general de todos los intereses y factores relevantes que confluyen y que se podrían verse afectados. En suma, si bien es cierto que, como se dijo anteriormente, el juez se encuentra en una mejor posición que el legislador para decidir, en el caso concreto, si es necesario prevenir o no, por otra parte no creemos que se encuentre en una mejor posición para diseñar las medidas a tomarse cuando estas impliquen afectar a una generalidad de sujetos e intereses tanto públicos como privados, y requieran, en consiguiente, para su esbozo, de juicios más concernientes a las políticas públicas que a la resolución de un conflicto particular, al carecer el juez de la información y conocimiento respecto de todos los factores relevantes intrincados en este tipo de decisorios.

Este es el caso de los, así denominados por el profesor estadounidense Lon Fuller (1979), “conflictos policéntricos”, que se caracterizan por tener ramificaciones que el juez, al decidir, no puede prever puesto que el proceso judicial muestra una porción acotada de la cuestión –cómo si fuera la punta de un iceberg- y en los que, por lo tanto, cada decisión o medida que el juez tome en el proceso afectará toda la estructura del conflicto y así, afectará a individuos e intereses que el juez nunca pudo tener en mente. A modo de ejemplo que podría ser de utilidad, podríamos pensar en un caso como el del célebre fallo “Mendoza” resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que vecinos de un río contaminado presenten una acción inhibitoria contra las empresas contaminantes y el Estado a fin de que, además de interrumpir el proceso contaminante, se hagan cargo de la limpieza del río. Se observa claramente que en un caso como este la solución no es tan sencilla e inmediata como los casos típicos del derecho civil para los cuales está

pensado el proceso contencioso bilateral –A le debe 100 a B; la solución es que A le pague 100 a B o será ejecutado-. En efecto, en el caso del río contaminado, la medida que dicte el juez como solución del conflicto afectará de forma directa una cantidad de intereses que exceden al interés exclusivo de las partes frente a él. Así, si determina la obligación conjunta del Estado y las empresas contaminantes a limpiar el río, ello implicará al mismo tiempo para el Estado el deber de conseguir el presupuesto para llevar a cabo tal tarea, lo que implicará reducir presupuestos de otro lado – pensemos, educación- y esa reducción afectara a otros sujetos que poco o nada tienen que ver con el caso en particular. Por parte de la empresa, la medida judicial implicará un aumento de costos que desencadenará, probablemente, en una disminución en la producción – afectando a quienes dependan de esa producción – y en la posible pérdida de puestos de trabajo.

En definitiva, en esta clase de conflictos nunca se puede estar seguro de quien es parte y quien no, por la cantidad de interesados en el juicio dadas las ramificaciones que tienen estos conflictos. Pero además, en este sentido, la posición del juez es aún más desfavorable para realizar la tarea de identificación de estos intereses intrincados dado que el proceso típico del derecho civil continental con sus características de bilateralidad y contencioso, del cual el magistrado es parte, sólo le muestra al juzgador una porción de la estructura, esto es, la relación entre actor y demandado por el reclamo concreto. En conclusión, Fuller (1979) sostiene que el mejor modelo decisional para este tipo de conflictos es la dirección gerencial: el gerente que, a diferencia del juez, ve toda la cartera de asuntos, no solo una porción muy pequeña. De este modo, volviendo al ejemplo, legisladores y funcionarios del poder ejecutivo como aquellos de la secretaria de ambiente o, en última instancia, el Presidente de la Nación, están internalizados de la cuestión presupuestaria y tienen una visión mucho más completa de todo el panorama, de toda la red de intereses afectados.

2. Principio de legalidad

El segundo principio que, desde el prisma de nuestro tradicional sistema continental de derecho se vería cuanto menos debilitado por este rol discrecional del juez, es el principio de legalidad.

En efecto, el principio de legalidad dispone que la libertad individual o la autonomía, así como los demás derechos fundamentales de la persona, únicamente

pueden ser restringidos por obra de ley entendida en sentido estricto, esto es, aquella sancionada por el órgano legislativo instituido con ese fin y en cumplimiento del proceso formal establecido constitucionalmente para su elaboración, tal como se interpreta de los artículos 14, 19 y 28 de la Constitución Nacional.

Por su parte, cómo se hizo notar, la decisión de prevenir tiene como consecuencia necesaria la restricción de la actividad que crea la situación de riesgo de daño. Esta actividad, en muchos casos, puede ser lícita por lo que, en definitiva, al restringirla se estaría restringiendo la libertad positiva del individuo.

Por otro lado, también se advirtió que el legislador, en la acción preventiva, deja al arbitrio del juez la decisión respecto de la procedencia de la prevención en el caso concreto como también le da libertad prácticamente absoluta para delinear las medidas preventivas concretas que se deberán llevar a cabo.

De esta forma, entonces, el debilitamiento del principio de legalidad que presupone la acción preventiva tal y como está regulada en nuestro Código Civil y Comercial radica en que es una decisión judicial, y ya no la ley en sentido estricto, la que dispone, en pos de prevenir, la restricción a la libertad individual del sujeto cuya conducta pone en peligro el derecho que se busca tutelar. Se estaría yendo, de tal manera, en contra de lo dispuesto expresamente en el artículo 19 al establecer que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, y que las acciones privadas lícitas que no perjudiquen a terceros están “exentas de la autoridad de los magistrados”.

Por esta razón, cabe hacer notar en este punto, es que algunos autores plantean, al analizar los requisitos de procedencia de la acción preventiva, que debe exigirse la antijuricidad formal de la conducta que crea la situación de amenaza de daño y no la antijuricidad material como propone la doctrina mayoritaria. De esta manera, solo quedaría habilitada la prevención y, consecuentemente, la restricción de ese comportamiento, cuando la conducta amenazante conculque una determinada norma específica del ordenamiento jurídico, como podría ser la construcción de una obra en violación del código de edificación o la fabricación de un automóvil que no satisface los parámetros mínimos exigidos por la ley de seguridad vial, entre otros ejemplos. En estos casos, no se violaría el principio de legalidad puesto que la tarea del juez no consistiría en creación alguna sino en hacer valer una determinada norma que fuera infringida por el

comportamiento peligroso, y la decisión tomada en consecuencia se limitaría a ordenar cumplir con tal norma.

Sin embargo, parece surgir de la propia letra del Código Civil y Comercial que la regulación de la acción preventiva no tiene la intención que le confieren estos autores sino que, con un alcance más amplio, procura cumplir con su objetivo de evitar el daño reprimiendo la conducta que configura su amenaza más allá de que esta sea lícita o ilícita en un sentido formal. Abiertamente el legislador otorga a juez la posibilidad de restringir actividades incluso lícitas con la finalidad de impedir el daño, y esta pretensión surge claramente al observar que el legislador en el artículo 1713 dispone al juez la obligación de cumplir con criterios de "menor restricción posible" al diseñar la medida. Si fuera así, y la acción preventiva solo procediera contra conductas formalmente ilícitas, no cabría lugar para restricción alguna, ni mayor ni menor, ya que toda la medida radicaría en hacer cumplir con lo exigido por la norma que fuera dejada de lado por el sujeto al decidir su comportamiento.

En suma, entonces, la afectación al principio de legalidad que se produce con el instituto de la acción preventiva radica en el hecho de que, en función de prevenir un daño aún no acaecido, se admite la restricción a derechos personales del demandado como su libertad individual, no siendo una ley sancionada por el poder legislativo la que dispone esa restricción sino una decisión judicial. Además, la decisión judicial de la que depende la procedencia y el grado de la restricción, como se sostuvo, es ampliamente discrecional, en tanto no se encuentra previamente restringida por ley que establezca criterios de procedencia rígidos ni una lista taxativa de medidas preventivas admisibles.

3. Seguridad jurídica:

Finalmente, un tercer principio de nuestro sistema jurídico tradicional con los que choca la acción preventiva es el principio de seguridad jurídica, que se encuentra íntimamente ligado con el de legalidad.

A partir de la regulación de la acción preventiva, el juez cuenta con la facultad de intervenir una conducta lícita, que se venía desarrollando normalmente, ordenando su cese o modificación fundándose en la necesidad de prevenir el daño que esa conducta previsiblemente tiende a provocar pero aún no provocó. Esta facultad, de alguna manera, puede ser considerada como una creación ex post facto de una prohibición o de un

mandato, o, lo que es lo mismo, como una creación y aplicación retroactiva de una obligación legal. Es decir, lo que aquí el juez estaría haciendo es determinar que una conducta a priori lícita, llegado un punto, aún sin haber generado daño alguno, dejo de ser lícita y, consecuentemente, decreta su prohibición o la orden de modificarla.

De esta manera, la seguridad jurídica se ve afectada toda vez que se vuelve imposible saber con anticipación cuales son las exigencias del derecho y, consecuentemente, qué conducta es lícita y cuál no, ya que existe constantemente la posibilidad latente de que el juez, ex post facto, determine la prohibición de ese comportamiento a priori lícito.

IV. Cambio de paradigma

Según las consideraciones anteriores, la acción preventiva regulada por el nuevo Código Civil y Comercial, trae consigo un tipo de juez con rasgos inéditos que entrarían en contradicción con nuestro sistema civil tradicional derivado del Derecho continental Europeo. Sin embargo, en este acápite se sostendrá que todo nuestro sistema de derecho privado desde hace ya varios años se encuentra atravesando un cambio de paradigma que tiene su culminación en la sanción del nuevo Código y que consiste en el abandono y modificación de ciertos rasgos fundamentales del sistema tradicional, pasando de un sistema civil “legalista” a un sistema civil “constitucional”, tal como lo han denominado algunos autores (Redondo y Pauletti en Peyrano, 2016; Ferrajoli en Barusso 2017; Meroi y Chaumet 2008 y 2016; Ureña Carazo, 2016; Gascón Abellan 2003)

A. Derecho civil tradicional:

Los juristas franceses y del resto de la Europa continental contemporáneos a la revolución francesa y a la sanción del Código Napoleónico, impregnados por el pensamiento iluminista y sus conceptos de racionalismo y liberalismo, y enmarcados en un contexto de profunda desconfianza hacia los jueces profesionales, sostuvieron una concepción estricta de la división de poderes donde la voluntad del pueblo se expresaba básicamente a través del Poder Legislativo por medio de las leyes a las cuales todos debían someterse, incluidos los jueces, y, consecuentemente, dieron vida a un sistema de derecho civil “codificado”, que aseguraba la posibilidad de sistematizar todo el derecho en un cuerpo legal omnicomprensivo que reglara todas las situaciones jurídicamente

relevantes. El código civil era, así, un complejo normativo con pretensión de sistematicidad y de completitud que permitía a cualquier ciudadano conocer el derecho vigente y, principalmente, que limitaba al juez, ante la presencia de un conflicto, a subsumir el caso en la norma codificada y aplicar la solución que esta determinaba para esa situación jurídica.

De esta forma, el sistema civil adoptado por el Derecho continental europeo se basaba, principalmente, en la concepción de la ley -entendida como la norma abstracta y con pretensión de generalidad sancionada por el Poder Legislativo- como fuente única y suprema del ordenamiento jurídico y, asimismo, en la subordinación absoluta del juez a la ley. En este orden de ideas, la norma positiva se erigía en expresión suprema del Estado y, en palabras de Monroy Galvez y Monroy Palacios (1991, p. 169), se le concedió "el privilegio de ser el objeto de estudio del Derecho o, más específicamente, el único Derecho a ser estudiado". Por su parte, las constituciones, señala Gascón Abellán (2003, p. 17), "terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales sólo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que la ley les diera". Se establecía así la vigencia absoluta del principio de legalidad traducido en un verdadero imperio de la ley en sentido estricto.

Como consecuencia de este imperio o subordinación de todo el ordenamiento jurídico a las leyes que a la vez eran codificadas dándoles sistematicidad y completitud, el modelo de juez que pergeñaba esta concepción del derecho civil era el de un juez autómata cuya actuación, para ser aceptable, debía limitarse a aplicar la ley sin más. La función judicial se reducía a seleccionar la disposición del Código aplicable al caso y subsumir los hechos en la norma para disponer la solución allí prevista. Se trata, entonces, del juez "boca de ley" que promovía Montesquieu.

En este orden de ideas, siguiendo a Barusso (2017), podemos indicar dos rasgos esenciales relativos a la naturaleza de la función jurisdiccional y al rol de los jueces en las culturas jurídicas derivadas del modelo continental e influidas por el Código Napoleónico. En primer lugar, la concepción de la tarea del juez limitada con exclusividad a la aplicación de soluciones legisladas en forma preexistente. El juez se considera "axiológica y políticamente neutral" y no tiene necesidad de recurrir a valores o principios ajenos a la norma codificada, la que, por definición, es completa y carece de lagunas, ambigüedades o contradicciones. En segundo lugar, que los conflictos que el juez puede resolver son

solo aquellos que involucran situaciones reconocidas y tuteladas por el derecho codificado con anterioridad al conflicto.

Nuestro derogado Código Civil redactado por Vélez Sarsfield que reguló las relaciones sociales en nuestro país por casi un siglo y medio, estaba fuertemente influenciado por las ideas de la revolución francesa y del Código Napoleónico y, consecuentemente, se insertaba dentro de esta corriente "continental" como modelo de derecho civil. Por lo tanto, nuestro sistema de Derecho civil, al menos hasta el 1 de agosto de 2015, fecha de entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, se caracterizó por la afirmación y defensa de estos conceptos: gobierno del principio de legalidad en sentido estricto entendido como imperio de la ley por sobre todo el ordenamiento jurídico, por un lado, y subordinación del juez a la ley, quien debe limitarse a aplicarla sin recurrir a principios o valores ajenos a ella, por medio de un juicio de subsunción del caso en la norma.

B. Constitucionalización del derecho privado o neoconstitucionalismo.

La sanción del Código Civil y Comercial culmina un proceso progresivo de cambio de paradigma en nuestro sistema jurídico por el cual se pasa de un "Estado legalista" a un "Estado constitucional" de derecho, en el que ya no nos encontramos frente al imperio de la ley sino frente al imperio de la Constitución, incluso en el ámbito del derecho privado.

Este proceso que algunos autores llamaron "neoconstitucionalismo" consiste principalmente en el hecho de que la supremacía de la Constitución ya no se manifiesta como un límite a lo que puede ser legislado sino que todo el ordenamiento jurídico pasa a ser concebido como un desarrollo positivo de los principios, valores y derechos constitucionales (Chaumet y Meroi 2008, p. 3). La Constitución y sus normas pasan a ser operativas, susceptibles de producir efectos jurídicos con o sin la venia del legislador quien queda obligado no solo a respetarlas sino a desarrollar, legislando, el programa constitucional. En este sentido, cabe citar a Ferrajoli para quien el gradual cambio de paradigma hacia un "Estado Constitucional de derecho" se refleja en que hoy "son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo y ya no sus contenidos contingentes –su deber ser y no solo su ser- los que se encuentran incorporados al ordenamiento del estado constitucional de derecho, como derecho sobre el derecho en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho

contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no solo en cuanto a las formas de producción, sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos" (en Barusso 2017, p. 21).

En este mismo sentido la Constitución se vuelve "invasiva" en tanto sus principios, valores y normas positivas "invaden" cada una de las ramas del derecho y "condicionan la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, y reformulan los roles de los actores jurídicos, en especial los del juez" (Chaumet y Meroi 2008, p. 2).

En efecto, el nuevo Código ha receptado aquello que la doctrina y los mismos redactores del Código han denominado "constitucionalización del ordenamiento jurídico y del derecho privado" que consiste en la integración de todo el ordenamiento, incluido el derecho privado, bajo el cariz de la Constitución. De esta forma, Lorenzetti, Presidente de la comisión que elaboró el anteproyecto de Código Civil y Comercial, al exponer sobre "los valores que guían la estructura del Anteproyecto" ubica en primer término la "constitucionalización del derecho privado" y lo explica de la siguiente manera:

> "La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, estableciendo una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos (…) Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado" (Lorenzetti 2012, p. 1)

Por otro lado, el mismo Código Civil y Comercial consagra expresamente esta integración de los principios, valores y normas constitucionales con las normas del derecho privado, al establecer, en el artículo 1, al disponer las fuentes del derecho que "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte". Pero además, los redactores del Código han ido un poco más allá de establecer a la Constitución y los tratados sobre derechos humanos como fuente del derecho y, en el artículo 2, dispusieron que los principios y valores constitucionales deben guiar la interpretación de las normas infraconstitucionales. En efecto, el artículo 2 del Código Civil y Comercial sostiene que "La ley debe ser

interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

De este modo, al disponer que los principios que emergen de nuestra Ley Fundamental deben ser valorados al interpretar la letra de la ley, el Código está afirmando este pasaje de un Estado legalista a un Estado constitucional de derecho. En efecto, la ley pierde vigor como fuente única y absoluta del derecho al punto tal que sólo cobra sentido cuando su letra es interpretada a la luz de todo el ordenamiento, con los principios y valores constitucionales como guía.

Por consiguiente, está claro, el rol del juez cambia de forma absoluta ya que se le está advirtiendo que no es suficiente aplicar la fría letra de la ley a través de una mera operación de subsunción jurídica, sino que ahora se requiere una valoración mucho más acabada de la norma a la luz de la Constitución Nacional, sus principios y valores, y de los tratados internacionales de derechos humanos. Se produce, así, una suerte de apartamiento consciente del principio de legalidad a favor del juez. Dicho en otras palabras "la norma les pide – a los jueces- que renuncien lisa y llanamente al modelo clásico decimonónico que se ha practicado durante toda la vigencia del Código anterior y que asuman una nueva concepción y, con ello, una nueva técnica para interpretar y aplicar el derecho" (Grajales 2015, p. 4).

Hay, entonces, en este nuevo paradigma una "indisimulable transferencia de funciones y tareas al juez" quien, de tal modo, adquiere un protagonismo y poder hasta ahora inusitados. En efecto, "el sentido de la norma ya no será descubierto en elementos propios de la norma o en las palabras que el legislador hubiera podido dejar a la posteridad en la exposición de motivos de las leyes o en otros textos contemporáneos a ella. Poco importa ya lo que ha querido decir el legislador sino intentar otorgar un significado de las palabras de la norma que sea compatible con los principios y valores de la comunidad y con los tratados de derechos humanos suscriptos por el país" (Grajales 2015, p. 5). Por lo tanto, el significado de la norma no es aquel que el legislador explícitamente dispone en ellas ni lo que este quiso expresar sino que el significado de la norma debe ser extraído de una interpretación de la misma compatible con los principios y valores constitucionales. El juez, será, consecuentemente, el encargado de realizar este trabajo interpretativo, de traducir el significado último de la norma. A él recurre el nuevo

paradigma para decirnos ya no “qué quiso decir el legislador” sino directamente “qué dice la norma” al analizarla a la luz de los principios y valores constitucionales.

C. Constitucionalización del derecho y tutela efectiva de los derechos.

Paralelamente, esta noción de Constitución operativa que procura imponer a todo el ordenamiento jurídico un proyecto de vida en común, estableciendo una serie de principios y valores rectores de la sociedad y generando la obligación en los operadores jurídicos de respetarlos y desarrollarlos, supone, a su vez, una exigencia de efectivización de los derechos fundamentales que aquella consagra.

En efecto, como ya hace tiempo viene aseverando la Corte Suprema de la Justicia de la Nación (al menos, desde 1992 con el dictado del fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich Gerardo y ot.”), los derechos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional no solo son garantías jurídico-formales sino que son derechos plenamente operativos que exigen efectiva realización material. “Su violación o su falta de virtualidad imponen directamente al Estado un deber de aseguramiento positivo, una acción encaminada a vencer los obstáculos del camino hacia su concreción” (Masciotra 2016, p. 5).

De esta manera, a partir de esta noción de que los derechos fundamentales son plenamente operativos junto a la proliferación que tuvieron en las últimas décadas los derechos sociales y los derechos colectivos, se introduce en el derecho privado lo que Lorenzetti denominó “paradigma protectorio” y que se traduce en la obligación que surge sobre los operadores jurídicos de garantizar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos en todo momento y más allá de la voluntad de la mayoría. Consecuentemente, no solo recae sobre el legislador la exigencia de reglamentar estos derechos sino también la de desarrollar políticas públicas que tengan en miras la satisfacción de los mismos. Al juez, por su parte, le corresponde velar por la efectivización de los derechos fundamentales ya sea ante la omisión o la ineficacia del legislador.

Este objetivo de efectivización de los derechos fundamentales que conlleva el estado constitucional de derecho importa entonces otra resignificación del rol del juez. La operatividad de la Constitución y de los derechos fundamentales que ella consagra requieren necesariamente de la tutela efectiva del juez quien, en este sentido, tiene la obligación primigenia de hacer valer los derechos fundamentales de los ciudadanos estén

o no estén reglamentados por ley alguna e incluso contra esta si es ineficaz en el cumplimiento de este objetivo. En consecuencia, el principio de legalidad también muta, pasando así de una exigencia de subordinación del juez a la ley, a una subordinación del juez a la Constitución y a los derechos allí consagrados, debiendo aplicarlos directamente.

El juez pasa, así, de ser un mero aplicador de la ley, a la cual estaba subordinado, a ser el principal defensor de la Constitución y garante de los derechos fundamentales recogidos en ella. Con esta finalidad, está claro, se le concede al juez un espacio de discrecionalidad mucho más amplio: ya no alcanza con aplicar la ley sino que debe velar por la efectivización de los derechos fundamentales.

A raíz de esto, la doctrina y jurisprudencia hace tiempo que viene proclamando, bajo el nombre de "activismo judicial", la urgencia de contar con un juez que disponga de mayores poderes discrecionales y que pueda, así, escaparse de los márgenes de restricción absoluta que significa el principio de legalidad y el deber de aplicar la norma tal cual está, para poder lograr una efectiva tutela de los derechos. En este sentido, la Corte Suprema en el fallo "Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C." siguiendo la doctrina iniciada en el fallo "Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL. y otros s/ daños y perjuicios" advirtió pretorianamente la existencia de una tutela de urgencia e hizo lugar a una "medida autosatisfactiva" no legislada y expresó que "(…)una moderna concepción del proceso exige poner acento en el valor "eficacia" de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección requiere(...)". En el fallo "Lavado, Diego y otros c/ Provincia de Mendoza y otros", por su parte, la Corte sostuvo en forma coincidente que "corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados".

De esta manera, en suma, el activismo judicial propugna que los jueces, como garantes de la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos cuentan con poderes y facultades propias, y no subsidiarias o por defecto del poder legislativo o del ejecutivo,

para hacer valer los derechos constitucionales, ya sea previniendo su violación o reparándola (Reviriego 2017, p. 135)

En definitiva entonces, como señala Redondo (En Peyrano 2016, p. 187), “el pasaje del Estado legalista de Derecho al Estado de Derecho constitucional centra su enfoque sobre la actividad judicial, desplazando de esta manera al legislador, cuando los remedios podrían llegar demasiado tarde”.

D. La acción preventiva en el marco de cambio de paradigma:

En conclusión, como venimos afirmando, nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en pleno pasaje de un sistema civil tradicional a un estado constitucional de derecho. Este cambio de paradigma consiste, por un lado, en un desdibujamiento del principio de legalidad y en un derrocamiento del imperio de la ley como fuente única y absoluta del derecho en pos de la promoción del concepto de Constitución operativa y de los principios y valores que ella consagra como mecanismos de integración de todo el ordenamiento y de control axiológico de las normas positivas. Esto conlleva, a su vez, una resignificación de rol del juez que, como interprete, es justamente el encargado de realizar esta integración entre norma y principios, ocupando así un gran espacio discrecional que le era negado en el sistema tradicional al imponerse su subordinación absoluta a la norma.

Por otro lado, el cambio de sistema se manifiesta en la proclamación de ideas coincidentes con un “paradigma protectorio” y, con ello, la noción de que resulta esencial para el ordenamiento jurídico la efectivización de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, haya o no una ley que los reglamente. Para este fin, la tarea del juez se torna imprescindible para llevar a cabo la materialización de estos derechos allí donde el legislador no llegue, o donde la norma no sea eficaz. Los jueces se erigen, así, en garantes de la Constitución y de los derechos fundamentales que ella contiene, debiendo velar por su efectivización en el plano de la realidad. Se impone, por lo tanto, la superación del juez del sistema tradicional como “boca de las palabras de la ley” y su sustitución por la figura de un juez dotado de poder e “investido de la potestad de disposición que le reconocen los espacios de discrecionalidad que resultan de la nueva realidad jurídica” (Ureña Carazo 2016, p. 6).

QUAERERE VERUM
Universidad de
San Andrés

En este contexto, resulta oportuno advertir que la acción preventiva y el rol discrecional del juez que ella acarrea, previamente analizados, no pueden ser examinados en forma aislada sino que debe tenerse en cuenta la preexistencia de este cambio de paradigma en el cual se enmarca, antes de sacar cualquier tipo de conclusión.

Como se señalara oportunamente, los rasgos ampliamente discrecionales que otorga el legislador al juez con el instituto de la acción preventiva encierran contradicciones intrínsecas con el sistema civil tradicional. Sin embargo, hemos señalado la concurrencia de una transición de este modelo de derecho a uno distinto, en el que los principios del anterior sistema que se verían conculcados por la tutela jurisdiccional preventiva regulada en el nuevo Código han perdido preponderancia y en el que la tarea del juez se ve resignificada al exigirse de él, como fin último y fundamental, ya no solo la mera aplicación de la ley, sino la tutela efectiva de los derechos fundamentales y la interpretación integradora de las normas con todo el ordenamiento jurídico y los principios y valores constitucionales. El juez ha adquirido un protagonismo y un poder del que antes carecía en el que el uso de la discrecionalidad, como se marcó, ya no es una excepción no deseada sino que pasa a ser prácticamente la regla.

En el mismo sentido, es notorio como la acción preventiva puede enmarcarse en este “paradigma protectorio” que exige la efectivización de los derechos fundamentales ya que, como se advirtió anteriormente, existe una gran cantidad de derechos respecto de los cuales, por sus características, no puede brindarse una tutela verdaderamente efectiva de no recurrirse a su prevención cuando se encuentran amenazados. Así, al crear una tutela jurisdiccional preventiva que tiene por finalidad evitar la vulneración de un derecho que, en la mayoría de los casos, no podría ser reparado adecuadamente, la acción preventiva cumple con un objetivo primordial del sistema constitucional de derecho como es la tutela efectiva de los mismos. Como señala Redondo (en Peyrano 2016, p. 180) “tomando una actitud activa en la búsqueda de mecanismos que tiendan a proteger derechos fundamentales, el juez ordena una medida preventiva para impedir que se produzca un daño mayor”. El hecho de que se recurra a la discrecionalidad del juez para lograr esta tutela preventiva no debería representar un problema en este nuevo contexto, dado que el propio sistema reconoce la necesidad de un nuevo tipo de juez con facultades eminentemente discrecionales en tanto, en su rol de garante de los derechos constitucionales, ya no debe mantenerse apegado a la norma sino que puede y debe

recurrir a los principios y valores del ordenamiento jurídico para orientar su decisión, tal como marcan los artículos 1 y 2 de nuestro Código Civil y Comercial.

En definitiva, resulta oportuno traer a colación las palabras de uno de los principales impulsores de la tutela inhibitoria en Latinoamérica, como fue el jurista brasileño Luiz Guilherme Marinoni que sostiene

"la idea de la tutela preventiva o inhibitoria encuentra una traba en el tipo de libertad que hunde sus raíces en principios propios del Derecho liberal clásico, pero este no puede servir para inspirar una doctrina que vive en otro Estado, con otros valores, en una época diferente, en la que debe asegurar la efectividad de los derechos de sus ciudadanos" (en Peyrano 2016, p. 149).

Dicho con otras palabras, la función de prevención y la tutela preventiva consagradas en el nuevo Código Civil y Comercial, y el cambio en el rol y en las tareas del juez que ellas acarrean, no representan un caso aislado ni carecen de sustento jurídico sino que deben ser analizadas teniendo en cuenta el contexto en el que se insertan. Y el contexto en el que ellas se insertan es uno en el cual el modelo decimonónico de sujeción del juez a la ley está siendo dejado de lado, por uno en el cual la primacía y relevancia de la Constitución, sus principios y derechos en todo el ordenamiento se torna indubitable y en el cual el juez adquiere un rol protagónico, confiando el sistema en su discrecionalidad como intérprete de las normas bajo el cariz constitucional y como protector de los derechos constitucionales.

QUAERERE VERUM
Universidad de
San Andrés

V. Parámetros y límites:

A modo de recapitulación, a lo largo de este trabajo hemos advertido que la acción preventiva, en contra del tradicional rol de la judicatura como mera aplicadora de la norma, otorga al juez un amplio margen de discrecionalidad que se traduce, en primer lugar, en que recae en este la decisión de cuándo prevenir y cuándo no y, en segundo lugar, una vez que se optó por prevenir, en la libertad con la que cuenta el magistrado para diseñar la medida a tomar. Asimismo, se hizo hincapié en la necesidad de contemplar la acción preventiva teniendo en cuenta la existencia de un cambio de paradigma que afecta a todo el ordenamiento jurídico y en el que bien podría insertarse la tutela inhibitoria receptada por el nuevo Código y el rol discrecional del juez que propone.

Ahora bien, sin perjuicio de todas estas disquisiciones, no podemos dejar de advertir la gran novedad que genera la introducción de esta herramienta preventiva para todos los operadores jurídicos en general y para los jueces en particular, de quienes requiere una tarea discrecional que conllevan análisis y prácticas de *policy maker* que no están acostumbrados a realizar. En efecto, como se observó, nuestro ordenamiento por casi 150 años promovió un sistema de derecho civil tradicional, fuertemente influenciado por la tradición continental europea, por lo que se caracterizaba por el imperio de un principio de legalidad estricto por el cual la tarea del juez se limitaba a aplicar la ley tal cual estaba dada por el Poder Legislativo en el Código Civil. En suma, por más que afirmemos que el paradigma haya cambiado y que el nuevo Código Civil y Comercial ha receptado ese cambio, lo cierto es que los jueces carecen de una tradición de criterios doctrinarios y jurisprudenciales que orienten al magistrado respecto de cómo debe conducirse en este nuevo contexto.

Por ello, en este último capítulo nos animamos a esbozar algunos criterios o guías de razonabilidad que permitan al juez orientar su decisión tanto al momento en el que le compete ponderar entre restricción a la libertad y prevención del daño, es decir, al momento de decidir la procedencia de la acción preventiva, como en el momento en el cual el juez debe dedicarse a delinear la mejor y más eficiente medida preventiva del daño, con los distintos planos de análisis que ello conlleva.

Por otro lado, ante el fundado temor de que la discrecionalidad que se le otorga al juez en la acción preventiva pueda devenir en arbitrariedad nos proponemos señalar algunos límites o requisitos que debe tener en cuenta el juez al desarrollar esta tarea discrecional de modo de preservar el valor certeza y la seguridad jurídica. Entre ellos, destacaran la adecuada motivación y fundamentación de la sentencia y el cumplimiento del debido proceso.

A. Parámetros:

Cómo se sostuvo oportunamente, el primer ejercicio de discrecionalidad que lleva a cabo el juez en el marco de una acción preventiva ocurre al momento de determinar si en el caso concreto corresponde o no hacer lugar a la tutela preventiva. Para ello, el juez no solo deberá tener en cuenta los requisitos de procedencia descriptos en la norma sino que, además, deberá realizar una ponderación entre los dos derechos y principios en juego: el derecho a la libertad individual o autonomía del sujeto demandado quien en la

realización de una actividad lícita genera la amenaza del daño, y el derecho individual del actor que ha sido puesto en peligro y, por lo tanto, su derecho a no ser dañado.

Corresponde, por lo tanto, otorgarle al juez ciertas pautas generales orientativas que pueden influir en este juicio ponderativo para decidir en qué casos puede ser preferible la procedencia de la acción preventiva y en cuáles no.

En primer lugar, está claro que la inminencia del daño o que este ya se esté causando será un factor relevante -y obvio- en la decisión de prevenir, por lo que no hace falta más análisis.

En segundo lugar, con respecto al comportamiento que genera la amenaza el daño, se señala que el juez deberá tener en cuenta no solo los costos de la prevención de la actividad que recaen sobre el demandado, sino los costos de prevenir que recaen sobre la sociedad toda en el caso de que la actividad que se está restringiendo en pos de impedir la configuración del daño sea socialmente deseable. Es decir, el juez debe sopesar los beneficios sociales de la actividad que genera el peligro de daño.

En tercer lugar, teniendo en cuenta que la decisión de no prevenir implica, necesariamente, la elección de reparar si el daño luego efectivamente se materializa, podemos pensar en tipos o clases de daños respecto de los cuales, a priori, la prevención será preferible. Es decir, se trata de categorías de riesgos en los cuales se presume, en términos de eficiencia, la preferencia por su prevención. Para decirlo de alguna manera, ante estas clases de amenazas de daño la balanza estará inclinada hacia la prevención del mismo, lo cual no obsta que luego el juez, por ejemplo, dado el beneficio social de la actividad peligrosa, decida no prevenir. Estos son, siguiendo a Tolosa (2012):

a) Daños graves e irreversibles a la integridad física. Resulta notorio que la compensación ulterior por estos daños es en todos los casos imperfecta, por lo que la prevención de estos daños comprobada su puesta en peligro será siempre preferible.
b) Afectación a derechos personalísimos.
c) Daños colectivos y a intereses difusos. En estos casos también pensar en una reparación adecuada parece utópico. Esto es así ya que, por un lado, el número de víctimas en la mayoría de los casos es imposible determinar por lo que es prácticamente imposible indemnizarlas a todas. Por otro lado, puede

que la afectación sea de poca cuantía lo que generará que nadie se moleste en reclamar por un monto que no lo justifica. Por último, en muchos casos como los de daño al medioambiente, el perjuicio será irreversible y hasta puede comprometer la calidad de vida de las generaciones futuras por lo que queda claro el interés en que sean prevenidos.

d) Casos en los que sea predecible la insolvencia de los potenciales dañadores. En estos casos, al igual que en los otros ejemplos, resulta injusto e ineficiente dejar que se produzca el daño sabiendo que la reparación de los mismos será inexistente.

e) Casos de daños que si bien no son irreversibles, la posibilidad de una reparación adecuada requiere que sea rápida bajo riesgo de volverse irreversible, y el sistema de responsabilidad civil se prevé que no podría llegar a cumplir con la reparación en tiempo oportuno. Es decir, se trata de casos en los cuales la reparación adecuada es posible, pero la demora en obtenerla genera daños adicionales que pueden volver irreparable el primigenio. Es el caso típico de la tutela de urgencia, en el cual se requiere ante un daño provocado la colocación de una prótesis o la adquisición de un medicamento con el cual la víctima podrá continuar con su vida normalmente prácticamente como si nunca hubiera sucedido nada.

Por otro lado, con respecto al diseño de las medidas preventivas a dictar, advertimos que el legislador ha dejado librado al juez todo lo referido a la naturaleza, tipo alcance de las medidas, limitándose a señalar que el magistrado deberá ponderar entre los “criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo”.

En este sentido, sostuvimos que desde una perspectiva funcional resulta positivo que el legislador confié una cuota de discrecionalidad al juez de la causa con el propósito de que, con mejores elementos de juicio propios del análisis del caso presentado ante él, se encargue de determinar cuáles deben ser las medidas aplicables, luego de haber ponderado todos los intereses, tensiones y circunstancias en juego.

Sin embargo, ello no se opone, como ya hemos anticipado, a que se puedan esbozar una serie de pautas o criterios generales que guíen el juicio del juez al diseñar las medidas preventivas aplicables.

La primera de estas pautas orientadoras del diseño de las medidas preventivas realizado por el juez es la única que se encuentra dispuesta en el artículo 1713, esto es, que cualquiera sea la medida preventiva que se dictaminé, esta debe cumplir con el objetivo de impedir la comisión del hecho dañoso, restringiendo lo menos posible la actividad lícita del demandado. Se trata entonces de un juicio de razonabilidad y proporcionalidad que debe llevar a cabo el magistrado por el cual, la medida que diseñe debe tender a la ideal, que se traduce en aquella que satisface la finalidad preventiva con interferencia prácticamente nula en la libertad del demandado.

Tomando esta pauta orientadora prevista en el texto legal, podemos sugerir otras:

a) En primer lugar, sostenemos que el cese de la actividad productiva del daño debe ser entendido como última ratio, es decir, que sólo puede ser dispuesto como medida preventiva por el juez si el daño no puede impedirse de ninguna otra manera sin generar una restricción injustificada en la libertad individual del demandado.
b) En segundo lugar, sostenemos que corresponde al juez evaluar las posibles actividades alternativas o sustitutivas que, sin generar la amenaza del daño, cumplan el mismo objetivo para el demandado que la conducta que se le reputa antijurídica por poner en peligro la indemnidad del actor. Por ejemplo, en el caso de que se tratare de una actividad productiva, el juez debe evaluar si existe una alternativa de producción disponible para reemplazar la que se está utilizando (que genera la amenaza de daño) y, si ello no perjudicara desproporcionalmente al demandado, exigirle que cambie de una actividad a la otra.
c) En tercer lugar, sostenemos que la necesidad de que exista una proporcionalidad relativa entre la medida preventiva y el daño. Con ello, nos referimos a la exigencia de que el perjuicio provocado por la restricción en la libertad del demandado que la medida preventiva implica, no puede ser excesivamente mayor a la magnitud del daño previsto sobre la posible víctima que se busca evitar con la medida. Está claro que, para determinarse esta proporcionalidad, deben tenerse en cuenta todas las características relevantes del caso como la naturaleza, magnitud y tipo del daño así como las condiciones particulares de víctima y demandado que puedan alterar el peso relativo de los perjuicios para cada uno de ellos.

d) En forma muy aparentada con la anterior, consideramos que el juez debe tener en cuenta al delinear la medida preventiva los costos económicos que implica la puesta en práctica de aquella para el demandado, debiendo evitarse que el cumplimiento de tal obligación genere costos desproporcionados a tal punto que la viabilidad económica de la actividad lícita del demandado entre en crisis.
e) Por último, cabe destacar que si el juez considera necesario ordenar medidas de prueba o buscar mayor información para alcanzar la convicción de cuál es la mejor alternativa podrá hacerlo, y si la amenaza de daño es inminente, podrá dictaminar el cese provisorio de la actividad riesgosa o algún otro tipo de medida provisoria.

B. Límites:

La discrecionalidad que en la acción preventiva se le otorga al juez no es en ningún modo absoluta. De serlo, existiría el riesgo constante de que las decisiones de los magistrados cayeran en la arbitrariedad, con la perdida de certeza y credibilidad de las decisiones jurisdiccionales y profunda crisis de la seguridad jurídica que ello conllevaría.

Es por esto que resulta necesario que se hagan explícitos y queden bien claros los límites con los que debe contar esta tarea discrecional que desarrolla el juez para evitar que derive en arbitrariedad, siendo los más relevantes dos de ellos, por englobar a todos los demás: la necesidad de motivación y justificación en las sentencias y la exigencia del cumplimiento del debido proceso.

1. Deber de motivación y fundamentación:

El deber de motivar y explicitar las razones por las cuales llegó a un determinado resultado y decisión es, quizá, la herramienta más poderosa para contener la discrecionalidad judicial y evitar la arbitrariedad.

Consiste, básicamente, en la necesidad de justificar el propio ejercicio del arbitrio, esto es, exteriorizar las razones que llevan al juez a adoptar una determinada decisión. Está dirigido no solo a las partes sino a la comunidad jurídica en general y tiene como finalidad posibilitar y facilitar el control de la decisión judicial, poniendo coto a la discrecionalidad e impidiendo, así, la arbitrariedad. En definitiva, como dice Segura Ortega (2006, p. 90) “que los jueces hayan de motivar equivale a negarles facultades

creativas de propio imperio, supone que han de explicar por qué adoptan una decisión y no otra, implica, en definitiva, que ostentan un poder delegado y no soberano".

El nuevo Código Civil y Comercial da cuenta de este deber de motivar la sentencia en el artículo 3, en el cual dispone que "El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada".

Como cabe hacer notar, esta exigencia de fallar en base a una "decisión razonablemente fundada" parece exceder el tradicional "fundar en ley" del artículo 34 inciso 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, significando un nuevo estándar de fundamentación de las decisiones judiciales. En efecto, el tradicional deber de motivación o fundamentación se limitaba a la obligación que recaía en el juez de identificar en la sentencia las normas legales positivas que juzgaba aplicable en el caso concreto y exteriorizar la subsunción realizada a partir de los hechos del caso. Este "fundar en ley" no satisface hoy el deber de motivación y fundamentación de las sentencias. Este deber, en la actualidad, se traduce en la exigencia de justificar la decisión tomada explicitando toda y cada una de las razones que llevaron al juez a ese resultado, por medio de un correcto uso de la argumentación jurídica y con la finalidad de convencer tanto a las partes como al conjunto de la comunidad jurídica de que su solución es la mejor entre las distintas soluciones posibles (Grajales 2015).

En la acción preventiva, entonces, este deber de motivar y fundamentar la decisión como se puede hacer notar, comprenderá la obligación de explicitar, entre otros:

a) Los hechos del caso particular y las pruebas aportadas por las partes que acreditan la verificación de cada uno de los requisitos de procedencia de la tutela inhibitoria, incluida la legitimación del actor
b) La ponderación realizada entre la libertad individual del demandado y el derecho a no ser dañado del actor y las razones por las cuales opta por uno u otro.
c) El análisis de cada uno de los factores relevantes realizado a la hora de delinear la medida preventiva dictada, así como los parámetros en los que se basó, debiendo quedar claras las razones por la cual se inclinó por esa medida preventiva y no por otra u otras.

d) Los argumentos aportados por las partes, que, como veremos, es preciso que participen del proceso de decisión, ya sea haciéndolos propios o refutándolos adecuadamente.

En definitiva, únicamente cumpliendo con estas exigencias de fundamentación, y logrando una adecuada motivación de la sentencia, podremos asegurarnos de que estamos frente a una decisión discrecional pero no arbitraria. Resulta una vez más oportuno, para concluir, citar al autor español que afirma que "en los Estados modernos los jueces, o los tribunales en general, ejercen su responsabilidad justificando sus decisiones de una forma bien conocida. Esta y solo esta les garantiza la autoridad necesaria en su función. La simple referencia a los textos jurídicos o a otros materiales estrictamente autoritativos no es suficiente. La gente pide más, y plantea una cuestión adicional: ¿Por qué? La única respuesta a aquella cuestión es usar argumentos apropiados (razones). Por eso en todas las sociedades modernas se ha incrementado la importancia del razonamiento jurídico". "Sea como fuere la exigencia de motivación cumple una función importante en el diseño de actuación de los órganos jurisdiccionales en la medida en que la autoridad y la competencia del juez no basta para legitimar el contenido de sus decisiones, sino que es preciso que justifique todas las elecciones y valoraciones que realiza a lo largo del proceso" (Segura Ortega 2006, p. 81).

2. Debido proceso y derecho al contradictorio:

Por su parte, el otro límite que se impone a la discrecionalidad judicial para evitar la arbitrariedad y, con ella, el avasallamiento de los derechos de las partes es que el proceso a través del cual se obtenga una tutela preventiva, ya sea con carácter provisional o definitivo, se haya logrado merced al desarrollo del debido proceso legal, que, como señala Rojas "constituye un derecho humano esencial tanto para quien solicita la tutela como para quien se verá afectado con ella" (Rojas 2016, p. 310)

Dentro del debido proceso resalta por su importancia el derecho de cada una de las partes a ser oídos en el proceso decisión respecto de lo afirmado y confirmado por la otra que se caracteriza doctrinariamente como el "principio del contradictorio".

Es esencial, como argumentan Chaumet y Meroi (2008, p. 10), el cumplimiento de este principio del contradictorio en los procesos que tienen como conclusión una decisión discrecional del juez, entendido como "ejercicio concreto del derecho de defensa a los

fines de la formación del convencimiento del juez". La centralidad del contradictorio en procesos como la acción preventiva radica, por un lado, en que el dialogo que se produce entre las partes durante el proceso y en el que se brindan elementos probatorios y argumentos que sustentan una u otra posición colabora a una mejor decisión del juez, ya que provee al juez de elementos a los que quizá de otro modo no podría acceder, ampliando el cuadro de análisis y obligándolo a la comparación. Por otro lado, el hecho de poder hacerse oír y presentar su caso ante el órgano decisor permite un control más acabado de la actividad jurisdiccional ya que obliga al juez a, cuanto menos, tener que considerar los argumentos de las partes y refutarlos razonablemente en su sentencia.

En definitiva, resulta de suma importancia que las partes tengan la oportunidad durante el proceso de decisión de aportar su versión de los hechos y los elementos probatorios que la sustenten y de esgrimir todos los argumentos que consideren necesarios ya sea respecto de la decisión del juez de prevenir o no en el caso concreto como cuál es la medida preventiva idónea para aplicar.

Es por ello que, como se sostuvo, es necesario que los distintos Códigos Procesales de las distintas jurisdicciones den un marco procedimental adecuado a esta innovadora tutela preventiva genérica del daño, debiendo tener en cuenta que el procedimiento que se establezca a tal fin debe necesariamente cumplir con la celeridad que requieren estás medidas pero sin dejar de lado en modo alguno el debido proceso y el derecho al contradictorio de ambas partes.

Universidad de SanAndrés

VI. Conclusión:

La acción preventiva es reflejo de un cambio de paradigma al interno del derecho de daños que va de la preferencia por la reparación hacia una primacía de la prevención como solución a los conflictos que busca regular esta área del Derecho.

En cumplimiento de este paradigma preventivo y ante la flaqueza del legislador para llevar adelante este tipo de respuesta, el ordenamiento otorga un amplio margen de discrecionalidad al juez entendiendo que este se encuentra en una posición mucho más favorable para el desarrollo y la materialización de la finalidad preventiva.

Se adujo que la tarea discrecional que le cabe al juez en el marco de la tutela preventiva genera inconsistencias con el sistema tradicional de derecho civil pero al mismo tiempo se advirtió la coexistencia en simultáneo de otro cambio de paradigma que abarca ya no al derecho de daños exclusivamente sino a todo el ordenamiento jurídico y en el cual la acción preventiva se encuadra a la perfección.

Como señala María Belén Redondo (en Peyrano 2016, p. 192), afirmación a la cual nosotros suscribimos: “no podemos seguir pensando al juez como una máquina de resolver conflictos, la operación meramente silogística ha devenido insuficiente. La realidad supera muchas veces a la actividad legislativa y es allí donde en aras de proteger a los derechos fundamentales los magistrados deben dar respuestas en el aquí y ahora”.

En efecto, consideramos que, para hacer frente a los nuevos conflictos y problemas que presenta la sociedad contemporánea, el rol y papel tradicional del juez debe cambiar y, en definitiva, ya está cambiando, como pone de manifiesto el nuevo Código Civil y Comercial en su título preliminar. La acción preventiva, por su parte, es ni más ni menos que un fruto de este cambio de paradigma en tanto propugna un tipo de juez distinto, no atado al principio de legalidad en sentido estricto, bregado en cumplir, a través de la prevención, con su objetivo de tutela efectiva de los derechos, gozando para tal fin de una amplia discrecionalidad que le otorga el ordenamiento.

La intención de este trabajo es hacer explícito este doble cambio de paradigma del cual la acción preventiva es ejemplo y parte, con la aspiración de que sea de utilidad para aquellos operadores jurídicos que, inmersos en esta mutación del sistema, sufren una modificación en sus roles y en las reglas del juego a las que se encuentran sometidos respecto de la cual, en la mayoría de los casos, no se encuentran preparados por ser hijos de una tradición y cultura totalmente distinta.

En este mismo orden de ideas, si bien consideramos oportuno y conveniente este cambio de paradigma, es preciso vislumbrar una serie de reformas y procesos que deben acompañarlo para que sea verdaderamente beneficioso.

Por un lado, es preciso modificar la forma en la que se enseña y se educa a los operadores jurídicos. El modo de pensar y ejercer el derecho con este varió, y por lo tanto debe variar también el modo de enseñarlo. Las facultades de derecho deben dejar de explicar el derecho bajo el prisma del modelo decimonónico para hacerse cargo de este

nuevo paradigma, para preparar jueces que ya no deben pensar el derecho en términos de reglas sino de principios, que ya no deben subsumir normas sino interpretarlas e integrarlas y que ya no deben “encontrar” la solución apropiada para el caso sino “crearla”.

Por otro lado, este cambio de paradigma y, particularmente, el instituto de la acción preventiva requieren una reforma procesal sustancial. En efecto, como ya se señaló, cada uno de los Códigos procedimentales de cada jurisdicción debe darle a la acción preventiva un procedimiento que sea el que mejor se adecúe a las características particulares de la tutela inhibitoria genérica y a su vez respete el derecho al debido proceso de todas las partes. Pero además, dada la generalidad de intereses y partes que podrán verse afectadas, muchas veces, en este tipo de procesos, como fuera advertido, deberá pensarse un procedimiento particular, distinto del contencioso bilateral típico del derecho de daños y en el cual el juez cuente con las herramientas necesarias para poder conocer la mayor cantidad posible de esa red de intereses y situaciones enlazadas que se verán afectadas y alteradas con la medida preventiva que disponga.

En suma, la acción preventiva es un instrumento jurídico positivo y deseable y la mutación del rol del juez que ella acarrea también lo es, en cuanto es requisito necesario para su correcto funcionamiento. No obstante, es necesario hacer explícito los cambios de paradigma que esta herramienta inédita conlleva y en los cuales se encuadra, con la finalidad de que podamos discutir ya no qué tipo de juez queremos como sociedad dado que el ordenamiento jurídico parece inclinado hacia uno de ellos, pero sí de qué modo podemos facilitarle al juez la tarea de adaptarse al cambio y cómo perfeccionar su nuevo rol para lograr los objetivos deseados.

Universidad de SanAndres

Bibliografía:

Doctrina:

Acciarri, Hugo. 2013. “Funciones del derecho de daños y de prevención”. *La Ley*

Acciarri, Hugo. 2015. *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños.* Buenos Aires: La Ley.

Añon, María José. 1994. “Notas sobre discrecionalidad y legitimación”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 15-16 (1994). 897-911. http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc1n8d3

Baracat, Edgar. 2015. “Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial”. *La Ley*. 13/07/2015

Barrera, Mónica. 2015. “La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, su impacto en el proceso civil y las facultades condenatorias e instructorias de los jueces”. *Infojus*. http://www.saij.gob.ar/monica-barrera-funcion-preventiva-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-su-impacto-proceso-civil-facultades-condenatorias-instructorias-jueces-dacf150372-2015-07-16/123456789-0abc-defg2730-51fcanirtcod

Barusso, Leandro Fabian. 2017. “La equidad judicial en la tutela preventiva, previsional y cautelar”. *Revista de Derecho Procesal* 2017 (1): 69-114

Berizonce, Roberto Omar. 2010. “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”. *Civil procedure review* 1 (3): 46-74

Bustos, Carlos Isidro. 2017. “El concepto de antijuricidad en la acción preventiva ante la amenaza de daño”. Ponencia presentada en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, Buenos Aires, 28-30 de septiembre.

Calabresi, Guido. 2008. *The cost of accidents: A legal and economic analysis.* Yale University Press

Chaumet, Mario y Andrea Meroi. 2008. “¿Es el derecho un juego de los jueces?” *La Ley* 18/06/2018

Universidad de San Andrés

Chaumet, Mario y Andrea Meroi. 2016. “Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado”. *Jurisprudencia Argentina* 2016 (I)

Ciuro Caldani, Miguel Angel. 2001. “El juez en el cambio histórico”. *La Ley* 2001-D: 1150-1160

De Cupis, Adriano. 1975. *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch.

Ferrer Guillamondegui, Ramón Agustín. 2017 “El rol del juez en la Acción Preventiva”. Ponencia presentada en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, 14-16 de septiembre

Fuller, Lon. 1978. “The Forms and Limits of Adjudication”. *Harvard Law Review.* 92.2. 353-409

Gargarella, Roberto. 1996. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial.* Ariel.

Gargarella, Roberto. 1997. “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”. *Isonomía* 6 (abril): 55-70

Gascón Abellán, Marina. 2003.”El papel del Juez en el Estado de Derecho”. En *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiónes fundamentales,* 15-42. Lima: Palestra editores.

Ghersi, Carlos. 1989. “Daños. Reparación individual. La obligación funcional de prevención social”. *La Ley* 1989-C: 116-131

Grajales, Amos. 2015. “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como la boca de los principios. De la subsunción a la ponderación”. *Jurisprudencia Argentina* 2015-III

Grajales, Amos y Nicolás Jorge Negri. 2016. *Interpretación y aplicación del Código Civil y Comercial: elementos para la práctica profesional*. Buenos Aires: Astrea.

Guzman, Nestor Leandro. 2015. “La sentencia razonable en el Código Civil y Comercial”. *El Dial.* DC2035.

Hurtado Reyes, Martín. 2006. *Tutela jurisdiccional diferenciada*. Lima: Palestra editores.

QUAERERE VERUM
Universidad de
SanAndrés

Iglesias Vila, Marisa. 1999. *El problema de la discreción judicial (una aproximación al conocimiento jurídico).* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Keating, Gregory. 2012. "The priority of respect over repair". *Legal Theory.* 18 (September): 293-337. Consultado: 9 de mayo de 2018. Doi:10.1017/S1352325212000031

Kysar, Douglas. 2017. "The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism". *Yale Law School, Public Law Research Paper*. No. 607.

Linfante Vidal, Isabel. 2002. "Dos conceptos de discrecionalidad jurídica". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho.* 25 (2002): 413-439. Consultado el 08 de febrero de 2018. doi:10.14198/DOXA2002.25.12

Llamas Pombo, Eugenio. 2007. "Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños". En *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coordinado por Juan Antonio Moreno Martinez, 445-478. Madrid: editorial Dynkinson. Consultado: 25 de enero de 2018. http://vlex.com/vid/prevención-reparación-dos-casas-derecho-41291662

Lorenzetti, Ricardo Luis. 1993. "El sistema de la responsabilidad civil: ¿Una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?". *La Ley*. 500

Lorenzetti, Ricardo Luis. 1995. "La tutela civil inhibitoria". *La Ley*. LL 1995-X. 1217

Lorenzetti, Ricardo Luis, dir. 2014. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni

Loth, Marc. 2018. "The Civil Judge as Risk Regulator". *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series*. No. 06/2018

Marianello, Patricio. 2018. "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional". *Tla-melaua. Revista de ciencias sociales*. 5.32: 46-83

Marinoni, Luiz Guilherme. 2000. "Tutela Inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito". *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 26 (2000): 161-175. http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/177/pdf

Marinoni, Luiz Guilherme. 2014. *Tutela Inhibitoria*. Buenos Aires: Marcial Pons

Marquez, Jimena. 2017. “La tutela preventiva en el derecho de daños”. *Revista de Derecho de Daños* 2017 (2): 9-44

Masciotra, Mario. 2015. “El poder discrecional de los jueces”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 41 (enero): 115-135. Consultado el 25 de enero de 2018. https://doctrina.vlex.com.co/vid/poder-discrecional-jueces-631567689

Masciotra, Mario. 2016. “Función social del juez en el Código Civil y Comercial de la Nación”. *La Ley.* Consultado el 5 de febrero de 2018. http://www.saij.gob.ar/mario-masciotra-funcion-social-juez-codigo-civil-comercial-nacion-dacf160382-2016-05-26/123456789-0abc-defg2830-61fcanirtcod?&o=117&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20procesal%7COrganismo%5B5%2C1%5D

Masciotra, Mario. 2016. “Lineamientos del derecho civil moderno”. *El Derecho* LIV (14.057)

Meroi, Andrea. 2016. “Aspectos procesales de la pretensión preventiva”. RCCyC 2016 (abril).

Morello, Augusto y Gabriela Stiglitz. 1987. “Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia”. *La Ley* 1987-D: 365-375

Moreno, Valeria. 2017. “La función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil”. Ponencia presentada en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, Buenos Aires, 28-30 de septiembre

Monroy Gálvez, Juan y Juan Monroy Palacios. 2010. “Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales”. En *Sentencia anticipada (despachos interinos de fondo),* dirigido por Jorge W. Peyrano, 165-208. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Nicolau, Noemí Lidia. 1996. “La tutela inhibitoria y el nuevo articulo 43 de la Constitución Nacional”. *La Ley* 1996-A: 1245-1253

Nieto, María Marta. 2017. “La tutela judicial eficiente. Transitando de lo abstracto a lo concreto. El rol del juez”. Ponencia presentada en el XXIX Congreso Nacional de

QUAERERE VERUM
Universidad de
SanAndrés

Derecho Procesal, Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, 14-16 de septiembre

Papayannis, Diego. 2014. “La práctica del *alterum non laedere*”. *Isonomía* 41 (Octubre): 19-68

Peyrano, Jorge. 1997. “Reformulacion de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”. *JA*. 1997-II-926

Peyrano, Jorge. 2011. “El cambio de paradigmas en materia procesal civil”. En *Principios Procesales*, dirigido por Jorge W. Peyrano. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni

Peyrano, Jorge, dir. 2016. *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Peyrano, Jorge y Edgar Baracat. 2015. “Jurisdicción preventiva”. Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy, 10-12 de septiembre.

Picasso, Sebastián. 2015. “Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación”. *RCyS* (IV). 5.

Pizarro, Ramon y Carlos Vallespinos. 2007. *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi.

Racimo, Fernando. 2015. “El activismo judicial sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional”. *Revista jurídica de la Universidad de San Andrés* 2015 (2): 101-181

Rivera, Julio Cesar, dir. 2012. *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot

Rivera, Julio Cesar y Graciela Medina, directores. 2014. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: La Ley

Reviriego, José Antonio. 2011. “La tutela preventiva y la acción preventiva en el derecho argentino”. *Ars Boni et Aequi* 8 (1): 135-170. Consultado el: 25 de enero de 2018. https://doctrina.vlex.cl/vid/tutela-preventiva-accion-preventiva-645257813

Rodriguez, Alejandro Daniel. 2002. “Poderes inherentes del juez y principio de congruencia”. *SAIJ* http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf020027-rodriguez-poderes_inherentes_juez_principio.htm?bsrc=ci

Rojas, Jorge. 2016. “Los principios procesales y la tutela preventiva”. *Revista de derecho de daños.* 2016 (2)

Schwartz, Gary. 1996. “Mixed theories of tort law: Affirming both deterrence and corrective justice”. *HeinOnline* 75: 1801-1834

Seguí, Adela. 2012. “Responsabilidad civil: la función preventiva”. En *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* dirigido por Julio Cesar Rivera. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Segura Ortega, Manuel. 2006. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces

Taruffo, Michele. 2005. “Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica”. *Isonomía* no. 22. http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbc492

Tolosa, Pamela. 2012. “Función de prevención y acción preventiva de daños en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial”. *RCyS* XII (14)

Ureña Carazo, Belén. 2016. “Reflexiones sobre el juez del Siglo XXI y el proceso civil”. *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal y mercantil* N°118 (2016)

Vallespinos, Gustavo. 2011. “El principio de prevención en la posmodernidad. Sus implicancias en el derecho del consumo”. *Cuaderno de obligaciones* N°5: 125-152. https://ar.vlex.com/vid/principio-implicancias-derecho-consumo-482300890?_ga=2.232499931.532322798.1532011644-636576345.1532011644

Zavala de González, Matilde. 2011. “Función preventiva del Derecho de Daños”. *La Ley* (noviembre).

Zela Villegas, Aldo. 2008. *Tutela preventiva de los derechos: como manifestación de la tutela diferenciada*. Lima: Palestra Editores

Jurisprudencia:

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Sala I. “*Unterurbacher Nicole c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ medidas cautelares*”. 15 de marzo de 2007.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Sala I. “*Giovannini, Oscar Rubén c/ Google Inc. s/ accion preventiva de daños”.* 4 de julio de 2017

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Sala II. "*S.C.F. y otros c/ Google Inc. s/ acción preventiva de daños.* 27 de diciembre de 2017.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Sala III. "*Sposito, Giuliana c/ Google Inc. y otro s/ medidas cautelares".* 16 de agosto de 2016.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mendoza. "*Baurralt de Villegas Elsa Liliana c/ Inc S.A. (Supermercado Carrefour) p/ daños y perjuicios".* 27 de junio de 2016

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mendoza. "*Coblan, Victoria Herminia c/ Millimanque S.A. p/ daños y perjuicios".* 16 de febrero de 2016

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Miguel de Tucumán. Sala II. "*Esteban, Noelia Estefanía c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.A.G. s/ daños y perjuicios".* 27 de julio de 2017.

Cámara en lo Civil y Comercial de Jujuy. Sala I. "*Accion preventiva de daños: C.L. Lino c/ Nivel Seguros S.A.*". 20 de abril de 2017.

Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario. Sala B. "*FE.TR.A c/ Estado Nacional s/ amparo Ley 16.986".* 31 de octubre de 2017

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala C. "*Fontana, Gonzalo Javier y otros c/ Klock, Federico Sebastian s/ daños y perjuicios".* 23 de noviembre de 2016.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala C. "*Poveda Cesar c/ Transportes Metropolitanos Belgrano S.A. s/ medidas precautorias"*. 26 de octubre de 2001.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala D. "C, M del C c/ Tuv Rheinland Argentina S.A. y otros s/ medidas precautorias". 22 de noviembre de 2016

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala J. "*Asociacion por la Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores c/ Sociedad Italiana de Beneficiencia en Buenos Aires (plan salud Hospital Italiano) s/ daños y perjuicios"*. 25 de agosto de 2016.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala J. "*Duhalde, Eduardo Alberto c/ D'Elía, Luis Angel s/ Medidas precautorias"*. 25 de junio de 2015

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Sala D. "*Wal Mart Argentina SRL c/ Grainco S.A. y otro s/ medida precautoria"*. 18 de octubre de 2016.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Sala F. "*Industrias Rotor Pump S.A. c/ Franklin Electric Sales INC. y otros s/ medida precautoria"*

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Sala F. "*Sacconi, Estefania y otro c/ Circulo de inversores SA de ahorro p/ F determinados s/ ordinario s/ incidente art. 250".* 17 de mayo de 2016.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala III. "*Donatelli Jorge Luis c/ Los Constituyentes S.A.T. y otro s/ accidente-acción civil".* 16 de junio de 2017

Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná. Sala II. "*Marcolini Juan Jose c/ Municipalidad de la Ciudad de Viale s/ acción preventiva (art. 1711 C.C. y C.)*. 24 de noviembre de 2017.

Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná. Sala III. "*J.R.A. S.A. c/ B.N.A. s/ acción preventiva".* 30 de mayo de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "*Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf S.R.L. y otros*". 7 de Agosto de 1997.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios"*. 20 de junio de 2006

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "*Pardo Hector Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C."*. 6 de diciembre de 2011

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "*Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ Amparo*". 26 de marzo de 2009.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "*Salta, Provincia de c/ Estado Nacional s/ ejecutivo*". 1 de septiembre de 2003.

Juzgado Civil y Comercial Federal 2. "*Vannucci, Maria Victoria c/ Twitter Inc s/ acción preventiva de daños.* 27 de diciembre de 2016.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. "*Ancore S.A. y otro c/ Municipalidad de Daireaux s/ daños y perjuicios*". 19 de febrero de 2002.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. "*Carrizo, Carlos Alberto y otra c/ Tejeda, Gustavo Javier y otra s/ daños y perjuicios*". 30 de marzo de 2005.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. "*Saladino, Olga Lucía y otros c/ Balcabao, Oscar Santiago y otros. Daños y perjuicios".* 11 de junio de 2008.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza Sala Primera. "*Caceres Carlos Alberto c/ America Servicios p/ daños y perjuicios".* 8 de mayo de 2018.