

XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

COMISIÓN PROCESAL CIVIL

TEMA 1: DERECHO PROCESAL CIVIL: INCIDENCIA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN LOS CÓDIGOS PROCESALES CIVILES Y COMERCIALES DE LA REPÚBLICA.

AUTORA: MARIELA PERSICO.

TÍTULO: EL TIEMPO DE LA PREVENCIÓN DE LOS DAÑOS: SOBRE LA TUTELA INBITORIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

FECHA DE NACIMEINTO: 10/12/1983

DIRECCIÓN POSTAL: ANTONIO BERUTI 4646, 9º A, C.A.B.A.

CORREO ELECTRÓNICO: persicomarie.mp@gmail.com

BREVE SÍNTESIS DE LA PROPUESTA:

LA FUNCIÓN PREVENTIVA EL DERECHO NO ES UNA NOVEDAD JURÍDICA. SIN EMBARGO, SIGUE SIENDO UN TEMA EN CONSTRUCCIÓN. PRESERVAR EL ESTADO DE COSAS SE CONSTITUYE EN RETO O DESAFÍO DEL MODERNO DE DERECHOS DE DAÑOS, Y TAMBIÉN DEL DERECHO PROCESAL, QUE HABRÁ DE DISEÑAR LOS INSTRUMENTOS QUE PERMITAN QUE LA FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO NO SE CONVIERTA EN LETRA MUERTA.

LA RENOVACIÓN DE AXIOMAS MEDULARES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA HUMANA Y SU ENTORNO EXIGE UN SERIO COMPROMISO SOCIAL DE LA JUSTICIA, DE TANTA VALÍA EN LA HORA DE AHORA.

LA ACCIÓN PREVENTIVA LEGISLADA EN EL ARTÍCULO 1711 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL VIENE A REIVINDICAR LA JURISDICCIÓN PREVENTIVA.

POSTULACIÓN PARA PREMIO JÓVENES ABOGADOS.

EL TIEMPO DE LA PREVENCIÓN DE LOS DAÑOS: SOBRE LA TUTELA INHIBITORIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Los filósofos ya no deben darse por satisfechos con aceptar los conceptos que se les dan para limitarse a limpiarlos y a darles lustre, sino que tienen que empezar por fabricarlos, crearlos, plantearlos y convencer a los hombres de que recurran a ellos.

NIETZCHE, *Póstumos*, 1884-1885

1. La prevención en el derecho civil

Prevenir es siempre mejor que resarcir, y además su trascendencia práctica resulta, desde luego, incuestionable.

La prevención es abordada por los autores del derecho privado sustantivo y también por los doctrinarios del derecho procesal. Tanto unos como otros notaron la insuficiencia del resarcimiento como institución del derecho sustantivo, así como del proceso civil clásico, para dar adecuada respuesta frente a la dimensión preventiva del derecho de daños.

Reconocida la necesidad de instrumentos preventivos de los daños, y rechazada la bondad del mecanismo indemnizatorio para conseguirlo, es preciso establecer un camino que, de manera directa, permita impedir las consecuencias dañosas y promover los comportamientos desprovistos de efectos dañosos.

Ese conducto es la tutela inhibitoria aplicada al derecho de daños.

2. Aspectos estructurales de la tutela civil inhibitoria

2.1. *Nociones preliminares*

La tutela civil inhibitoria no es sólo una tutela contra el daño. La tutela contra el daño es la especie; y la tutela contra el ilícito civil, el género. Lo ilícito es la transgresión a la norma, la conducta opuesta al sistema jurídico considerado en forma integral. Por eso, no obstante el término empleado (ilicitud) no cabe ceñir la tutela civil inhibitoria contra la comisión de ilícitos; no se agota en la ilegalidad.

Al igual que la tutela resarcitoria, la tutela inhibitoria es una institución del derecho de fondo que protege intereses sustanciales. Puede referirse o no a derechos patrimoniales. No debe ser exclusivamente concebida como una tutela contra el daño, sino como una tutela contra el peligro de la comisión, la repetición o la continuación del ilícito, entendido éste como acto

contrario a derecho, que puede prescindir de la configuración del daño¹. Si se comprende que la tutela jurisdiccional contra el ilícito no necesariamente se dirige a reparar el daño, se da ocasión a construir una tutela inhibitoria atípica, destinada a actuar en los distintos casos conflictivos concretos en los que sea necesaria. La doctrina italiana, al tratar el tema, deja claro que el fin de la tutela inhibitoria es prevenir el ilícito y no necesariamente el daño².

2.2. Límites en la admisión de tutelas inhibitorias

La maleabilidad o plasticidad de la tutela inhibitoria, al permitir que se dicte la medida adecuada para prevenir el ilícito, cualquiera sea ésta, conlleva dificultades, sobre todo cuando la orden judicial de “un hacer” o “un no hacer” puede constituir una carga excesiva para el demandado.

Por eso, creo conveniente poner énfasis en los criterios básicos que deben orientar las decisiones judiciales inhibitorias.

En muchos casos, para no sacrificar el derecho del actor en forma irreversible, no hay otra alternativa que conceder una tutela jurisdiccional que ponga en riesgo el derecho del demandado. Cuando se piensa en equilibrio de riesgos o de oportunidad de protección de una de las partes, puede invocarse el *balance of hardships*, muy utilizado en el derecho anglo-americano para justificar tanto las *preliminary injunctions* como las *final o perpetual injunctions*³.

El *balance of hardships* supone que el juez debe negarse a conceder la tutela inhibitoria cuando concluye que su concesión puede causar un perjuicio excesivo, injusto e irracional al demandado.

Aunque se pueda demostrar la probabilidad del ilícito, e incluso el daño futuro, no se puede solicitar una tutela inhibitoria que acabe causando

¹ Conf. Marinoni, Luiz Guilherme, *Tutela inhibitoria*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pág. 21.

² *Idem, ibid*, págs. 22 y 30, con cita a: Gomes. O., *Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1992, pág. 313/314; Rapisarda, C., *Inibitoria*, Enciclopedia Giuridica Treccani, v. 17, pág. 7; y Rapisarda, C., *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, Cedam, 1987, págs. 108 y ss.

³ Consiste la *injunction* en una orden, dirigida a un sujeto, capaz de evitar la consumación de un daño amenazante, ya mediante un “abstenerse”, un “no hacer” (*prohibitory injunction*), ya mediante un “hacer” (*mandatory injunction*), según las exigencias del caso. Buena prueba de su pura finalidad preventiva, absolutamente ajena a toda idea de resarcimiento, es que el demandado puede evitar la *injunction* si presta un *undertaking*, es decir, el compromiso de abstenerse de los actos temidos por el actor, e incluso de dar noticia a éste de los actos necesarios para la evitación del daño amenazante (conf. Baker-Langan, *Snell's principles of equity*, Sweet&Maxwell, London, 1982, págs. 625 y 633, citado por Llamas Pombo, Eugenio, “Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de Daños”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Eugenio%20Llamas.pdf>, págs. 51/52).

un daño excesivo y desproporcionado al demandado. Por tal razón, frente a un pedido de tutela inhibitoria, parece de buena práctica que el juez, ya sea de oficio o a pedido de parte, disponga la producción de una prueba pericial para determinar si el medio solicitado por el actor puede sustituirse por otro que sea menos gravoso para el demandado. La tutela inhibitoria sólo puede calificarse como “justa” cuando la forma de protección del derecho, además de idónea, no implica excesivos perjuicios para el demandado. La ética de la tutela inhibitoria consiste en lograr una prevención efectiva sin causar perjuicios exorbitantes para el demandado, favoreciendo el equilibrio y la justa medida como criterios que deben informar la relación entre la efectividad de la tutela preventiva y la necesidad de preservación de la esfera jurídica del demandado⁴. Se trata, ni más ni menos, de decidir la cuestión acudiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de cuya presencia en el derecho argentino nadie puede dudar a poco que se repara en lo establecido en el art. 28 de la Constitución Nacional Argentina.

La razonabilidad constituye un principio fundamental del derecho que ha de ser elevado a la máxima categoría, *“pues es el más claro y orientador, el talón de Aquiles del edificio del derecho; el punto determinante de las proporciones; el que establece los límites, el punto crucial para llegar ‘hasta ahí’ en las circunstancias del caso o problema de que se trate”*⁵.

Que el juez tenga un amplio poder para determinar el medio ejecutivo de las tutelas inhibitorias no significa que dicho poder pueda utilizarse de forma irrazonable. En los criterios de decisión de medidas coercitivas para el cumplimiento de las decisiones judiciales también deben estar presentes las reglas del medio idóneo y de menor perjuicio posible para el demandado.

3. La tutela inhibitoria y sus variantes

3.1. Tutela inhibitoria definitiva

Esta tutela puede actuarse a través de un proceso de conocimiento exhaustivo en que el juez resuelve de mérito la pretensión inhibitoria final.

El problema que se plantea con respecto a la tutela inhibitoria como pretensión deducida en este tipo procesos, de amplio debate y prueba, es

⁴ Conf. Marinoni, Luiz G., *op. cit.*, págs. 75/77.

⁵ Morello, Augusto M., *El proceso civil moderno*, Platense, La Plata, 2001; citado por Arazí, Roland, “La legitimación en la acción preventiva” en *Revista de Derecho Procesal 2016-1: capacidad, representación y legitimación*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2016, pág. 308.

que el tiempo requerido en los juicios de conocimiento pleno parece contraponerse con la urgencia que suele hallarse en supuestos donde lo importante es la prevención. Es evidente que, por la naturaleza específica de los derechos sobre los cuales recae la pretensión preventiva, muchas veces inherentes a la persona e intraducibles en dinero, la acción preventiva requiere para su instrumentación de un procedimiento que esté provisto de posibles tutelas anticipatorias, ya que el transcurso de tiempo que insumirá el proceso podrá poner en riesgo la efectiva tutela del derecho amenazado. De allí la idea de una tutela inhibitoria provisoria, diferente de la definitiva.

3.2. Tutela inhibitoria provisoria; diferencias con la tutela cautelar

La tutela inhibitoria suele ser confundida con la tutela cautelar.

Tal confusión supone conferirle a la tutela inhibitoria un carácter exclusivamente procesal, porque en la tutela cautelar prevalecen juicios de orden procedimental, como las relativas a la existencia de un derecho autónomo de cautela, la relación entre la acción cautelar y el derecho protegido y la naturaleza de la relación entre la providencia cautelar y la providencia definitiva. Por el contrario, respecto a la tutela inhibitoria el punto crucial se refiere a la posibilidad de evitar o prevenir el ilícito⁶.

La doctrina clásica afirma que lo cautelar se caracteriza por la provisionalidad. La opinión más extendida, dentro de la cual se ubican los procesalistas más autorizados, es la que ve en su provisionalidad el carácter distintivo de las providencias cautelares, o sea, en la limitación de la duración de los efectos (declarativos o ejecutivos) propios de estas providencias⁷.

La tutela inhibitoria se reclama mediante la acción inhibitoria, que por regla constituye una acción de cognición exhaustiva. Sin embargo, nada impide conceder la tutela inhibitoria de forma anticipada, en el curso de la acción inhibitoria, mediante la técnica anticipatoria. En efecto, considerada la naturaleza de la inhibitoria, es fácil percibir que en un gran número de casos

⁶ Frignani, A., *Inibitoria*, Enciclopedia del diritto, V. 21, pág. 574, citado por Marinoni, Luiz G., *op. cit.*, pág. 37.

⁷ Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, pág. 36.

sólo la inhibitoria anticipada podrá corresponder a lo que se espera de la tutela preventiva.

La tutela inhibitoria, entonces, se reconoce mediante una providencia, que puede ser provisional o definitiva. Cuando es provisional, la tutela inhibitoria es anticipada; cuando es definitiva estamos ante la tutela inhibitoria final. Ahora, la tutela inhibitoria no pierde su naturaleza por el simple hecho de que se conceda mediante providencia provisional; no por ello se convierte en una medida cautelar, porque la tutela cautelar no fue pensada para ejercer la función que hoy se reserva a la tutela inhibitoria. Considerar cautelar una tutela inhibitoria es reflejo de la inexistencia de técnicas procesales capaces de permitir la tutela inhibitoria final y la tutela inhibitoria mediante cognición sumaria (de formación anticipada)⁸.

Puede existir, pues, una tutela inhibitoria definitiva, que tramita por la vía procedimental clásica de conocimiento pleno, y otra provisoria, que tiene una función anticipatoria de la primera. La tutela inhibitoria admite, luego, una acción definitiva y otra de naturaleza provisional, que se diferencian en su instrumentación procesal. Las separa el procedimiento utilizado. La vía anticipatoria se caracteriza por el ropaje procesal de conocimiento sumario o abreviado que se diferencia del ordinario; en aquél, la característica es la urgencia, la concisión temporal.

Pero además, en la inhibitoria anticipatoria se debe probar el *periculum in mora*: el pretensor deberá probar, además de los presupuestos de hecho y derecho que hacen a la procedencia de la tutela civil inhibitoria, aquel requisito del peligro en la demora, propio de las medidas cautelares.

Éste constituye la base de las medidas cautelares no es, empero, el peligro genérico de daño jurídico sino, particularmente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del proceso ordinario. En la tutela inhibitoria anticipatoria se decide actuar antes del dictado de la sentencia porque existen elementos que permiten suponer que, de esperarse a la finalización del proceso, no habrá ya posibilidad de prevención alguna.

⁸ Conf. Marinoni, Luiz G., *op. cit.*, págs. 23 y 44.

La tutela final, en cambio, no está relacionada con el peligro en la demora sino con la amenaza del daño, o mejor dicho, del ilícito civil. Aquí el tiempo del proceso no es relevante, no es una variable con aptitud para distorsionar el resultado final.

Ahora bien, podría pensarse que en los casos de tutela preventiva anticipada existe una suerte de superposición de lo inhibitorio con lo cautelar. Sin embargo, las tutelas anticipadas, sean o no inhibitorias, no son técnicamente medidas cautelares. Tienen considerables puntos en común, pero no son la misma cosa.

Reitero lo dicho: puede ocurrir que la tutela inhibitoria ordinaria se manifieste como demasiado lenta, de manera que, en la espera de que madure el largo proceso civil de conocimiento preventivo, sea imperioso anticipar la tutela inhibitoria, por vía de una medida de carácter provisorio que adelante, siquiera en parte, la decisión preventiva final. En la práctica judicial argentina, por lo corriente, esta tutela civil anticipatoria es concedida con base en las normas que reglan las medidas cautelares. De allí la confusión que se comete con frecuencia al emparentar las medidas cautelares con las tutelas anticipadas, como si fueran lo mismo.

La tutela o sentencia anticipada es una de las vías más aptas para hacer realidad un proceso urgente que viene a servir especiales necesidades de los justiciables que, a veces, no pueden ni deben soportar los tiempos normales del proceso. Las tutelas anticipadas, las llamadas “medidas autosatisfactivas” y las clásicas medidas cautelares, aunque ciertamente disímiles, están agrupadas bajo la categoría de “procesos urgentes” porque parten de una perspectiva común: entrevén situaciones que sólo admiten una solución jurisdiccional presta y expedita.

4. El deber de prevención y la acción preventiva en el Código Civil y Comercial argentino

Cuando se comprende que el derecho procesal debe siempre hallarse al servicio del derecho sustancial, se percibe, por poco de forma automática, la importancia de la relativización del binomio derecho-proceso.

La tutela inhibitoria, para no convertirse en un mero ideario, exige un enriquecimiento de las técnicas procesales.

Por fortuna, en los últimos años la doctrina y la jurisprudencia han redescubierto la importancia de las tutelas jurisdiccionales diferenciadas. El derecho a la predeterminación de procedimientos adecuados para la tutela de los derechos es al presente visto como algo absolutamente conexo con el derecho de acceso a la justicia. Si no se predisponen instrumentos de tutela adecuados para la efectiva garantía de las distintas situaciones de derecho sustancial no se puede concebir un proceso efectivo. Todo lo cual, además, nos conduce incluso a una nueva concepción del derecho de acción. El derecho a la tutela jurisdiccional, que deriva de la existencia misma del derecho sustancial y de la prohibición de su realización privada, no es sólo el derecho de acudir ante el Poder Judicial, sino el derecho a utilizar la técnica adecuada para la tutela efectiva del derecho material. En este sentido, el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho a la técnica procesal capaz de permitir la efectiva tutela del derecho material. El derecho de acción ya no puede verse como el simple derecho de acudir al órgano jurisdiccional, sino como el derecho a disponer de una técnica procesal realmente capaz de dar tutela al derecho. No basta con decir que todos pueden afirmar, ante el Poder Judicial, un derecho a la tutela, sino que hay que garantizar al ciudadano el derecho a la técnica procesal capaz de facilitar su obtención⁹.

Vélez Sarsfield, en su nota al artículo 1132 del Código Civil, denostó la acción preventiva, señalando que no tenía en realidad objeto frente a la posibilidad de accionar por las pérdidas e intereses del perjuicio, una vez sufrido éste, y dando por sentado, sin hesitación alguna, que las demandas de finalidad preventiva darían lugar a pleitos con resoluciones más o menos arbitrarias. En la actualidad, la acción preventiva ha sido reivindicada por su orgánica regulación en los arts. 1711 a 1713 del Código Civil y Comercial, aplicables tanto para las acciones individuales como para los procesos colectivos.

Estos preceptos constituyen uno de los mayores logros de la nueva legislación. Consagran la tutela inhibitoria atípica contra el daño y prevén genéricamente un proceso que garantiza la tutela jurisdiccional contra toda clase de daño amenazante.

⁹ Marinoni, Luiz Guilherme, *op. cit.*, pág. 61/62.

La acción en cuestión previene el daño futuro de manera atípica, a través de la estructuración de un procedimiento genérico e independiente creado a tal efecto. Puede perseguir no sólo aventar el daño en ciernes sino que también puede apuntar a conjurar la continuación del perjuicio o su agravamiento, e inclusive a lograr su disminución.

La pretensión preventiva autónoma constituye el objeto principal del juicio. Rezept, por regla, un proceso de conocimiento amplio. Sin embargo, no soy de la opinión de que la deducción de una pretensión preventiva requiera indefectiblemente del trámite del proceso de conocimiento ordinario y del dictado de una sentencia que haga cosa juzgada material. Considero, en cambio, que según las circunstancias del caso el *diseño procesal* para esta función preventiva del daño puede ser el proceso de conocimiento (ordinario o sumarísimo); uno típico, específicamente regulado por la ley para lograr esa finalidad (por ejemplo, la denuncia por daño temido); o bien un proceso urgente que eventualmente amerite o no la necesidad de *bilateralizar* la pretensión preventiva, como autoriza la calificada doctrina sobre el tema. En realidad, no interesa tanto la herramienta procesal en sí sino la concreción del paradigma protectorio. Las formas, aunque de una importancia superlativa, no dejan de ser instrumentos al servicio del derecho material. A no perderlo de vista.

A efectos de la legitimación activa, en la acción examinada, en cuanto sea razonable, es suficiente acreditar un interés simple, esto es, aquél en el que no existe un agravio personal como cuando, por caso, se acude al órgano jurisdiccional invocando intereses difusos indivisibles.

La legitimación activa para ejercer la acción en examen es más amplia que la que atañe a la tutela resarcitoria, y si bien excede la categoría clásica de damnificados directos e indirectos, se puede sentar la siguiente regla: se presume el interés de quienes sufrieron o pueden sufrir un daño individual o colectivo en su carácter de víctimas actuales o potenciales; los otros damnificados indirectos deben demostrar, aun sumariamente, su interés. En el caso de cese del agravamiento del daño en curso, la legitimación se vincula, aunque no de modo excluyente, con la situación jurídica en la que se encuentra la víctima. Se puede impedir la continuación del daño, sea el vínculo de fuente extracontractual (v. gr., las lesiones

derivadas de un accidente de tránsito) o contractual (daños sufridos en el transporte de personas). En el ámbito contractual la legitimación preventiva corresponde sólo al contratante cumplidor (art. 1032). El interés puede ser individual o colectivo, tal como se desprende también del artículo 14 que comprende a los derechos colectivos, por lo que resulta útil la clasificación de los legitimados colectivos del artículo 43 de la Constitución Nacional que la confiere “al afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones legalmente reconocidas”. Ello se corresponde también con lo previsto en legislaciones especiales como la Ley General del Ambiente 25.675 (art. 30) que la extiende —además de otorgarla a esos sujetos— al Estado nacional, provincial o municipal, y la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (art. 52) que adiciona también al Ministerio Público Fiscal. La noción de interés razonable es amplia y se vincula con el interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que configura el daño resarcible (art. 1737)¹⁰.

La sentencia que admite la acción preventiva debe ordenar, incluso de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de hacer o de no hacer, procurando la menor restricción posible y el medio más idóneo para asegurar la eficacia del mandato (artículo 1713).

Para admitir la acción no es necesario acreditar ningún factor de atribución (dolo o culpa), siendo suficiente con demostrar que existe un peligro grave en la producción de un daño que puede evitarse, detenerse o siquiera reducirse (artículo 1712).

Claro que para su procedencia, además de la amenaza de un daño, es preciso que exista una acción u omisión antijurídica y, asimismo, el establecimiento de una relación de causalidad probable entre la antijuridicidad y el daño que previsiblemente amenaza acontecer. Es decir, en otras palabras, una valoración sobre el fondo del litigio.

Sin lugar a dudas, toca ahora diseñar una bosquejo procedimental cognitivo que se ajuste eficientemente a las singularidades de la acción preventiva. Entretanto, celebro la previsión de esta acción de ribetes atípicos que ha revalorizado la persona humana mediante una especie de cruzada

¹⁰ Galdós, Jorge Mario, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal Culzoni, Tomo VII, dirigido por Ricardo L. Lorenzetti, Santa Fe, 2015, págs. 312/313.

por el bienestar, rectamente entendido, consagrando un verdadero “derecho a no ser víctima”.

5. Conclusiones. Ponencia.

- El ideario tendiente a impedir el daño evitable ha determinado la aparición de lo que se ha dado en llamar jurisdicción preventiva o tutela inhibitoria, con raíces en los interdictos romanos.
- El moderno Código Civil y Comercial argentino, con innegable acierto, le dio plena cabida a la tutela inhibitoria contra el daño.
- La mirada civilista netamente reactiva ha evolucionado en una más anticipativa y, así, el actual sistema jurídico vislumbra un “derecho a no ser víctima”, pues no sólo se trata de dar a cada uno lo suyo sino también de impedir la pérdida de lo que es propio.
- La acción en cuestión previene el daño futuro de manera atípica, a través de la estructuración de un procedimiento genérico e independiente creado a tal efecto. Puede perseguir no sólo a ventar el daño en ciernes sino que también puede apuntar a conjurar la continuación del perjuicio o su agravamiento, e inclusive a lograr su disminución.
- La pretensión preventiva autónoma constituye el objeto de la acción que, en principio, debe ejercerse a través de un proceso de conocimiento.
- La tutela civil inhibitoria es definitiva cuando es decidida en el pronunciamiento que pone fin al proceso; si es resuelta antes del dictado de esa decisoria, su naturaleza es provisional y por tanto modificable.
- La tutela inhibitoria no debe ser confundida con las medidas cautelares.
- El desarrollo de herramientas procesales concebidas para instrumentar la tutela inhibitoria ha de interesar en igual medida a procesalistas y civilistas, porque gracias a ellas podrán impedirse perjuicios evitables y, por ese camino, limitarse la aparición de víctimas.
- El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho a la técnica procesal capaz de permitir la efectiva tutela del derecho material.