

LOS PRINCIPIOS PROCESALES Y LA TUTELA PREVENTIVA

Por Jorge A. Rojas

1.- INTRODUCCION

Cuando recibimos la gentil invitación de la dirección de esta prestigiosa Revista para abordar el tema de este trabajo, me pregunté por la importancia de analizar los principios procesales a la luz de lo que constituye una tutela preventiva.

Ello, en razón de que esta última siempre se ha encajado en los pliegues de una medida cautelar, de ahí su carácter preventivo, que solo indica que es provisional la decisión adoptada, conforme las circunstancias que dieron origen a su dictado y por ende su mantenimiento.

Sin embargo, considero que el aspecto central que motivó el convite, es el nuevo rol que se le asigna a la jurisdicción dentro del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), toda vez que ahora se unen dos vías que se deben tener en cuenta para analizar la temática encomendada.

Por un lado, el avance que se ha logrado desde el derecho procesal por vía de los sistemas cautelares, aún dentro de un ámbito que denominamos excepcional por atípico; y por otro, la promulgación de un nuevo ordenamiento que regula el derecho privado, en donde –entre otros aspectos que se destacan- se ha puesto un acento especial en la función tuitiva que cabe a la jurisdicción.

Esto implica que aparecen en escena dos tipos de actuación claramente diferenciables en la jurisdicción. Una tradicional de carácter dirimente, que se conoce como contenciosa, pues hace actuar la voluntad de la ley para dilucidar un conflicto, analizando cuál de las dos posiciones que se sostienen en un pleito es la correcta o verdadera, para acoger favorablemente la pretensión, o en su caso rechazarla.

Mientras que ahora aparece una jurisdicción que tiene una función de carácter protectorio, que persigue precaver los daños acaecidos, o en ciernes, de ahí su carácter preventivo, porque si se produjeron, apunta a su morigeración y si resultan inminentes pretende evitarlos.

El derecho -a diferencia de otras ciencias- no puede desarrollar los avances que se ven por ejemplo en ciencias duras, o aplicadas, como la tecnología. Sin embargo, no es menos cierto que requiere de adaptaciones constantes, las cuales vienen puestas muchas veces por la creación pretoriana de aquellos jueces que se destacan por su activismo, en pro del adecuado ejercicio de la función jurisdiccional.

Ello hoy requiere, a la luz de la llamada “constitucionalización del derecho privado”, de una mirada mucho más intensa y profunda en aquellos aspectos que hacen a la apertura que significó para nuestro país la sanción de una nueva Ley Fundamental en el año '94 y, con ella, la incorporación de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 C.N.)¹.

Esa es la mirada que hoy se impone a la luz de las previsiones del nuevo ordenamiento civil y comercial, toda vez que han cambiado algunos paradigmas, y con ello instituciones que en otros tiempos eran apreciadas con algunas restricciones, como dentro del derecho internacional los tratados que aludían a cuestiones de derecho común, hoy tienen una envergadura diversa

¹ Sirva como ejemplos de esta apertura que llevó a cabo la Corte Suprema desde antes de la reforma del '94, algunos casos líderes resueltos por el Alto Tribunal, como Fibraca (Fallos 316:1669), Cafés La Virginia (Fallos 317:1282) o Girolodi (Fallos 318:514), sentando como doctrina que la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino, circunstancia que de por sí configura cuestión federal suficiente (Fallos 318:2639). Con mayor contundencia aún, y remitiéndose al derecho de gentes resolvió en el caso Arancibia Clavel que “no se da una aplicación retroactiva de la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad, si los hechos por los cuales se condenó al encartado, ya eran imprescriptibles para el Derecho Internacional al momento de cometerse, pues en el marco de la evolución del Derecho Internacional de los derechos humanos, la citada convención ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la comunidad internacional” (Fallos 327:3294).

que ha hecho que nuestro país, pueda considerarse mucho más abierto y flexible a los cambios que impone la realidad.

Ejemplo elocuente de ello, son instituciones tradicionales como la “soberanía”, o la “jurisdicción”, que ya no tienen la rigidez absoluta de otros tiempos, sino que por el contrario, han sido flexibilizadas mínimamente para recepcionar esos cambios (art. 75 inc. 24 C.N.)².

Por lo tanto, desde la gestación de esos nuevos paradigmas en el CCCN corresponde preguntarnos entonces qué rol tienen los principios del proceso, y cómo se pueden compatibilizar las normas que dan nacimiento a una función preventiva de la jurisdicción, con aquellas que se encuentran en el ámbito del proceso.

2.- LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

La Comisión de Juristas a cargo de la elaboración del nuevo ordenamiento civil y comercial, ha puesto sobre el tapete esto que ha dado en llamar la constitucionalización del derecho privado, desde luego a fin de justificar la existencia de nuevos paradigmas, y evitar –como lo hicieron saber- una división tan marcada entre la órbita de lo público y lo privado.

Esto genera el diálogo de fuentes al que también invita el CCCN, pues desde el título preliminar que encabeza ese cuerpo legal, se señala claramente en sus primeros artículos cómo deben ser resueltos los casos que se sometan a este Código, distinguiéndose no solo la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que nuestro país sea parte, sino además de las leyes aplicables, la finalidad de la norma, los usos, prácticas y costumbres que

² Estos aspectos se pueden apreciar a nivel de políticas de gobierno, no solo en el ámbito judicial (más allá que desde ese lugar se puede apreciar el reconocimiento de una jurisdicción supranacional), pues para citar un ejemplo concreto, el legislador sancionó la ley 25.390, a través de la cual Argentina aprobó primero el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, y luego la ley 26.200 que no solo reconoce la aplicación del Estatuto de Roma, sino la competencia del referido tribunal para juzgar los delitos que allí se contemplan.

resulten vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellas, siempre que no sean contrarias a derecho.

Y agrega el art. 2 del CCCN que para interpretar la ley, no solo se deben tener en cuenta sus palabras (método exegético), sino sus fines (método teleológico), las leyes análogas (método comparativo con leyes similares), las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos (es importante tener en cuenta en este sentido la doctrina sentada no solo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sino además la desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Y seguidamente añade ese mismo precepto, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento.

Lo que se puede advertir de esta introducción, completada con el art. 3 dirigido específicamente al juez, señalándole que debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión “razonablemente fundada”, es que ha quedado de lado el positivismo *a outrance*, y se ha mutado por una variación que lleva a una especie de principiología apoyada en un desarrollo con un cariz neoconstitucional.

Ya no existe un estado de derecho solo meramente legislativo, sino que existe un estado constitucional de derecho, en donde los principios que emergen de nuestra Ley Fundamental y los Tratados internacionales de Derechos Humanos cobran un rol preponderante para valorar la letra de la ley.

Esa valoración se convirtió en una ponderación que lleva al intérprete a no poder desentenderse del contexto en el cual aplica la norma. 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 ponderación mucho más acabada, a la luz de la Ley Fundamental y de los Tratados internacionales.

Precisamente en esta materia que nos ocupa, se ha producido un fenómeno muy particular –sobre todo en varias provincias del interior del país- que han pretendido la regulación de la tutela anticipada como una especie de nuevo instituto, desentendiéndose de la doctrina de nuestro más Alto Tribunal y de la interpretación que se ha hecho de los Tratados internacionales, lo que nos ha llevado a calificar de inconstitucional -por anticonvencional- esa regulación, aspecto que desarrollaremos más adelante, para vincular ese fenómeno en concreto con este instituto que apunta a la función preventiva de la jurisdicción.

3.- ¿QUÉ SON LOS PRINCIPIOS PROCESALES?

Sostuvimos en otra oportunidad que si hay un terreno en el cual la doctrina procesal tiene tantas miradas diversas como autores hay, es en el tratamiento de la voz “principios” y desde luego en referencia concreta a los principios procesales³.

La voz “principio”, le pertenece a la teoría general del derecho, no es de incumbencia exclusiva del derecho procesal, sino que se puede advertir en todas las ramas que integran el conocimiento jurídico⁴.

Por lo tanto, existe un primer aspecto que conviene deslindar, que consiste en los límites que impone esta tarea, pues se debe circunscribir al ámbito del derecho procesal, con lo cual la amplitud del vocablo “principio”, tiene que ver con un doble aspecto, es decir su existencia dentro de la teoría general del derecho, integrando una pléyade de estándares, o referencias para contemplar situaciones que resultan complicadas pues exceden la letra de la ley, o se involucran dentro de las llamadas “lagunas del derecho”, a las cuales también exceden, pues los hay de índole científica, o política, o social, entre otros, y

³ Rojas, Jorge A.; Qué son los principios procesales, L.L. 2011-D-835.

⁴ Sirvan como ejemplos el principio de buena fe que se utiliza en todas las ramas jurídicas, el del buen padre de familia de la órbita civil, o el del buen hombre de negocios del derecho comercial, o el de la realidad económica utilizado en el ámbito del derecho tributario, entre otros, sin que ello implique soslayar otros de singular envergadura y que hacen al sistema republicano y democrático de gobierno como el de legalidad o el de división de poderes.

operan como apoyo que coadyuva con una labor interpretativa, para evaluar y juzgar una determinada situación.

Y en otros casos, surge la remisión de la letra de una norma que habilita su observancia para ser utilizados por el intérprete, para buscar claridad, y por ende, brindar una ayuda o apoyo para poder juzgar una situación determinada⁵.

Con lo cual es dable advertir una doble línea que permitiría su caracterización. Una vinculada a una concepción tradicional, que se podría denominar “línea interpretativa” o “línea hermenéutica”, que permite identificarlos como una especie de “apoyo”, que coadyuva para la interpretación y juzgamiento de una situación determinada, que por su atipicidad excede el derecho positivo o las pautas clásicas, sea por omisión de la ley, o vaguedad, o por las lagunas que se presenten en el plexo normativo, de ahí la remisión a otras normas, o estándares, que por su jerarquía y reconocimiento tanto espacial como temporal, han sido aceptados por una comunidad⁶.

En esta línea el propio art. 2 CCCN reafirma esta concepción al remitirse en el conjunto de fuentes a observar para la resolución de un caso, a los que denomina principios y valores⁷.

La otra línea, superpone el concepto principio con el de norma, pues encuentra a los primeros positivizados en la letra de la ley: aquellos principios que surgen de la letra de la Constitución Nacional, vgr. el principio de igualdad ante la ley

⁵ Podemos citar no solo el viejo art. 16 del Código Civil que disponía: “si una cuestión no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso” y en la misma línea, muchos otros ejemplos, vgr. el art. 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, el art. 21 de la ley 48, que es del año 1863, es decir, anterior al viejo Código Civil, o el art. 693 del Código Procesal de la Provincia de Santa Fe.

⁶ Sostuvo la Corte Suprema que “la regla de interpretación prevista en el art. 16 del Código Civil excede los límites del ámbito del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno” (Fallos 312:956; 312:2266; 325:662; 328:2654, entre otros).

⁷ Se pueden citar a modo de ejemplo principios tradicionales como el principio por homine o el principio pro actione, o aquellos que se gestan desde usos sociales en el tiempo y conforman el ius cogens en la órbita del derecho internacional.

(art. 16 C.N.), el principio de razonabilidad de la ley (art. 28 C.N.), entre otros muchos ejemplos.

Históricamente se han desarrollado en la filosofía del derecho diversas vertientes sobre la interpretación jurídica, y por ende, el alcance que corresponde –según cada línea de pensamiento- a las voces principios y normas, pero en la realidad esas interpretaciones, y por ende las escuelas que se formaron sobre ellas, han visto ampliado sus horizontes con nuevas miradas, o nuevas cosmovisiones que a través del tiempo han permitido el desarrollo del derecho.

Autores como Dworkin, sostienen que un principio es un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

Esto hace que los principios tengan una dimensión diversa a las normas, por su peso o importancia, pues las normas resultan funcionalmente importantes o no. De ahí que finalmente reconozca este autor, que tanto normas como principios pueden desempeñar papeles muy semejantes, y la diferencia entre ambos resulta una cuestión de forma⁸.

Mientras que otros como Alexy, considera que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Por eso entiende que no son normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Por eso los considera como mandatos de optimización⁹.

Para refundir ambos criterios podemos referir que Pietro Sanchis, a su vez sostiene –en la mirada que aquí importa- que las normas constitucionales (del neoconstitucionalismo), son principios¹⁰.

⁸ Dworkin, Ronald; Los derechos en serio, Ed. Ariel, Barcelona, 2010, pags. 72 y 79.

⁹ Alexy, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica, Doxa, Alicante, 1998, p. 143/44.

¹⁰ Prieto Sanchis, Luis; El constitucionalismo de los derechos; Ed. Trotta, Madrid, 2013, p. 44.

En este tiempo no se podría pasar por alto una cosmovisión, que ya no se considera novedosa, denominada “globalización” que incluso ha llegado al mundo jurídico¹¹.

Esto provoca una apertura y por ende una impronta muy peculiar a lo que puede significar la concepción de los principios como aquellos estándares de interpretación que se mencionaran anteriormente, no sólo porque ello viene impuesto por derecho supranacional, sino además porque también cobran vida en la realidad jurídica local principios con un alcance distinto a aquella mirada que hoy puede ser denominada histórica¹².

Por lo tanto, como antes refería, existe una línea hermenéutica, que permite divisar a los principios como generadores de las estructuras básicas o fundamentales para un sistema, y otra línea que coadyuva a la estructuración de ese sistema que consiste en la positivización de esos principios, que no es otra cosa que haber sido recogidos en forma expresa por una norma que específicamente lo contemple.

Es evidente que este nuevo escenario, genera nuevos paradigmas que no son propiedad exclusiva de la República Argentina, que marcan una nueva realidad

¹¹ En este sentido señala Cassese que si bien se considera que el término globalización es reciente pues se interpreta acuñado por Theodore Levitt en 1983, profesor de la Universidad de Harvard, aquel autor considera por el contrario que ya había sido señalada por Marx y Engels en el Manifiesto del Partido Comunista en 1848, cuando señalaban aquellos autores que la gran industria había abierto los mercados mundiales y espoleada por la necesidad de dar a sus productos una salida cada vez mayor, la burguesía recorría el mundo entero, pues necesitaba crear vínculos en todas partes, estableciéndose en todas partes. Por ello consideraban que mediante la explotación del mercado mundial, la burguesía le había dado un carácter cosmopolita a la producción y al consumo en todos los países (Cassese, Sabino; La globalización jurídica, Ed. Marcial Pons, 2006, p. 15).

¹² La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “la falta de adecuación del derecho interno al art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos no constituye óbice para viabilizar su aplicación, pues la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que por su índole pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legal alguna” (Fallos 325:524). En este precedente se observa la continuidad de la doctrina que había diseñado la Corte en el caso Ekmekdjian c/Sofovich (Fallos 315:1492), en donde se expidió en un sentido similar con respecto a la interpretación del derecho a réplica, como manifestación de la libertad de prensa y consagrándolo también como derecho humano esencial, modificando una propia postura que había sostenido pocos años antes.

a la que no pueden quedar sujetas miradas tradicionales sobre la cuestión atinente a los principios procesales¹³.

Todo ello se condice precisamente con la línea que observa el nuevo CCCN, en cuanto a la trascendencia que le ha dado a este nuevo paradigma que consiste en darle un marco distinto de maniobrabilidad a la jurisdicción, brindándole una función más amplia, en la que están involucrados los principios en los cuales se la debe estructurar, desde luego sin desconocer el avance generado desde la nueva mirada “preventiva” que cabe sobre la responsabilidad civil.

Por ello, la importancia de analizar la implicancia que tienen los principios procesales en relación con la nueva función preventiva de la jurisdicción en materia de daños que se ha concebido en el CCCN.

En consecuencia, convendría diferenciar los institutos para poder interpretarlos y, en su caso, abordarlos adecuadamente, por lo que corresponde –en este punto- el análisis de la llamada acción preventiva por el art. 1711 (*rectius*: pretensión).

4.- LA PREVENCIÓN DEL DAÑO Y LA FUNCION JURISDICCIONAL

El CCCN introdujo lo que la doctrina identificaba como tutela inhibitoria, desgajándose de la reparación tradicional *ex post*, la posibilidad de generar una tutela *ex ante*, con carácter preventivo, a fin de evitar un daño.

Esa función preventiva del daño, ya estaba consagrada en el proyecto de código unificado del año 1998, y la finalidad de la norma es evitar, en tanto ello sea

¹³ En el ámbito del derecho privado un fiel ejemplo de esta apertura está dado por lo que se conoce como “*lex mercatoria*”, que por su vaguedad constituye uno de los tantos sintagmas imprecisos del mundo del derecho que puede ser identificado como “el derecho comercial vivo”, en un determinado ámbito y con los cuidados que ello requiere para su utilización, pero lo que no es menos cierto es que al amparo de su *aggiornamento* se han delineado nuevas pautas interpretativas a veces nacidas de tribunales arbitrales que son los que marcan una impronta que lejos de la positivización clásica corporizada en una ley o en un código, alimentan una corriente que no puede ser desconocida por el abogado, no sólo al momento de asesorar sino inclusive al momento en que suscitado un conflicto se vea en la necesidad de promover un litigio sea en sede judicial como arbitral (Ver Galgano, Francesco; *La globalización en el espejo del derecho*, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 69 y ss.; en especial la nota de la Corte de Casación italiana).

posible, para lo cual se faculta a cualquier persona, siempre que no importe una restricción a su esfera de libertad por la razonabilidad que se requiere respecto a las medidas que se adopten para evitar la producción de un daño, todo ello desde luego a partir de una interpretación razonable y de buena fe, teniendo en cuenta que quienes están legitimados para reclamar necesitan solo un interés razonable, aspecto que amplía el concepto tradicional de legitimación y además no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

La caracterización de esta figura lleva a señalar los aspectos que surgen de la norma que tienen que ver con la posibilidad de que la evitación del daño esté a su alcance, desde luego sin que ello le genere un menoscabo.

Señala el primer inciso del artículo 1710 que el daño no esté justificado, y para evitarlo, la pauta de la razonabilidad de las medidas a llevar a cabo, tiene que ver con la adopción de buena fe, conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, de medidas que o bien lo eviten, o bien reduzcan su magnitud, o en caso de que se hubiera producido, evitar su agravamiento, como lo señala el último inciso de la norma.

Sin perjuicio de ello, el segundo inciso de la norma, pese a la función preventiva que tiene el articulado que va del 1710 al 1715, contiene también la posibilidad de que a quien haya evitado el daño, o propendido a ello logrando su disminución, le sean reintegrado los gastos en los que hubiera incurrido a ese fin.

La vía por la cual se puede propender a la evitación de un daño, no solo podría ser una vía de hecho, usada con la razonabilidad que la norma anterior contempla, sino también la vía judicial.

Esta es la acción llamada inhibitoria por la doctrina, que corresponde advertir que contempla dos alternativas que son dables a tener en cuenta, por un lado, la posibilidad de que se genere un daño por una conducta positiva de quien sea el

generador, y por otro, la posibilidad de que ese daño surja de una posible conducta omisiva.

Ambas alternativas, esto es una conducta de hacer, como una de no hacer, son las que la norma contempla como fundamento de la que denomina acción preventiva, pues obsérvese que se indica que procede cuando una acción o una omisión resultan antijurídicas, más allá que en verdad correspondería identificarla –como lo señaláramos- como pretensión¹⁴.

Y el daño a generarse o evitarse, puede aparecer en ciernes o bien pudo haberse consumado o tener principio de ejecución, de ahí entonces que el precepto contemple la posibilidad de que se evite su continuación o bien su agravamiento.

Para todo ello, no es necesario ningún factor de atribución, esto importa la necesidad de contemplar el daño en sí mismo a fin de propender a morigerarlo o bien evitarlo.

Como uno de los requisitos básicos de toda acción, desde el punto de vista procesal, no se requiere legitimación suficiente para actuar, esto es, la posibilidad de acreditar que está vinculado -quien reclama- a la relación causal que da origen a la pretensión a ejercer, sino por el contrario acreditar un interés razonable en la prevención del daño, aspecto que hace más laxo el concepto tradicional de legitimación, y que desde luego se aprecia su utilidad en materia de reclamos sobre derechos de incidencia colectiva.

Quiere decir esto, que estamos frente a una categoría distinta, que corresponde interpretarla a la luz de las normas que deben correlacionarse con estos preceptos, como son los arts. 1737, que describe que debe entenderse por daño, involucrando no solo al padecido por una persona, el patrimonio, sino un derecho de incidencia colectiva, o el 1740, cuando alude a la reparación plena

¹⁴ En este sentido compartimos el criterio tanto de Andrea Meroi, “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños”, Revista Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. La Ley, año II, nro. 3, abril 2016, p. 70; y Camps, Carlos; Idem, íd., año I, nro. 2, agosto 2015, p. 6.

del daño, de ahí entonces que la legitimación deba apreciarse a la luz de la pauta que indica la norma que es un interés que aparezca razonable, y no con el estándar clásico de la legitimación tradicional.

4.1.- Distinciones entre tutela inhibitoria, preventiva y precautoria.

Dejando de lado la visión procesal, la tutela que se regula en estas normas, es esencialmente preventiva, porque se asienta en el concepto de “prevención”, y no es precautoria porque no llega a satisfacer los requisitos ni las exigencias del principio de precaución.

De ahí la posibilidad de cualquier persona de adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o morigerar su magnitud.

Si el CCCN hubiera avanzado hacia la consagración del principio precautorio, las exigencias de la conducta típica hubieran sido mayores, pues no hubiera bastado con exigir que la persona adopte de buena fe y conforme con las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud, sino que el parámetro de conducta hubiera incluido un grado de actividad mayor. En efecto –a modo de ejemplo- puede señalarse que por el principio de previsión:

a) el sujeto debe adoptar previsiones, atento a la certeza científica sobre los riesgos que entraña la actividad. Bajo el principio de precaución, el sujeto debe adoptar previsiones ante la falta de certeza científica sobre si la actividad a desarrollar entraña riesgo o no, o que;

b) el sujeto debe conformar un aparato jurídico y material suficiente para asegurar, en circunstancias normales, que de las actividades desarrolladas o de la conducta desplegada no surjan daños a otros sujetos y hacer uso diligente de los medios de que se vale; bajo el principio de precaución no alcanza con ello, sino que el sujeto debe –además- verificar periódicamente si los medios escogidos –limitaciones a las conductas o actividades presuntamente riesgosas o

susceptibles de generar un daño o agravar su magnitud –son adecuados para la realización del objetivo pretendido- y justificar razonablemente las restricciones o medidas establecidas, en virtud del principio de cautela¹⁵.

4.2.- Actuación preventiva de la jurisdicción

Esa norma brinda facultades especiales al juez para que la tutela que se brinde frente a la existencia de un daño en ciernes o actual, sea absolutamente efectiva a la luz de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme las previsiones del bloque de constitucionalidad que contempla el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Ello se ve reflejado en dos aspectos fundamentales que corresponden destacar y que demuestran la gestación por vía de la ley de un mecanismo de tutela anticipada, que también la Corte Suprema supo darle el espaldarazo suficiente a través del leading case Camacho Acosta¹⁶.

Ello se desprende no solo de la actuación de oficio que puede cumplir el juez, cuando se alude al daño en el art. 1737 de este nuevo cuerpo legal, y la afectación de derechos de incidencia colectiva, sino que se reitera el tránsito por una vía que ya fue también prevista en el art. 32 de la Ley 25.675 conocida como Ley General del Ambiente.

A través de ese cuerpo legal, al igual que ahora lo hace el nuevo código unificado, se dota a la jurisdicción de facultades suficientes para actuar de oficio, desde luego frente a una situación que razonablemente no pueda admitir demoras en su atención por la urgencia que evidencie.

Pero además de que la jurisdicción puede actuar de oficio –desde luego que también puede hacerlo a petición de parte- es dable destacar que el sistema cautelar que se teje dentro de este precepto se advierte con claridad cuando se

¹⁵ Vítolo, Daniel R. y Rojas, Jorge A.; Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Concordado, AA.VV., Daniel Roque Vítolo (Director), Ed. Erreius, 2016, T. III, p. 1684.

¹⁶ Fallos 320:1633

indica que la sentencia que propenda a esa función preventiva puede ser tanto definitiva como provisoria.

Y la provisoriedad de una sentencia emanada de la jurisdicción, no es otra que la actuación cautelar que se le faculta llevar a cabo para hacer, o no hacer, o eventualmente dar algo, en aras a asegurar la efectividad de su actuación, que no es otra que la obtención de la finalidad que se persigue, que hilando más fino aún, no es más que la finalidad de una sentencia que resulte eficaz para atender la situación urgente que se hubiera planteado.

Esa actuación, bien señala Aída Kemelmajer de Carlucci, no se restringe exclusivamente a la llamada “acción preventiva” que consagran los arts. 1710 a 1715 del nuevo código unificado, sino que ese mismo cuerpo legal contiene otras normas que propenden a idéntica finalidad¹⁷.

Sirvan como ejemplos los arts. 52 y 53 que resguardan la afectación a la dignidad de una persona, o el art. 1032 que contempla la tutela preventiva en materia contractual, o los perjuicios que se pretenden aventar en las relaciones de vecindad como los arts. 1982 ó 2035, todos estos a modo de ejemplo para advertir la amplitud con que es concebida esta función preventiva que se concibe como una manifestación del orden social, que no representa más que una de las facetas del valor justicia.

5.- ¿QUÉ ES LA TUTELA ANTICIPADA?

Existe una confusión con relación a lo que se considera una tutela anticipada, o anticipo jurisdiccional, o tutela anticipatoria, términos que tratan de identificar un pronunciamiento de la jurisdicción que –por sus efectos- semeja que se adelanta en el tiempo, casi una especie de sentencia anticipada, sobre aquello que se debe decidir en la definitiva.

¹⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída; La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación; en AA.VV. Jorge W. Peyrano (Director), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 371.

Ello acontece porque existe una superposición -en todo o en parte- entre la petición cautelar, que siempre tiene carácter provisional, con el objeto de la pretensión sustancial que se hubiera ejercido en el proceso.

De ahí entonces que se interprete, cuando se concede la cautela, y se superpone en todo o en parte con la pretensión de fondo, que existe una tutela anticipada, sin advertirse que lo que se está obteniendo de la jurisdicción es una medida que tiene carácter provisional, y por ende tiene la interinidad dentro del proceso que tiene toda medida que resulta provisoria, la cual se mantendrá durante el tiempo del proceso o el que resulte necesario conforme las circunstancias que dieron origen a su dictado ("*rebus sic stantibus*", art. 202 del CPCCN).

No importa que exista una superposición entre el objeto inmediato de una pretensión, que puede ser una cautela, con el objeto mediato que es la sentencia de mérito que acoja favorablemente la pretensión ejercida, porque siempre estaremos dentro del terreno de la provisoriedad¹⁸.

Eso lo recoge expresamente el CCCN en el art. 1713 cuando alude a que la sentencia que previene los daños puede ser "definitiva o provisoria".

¹⁸ Respecto de la coincidencia de objeto entre la medida cautelar solicitada y la acción de amparo deducida, cabe tener en cuenta -en principio- que, en aquellos casos en los cuales la medida decretada por el juez se presenta como la única susceptible de cumplir con la cautela del derecho invocado (art. 230 inc. 3 CPCCN.), no se puede descartar su aplicación por temor a incurrir en prejuzgamiento, cuando, además, existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (Corte Sup., in re "Camacho Acosta, Maximino v. Grafi Graf S.R.L. y otros", C.2348 XXXII, del 7/8/1997; asimismo, esta sala, causas 889/99 del 15/4/1999 y 436/99 del 8/6/1999). Estos institutos procesales enfocan sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, pues se encuentran dirigidos a evitar los perjuicios que se pudieran producir en el caso de que no se dicte la medida, tornándose dificultosa o imposible su reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva. En consecuencia, una solución diferente a la que aquí se propicia convertiría a este tipo de medida en una mera apariencia jurídica sin sustento en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el impedimento de un eventual prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo. Por otra parte, se debe destacar que la decisión del tribunal sobre la medida cautelar no es definitiva sobre la pretensión y lleva insita una evaluación del peligro de permanencia de la situación actual dirigida a conciliar -según el grado de verosimilitud- los probados intereses del actor y el derecho constitucional de defensa del demandado (conf. Corte Sup., causa C.2348 XXXII, cit.). (C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 27/04/2004 – García, María C. c/Unión Personal s/Amparo, Lexis nro. 7/13770).

Es evidente que no pueden superponerse los conceptos de provisoriedad –como el generado por una tutela anticipada- con el de definitividad, que es el que emerge de una sentencia de mérito, toda vez que los presupuestos que hacen a la viabilidad de una y otra son diversos.

Mientras para el dictado de una medida provisional, solo se requiere la reunión de los presupuestos sustanciales que hacen a su admisión, esto es, verosimilitud del derecho y peligro en la demora, y como recaudo de la observancia de ambos una contracautela, además de los procesales que contempla el art. 195 del Código Procesal, para el dictado de una sentencia de mérito se requieren otros presupuestos totalmente diversos.

En este último supuesto, el juez valorará la prueba rendida por las partes, para alcanzar el máximo grado de certeza posible, para determinar –en base a las reglas de la sana crítica- cuál de las dos posiciones en el pleito es la correcta o verdadera, libre de error o de vicio, ese en definitiva es el sentido del sintagma sana crítica¹⁹.

Sobre la base de lo expuesto, lo que es necesario advertir, es que la tutela anticipada es el efecto que provoca el dictado de una medida cautelar que se proyecta sobre la sentencia de mérito, importando una especie de juicio de valor anticipado de la jurisdicción sobre la viabilidad de la pretensión que se ejerció.

Por esa razón, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sentado como doctrina liminar en esta materia, en el leading case Camacho Acosta, que la operatividad de estos institutos cautelares, como la medida innovativa y la medida de no innovar, carecerían de virtualidad si no fueran utilizadas para avertir el menoscabo o los riesgos que se presentan en un proceso hacia los derechos que se pretenden proteger, si la jurisdicción considera que puede

¹⁹ Falcón, Enrique M. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, T. IV.- p. 969 y ss.

incurrir en prejujuamiento al sostener que estaría emitiendo una opinión favorable sobre aquello que deba decidir en la sentencia de mérito²⁰.

El único recaudo que ha precisado la Corte Suprema a los tribunales inferiores, ha sido que los jueces sean precavidos al observar la reunión de los recaudos que hacen a la viabilidad de este tipo de medidas de carácter excepcional, por las proyecciones que tienen sobre la sentencia de mérito.

No ha requerido otra cosa distinta. Solo hace falta para obtener una tutela anticipada verosimilitud del derecho y peligro en la demora, y que los jueces sean cuidadosos al observar que ambos requisitos tengan la calificación suficiente como para conceder este tipo de tutelas, que importan un anticipo de jurisdicción por sus proyecciones sobre la sentencia definitiva.

Tampoco puede sostenerse –con fundamento suficiente a la luz de la doctrina de la Corte Suprema- que el peligro en la demora se debe interpretar como un perjuicio irreparable o un daño irreparable, toda vez que el abanico de posibilidades que brinda el presupuesto sustancial identificado como peligro en la demora, es mucho más amplio que el cerrado concepto de perjuicio irreparable, que no admite dobles interpretaciones, y que desde luego chocaría con la filosofía ponderativa que ilumina el nuevo CCCN, en cuanto reclama a la función jurisdiccional precisamente analizar los principios y valores en juego.

El sonado caso que mantuvo el grupo Clarín contra el Gobierno Nacional²¹ por la presunta inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley de Medios, da prueba elocuente de ello, porque allí luego de obtenida la cautela para el grupo accionante, más allá de las contingencias políticas, era de toda evidencia la tutela anticipada que se había gestado a la luz de la prohibición de innovar del art. 230 del Código Procesal, en su faceta de no innovar.

²⁰ Fallos 320:1633

²¹ Fallos 336:1774

Con ello, se resguardó el derecho a la jurisdicción, en aras a permitir el dictado de una sentencia útil –por el resguardo a la eficacia de su eventual ejecución- y finalmente se decidió que no había inconstitucionalidad alguna. Ese ejemplo típico de tutela anticipada, permite advertir por donde pasa la provisoriedad de una decisión, y cuáles son los efectos que proyecta sobre la sentencia de mérito, pero también se puede advertir que no existía agravio irreparable, toda vez que la contraparte era el Estado Nacional, con lo cual es evidente que no se trata de un presupuesto más para la viabilidad de la medida cautelar en cuestión que abre las puertas a la tutela anticipada²².

¿De dónde proviene entonces la confusión a la que aludía antes? De que existe una línea de la doctrina que ha seguido las prescripciones del viejo Código del Proceso de Brasil, y sobre la base de la reforma que aquél había introducido en su art. 273, pretendieron transformar la tutela anticipada en una especie de nuevo proceso, sin advertir que continuaban utilizando los presupuestos que hacen a la viabilidad de las cautelares y además que la resolución que se adoptaba tenía carácter provisional.

Pero el agravante de esa gestación, fue que endurecieron los requisitos de admisibilidad de lo que dieron en llamar “tutela anticipada”, como si se tratara de un instituto diverso a las medidas cautelares. Y de esa forma, obturaron el funcionamiento que tradicionalmente tenían las medidas cautelares en el ordenamiento procesal de Brasil.

Esa línea ha sido seguida por varios códigos procesales de diversas provincias argentinas, como por ejemplo: San Luis (que es el más reciente reforma que data de 2015), La Pampa, San Juan, Corrientes, Chaco, Formosa, entre otras.

²² Ver Palacio, Lino E.; La venerable antigüedad de la medida innovativa, Revista de Derecho Procesal nro. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 105 y ss. En la misma línea la Corte se ha pronunciado sosteniendo que “resultan suficientemente acreditados los presupuestos previstos en los incs. 1 y 2 del art. 230 del Código Procesal para acceder a la medida cautelar innovativa pedida por dos sociedades comerciales en el marco de la acción declarativa tendiente a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 4459 de la Provincia de Misiones –en cuanto afectaría el comercio interprovincial de la yerba mate que realizan- y ordenar la suspensión de los efectos de los arts. 4, 5 y 6, a los fines de que el Estado local se abstenga de prohibir, restringir, limitar o afectar el libre tránsito y egreso de yerba mate en cualquier estado de elaboración de su territorio” (Fallos 331:2919).

En cada uno de esos regímenes, se han previsto tantos requisitos de admisibilidad para lo que han dado en llamar tutela anticipada, que han desvirtuado no solo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sino además vulnerado la letra de los Tratados de Derechos Humanos que conforman el bloque de constitucionalidad conforme el art. 75 inc. 22 de la C.N.²³.

La lesión que se genera es la vulneración del principio pro homine en punto al principio de progresividad desarrollado por la Corte Suprema a través de su doctrina, en la interpretación que cabe formular del art. 230 del Código Procesal y el principio de no regresividad.

Ello tiene base en la violación de la doctrina sentada por el más Alto Tribunal pues esa norma prevé lo que resulta el complemento adecuado para el andamiaje de esta llamada acción preventiva de daños, toda vez que estos se pueden generar de una acción u omisión del agente que lo produzca.

Y el art. 230 del Código Procesal²⁴ contempla la reunión de los requisitos elementales que hacen a la viabilidad de toda cautela, esto es verosimilitud del derecho por un lado, y por otro el peligro en la demora, destacándose en el propio precepto, que el peligro puede provenir de una actuación positiva u omisiva del agente.

Esto significa, que si una determinada situación de hecho o de derecho genera un determinado perjuicio, por su mantenimiento o su alteración, y ello pueda convertir en ineficaz una sentencia, será viable cualquiera de las dos facetas que contempla esta medida que el Código Procesal denomina prohibición de innovar.

²³ He desarrollado este tema en el trabajo “La tutela anticipada: entre el procedimentalismo y el activismo judicial”, L.L. del 5/8/15.

²⁴ Dispone esta norma: Prohibición de innovar.- Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que: 1) El derecho fuere verosímil; 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible; 3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.

Se trata de las dos caras de una misma moneda, una opera si el perjuicio proviene del mantenimiento de una determinada situación de hecho o de derecho, es evidente que se requiere su alteración, esto es la faceta innovativa de la medida.

Y la otra, si el perjuicio proviene de la alteración de un determinado statu quo, lo que se requerirá será su mantenimiento, esto es, la faceta de no innovar de la medida.

Esta medida la hemos calificado como el sistema cautelar matriz de todas las cautelas, toda vez que en todos los casos lo que se propende es a mantener o alterar una determinada situación de hecho o de derecho para resguardar el derecho a la jurisdicción de todo justiciable, que no es otro que la posibilidad de obtener una sentencia que resulte la norma individual para su caso.

Esa interpretación que ha hecho la Corte de este tipo de institutos procesales, que están previstos para atender situaciones excepcionales, porque proyectan su cautela sobre el mérito mismo, no pueden ser desvirtuados por el legislador provincial, como hemos advertido, generando cortapisas que van en detrimento del justiciable, concibiendo un sistema que lejos de atender las necesidades de la gente parece enfrentarla creando mecanismos que cercenan sus derechos²⁵.

Ese mecanismo precautorio, a su vez ha sido recogido por el legislador, creando diversos sistemas cautelares para atender distintos casos, por ejemplo el Código Procesal contempla la posibilidad de obtener la restitución del inmueble en los procesos de desalojo promovidos por falta de pago, intrusión o vencimiento de contrato, antes del dictado de la sentencia de mérito, creando un sistema que no refleja más que una tutela anticipada, y en donde se puede advertir con claridad la superposición entre la petición cautelar y la pretensión sustancial.

²⁵ En el Código Procesal de San Luis que he citado a modo de ejemplo, se han previsto doce requisitos que han sido expuestos en el trabajo citado en la nota 23, por oposición a la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, que son los tradicionales, y el mayor cuidado que ha solicitado la Corte Suprema a los jueces al momento de adoptar una decisión de esta índole por las proyecciones que tiene sobre la decisión de mérito.

Otro ejemplo surge de la ley 11.653 de Procedimiento Laboral de la Provincia de Buenos Aires, cuyo art. 18 contempla un sistema cautelar que importa una tutela anticipada para el trabajador que hubiera sufrido un accidente de trabajo.

Por esa razón, es importante advertir que ahora el art. 1713 habilita también al juez tanto de oficio como a pedido de parte, a brindar la tutela preventiva en forma inmediata a través de un pronunciamiento provisional, que marca una pauta o directriz fundamental para canalizar por vía del art. 230 CPCCN, con el alcance de la doctrina generada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a su respecto.

En este sentido, hemos señalado que la tutela anticipada se puede caracterizar como un sistema cautelar, en virtud del cual la jurisdicción, a través de una actuación asegurativa o protectoria, resguarda –manteniendo o alterando– una determinada situación de hecho o de derecho, propendiendo a la eficacia de la sentencia definitiva, a través de una actuación inmediata de la ley en el proceso, a los fines de evitar un daño o los riesgos de un menoscabo, o de un perjuicio, que resultan manifiestos o inminentes, en desmedro de derechos fundamentales.

Y como se advierte de este precepto, lo que se desprende precisamente es el sistema creado por el legislador que por vía de las previsiones del art. 230 del Código Procesal, la Corte Suprema ya lo ha hecho doctrina propia, adaptándolo a las circunstancias del caso, cuando los hechos así lo requieran a través de las previsiones del art. 232, para que la cautela se ajuste a las necesidades del caso en concreto.

Esta norma viene a demostrar el activismo que se persigue de parte de la jurisdicción, en la instrumentación de este nuevo instituto largamente reclamado por la doctrina.

6.- LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES

Dentro de este nuevo paradigma que se impone a la jurisdicción que consiste en una actuación preventiva en lugar de simplemente resarcitoria, el rol que juegan los principio procesales es vital, pues corresponde su observancia a los fines de delinear el proceso adecuado para contemplar esta nueva figura, respetando las pautas liminares del debido proceso legal.

Por lo tanto, se impone identificar qué se entiende por “principio” si a la luz de los antecedentes antes expuestos, existen tantas interpretaciones como autores los abordan.

Desde luego que resulta compleja la tarea, porque de por sí hemos identificado dos facetas claramente diferenciables, una cuando esos principios se positivizan en la letra de la ley, vgr. el principio de igualdad, o el principio de legalidad (arts. 16 y 17 de la C.N.), y otra faceta diversa es cuando son utilizados con una finalidad claramente hermenéutica, esto es como pautas interpretativas que sirve de ayuda a la jurisdicción para decidir un caso, todo ello desde luego al margen de las diversas manifestaciones que existen no solo en el ámbito jurídico, sino desde luego en el científico, en el moral, o bien conforme diversas pautas culturales, entre otras.

Ello permite concluir que no pueden nominarse porque varían como pueden variar las pautas culturales de una determinada sociedad a través del tiempo, aspecto que recoge precisamente el nuevo CCCN, permitiendo así una apertura que flexibilice temporalmente esas interpretaciones, de modo que las normas mantengan la vigencia que resulte razonable, pues permite una interpretación adecuada conforme las pautas de valoración del momento en que corresponda su utilización.

Por lo tanto, mientras las leyes deben ser interpretadas, los principios por el contrario deben ser ponderados, y esta es la clave de bóveda para poder interpretarlos desde el punto de vista procesal, porque el único límite que existe para la viabilidad de este tipo de pretensiones preventivas, y el respeto a los

principios procesales, es que el proceso a través del cual se obtenga una tutela preventiva, sea con carácter provisional o definitivo, se haya logrado merced al desarrollo del debido proceso legal, que constituye un derecho humano esencial, tanto para quien solicita la tutela como para quien se verá afectado por ella.

Por eso, los principios del debido proceso más que definirlos –por la diversidad que presentan- se pueden caracterizar, para permitir encontrar los límites al desarrollo que permita ser identificado como un debido proceso, pues de lo contrario, estaríamos frente a un sistema claramente inconstitucional.

En esta línea, los principios que se han positivizado, y permiten caracterizar al debido proceso legal se encuentran plasmados en la letra de la Ley Fundamental y los Tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, que precisamente son las fuentes del derecho que reclama el nuevo CCCN observar.

Allí encontramos el principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.); también encontramos el principio de congruencia cuando el art. 18 de la C.N. señala que nadie puede ser penado sin juicio previo, lo que importa no solo el desarrollo desde el punto de vista formal de cada una de las etapas del proceso, sino el juicio previo de valor que hace la jurisdicción sobre cuál de las dos posiciones en el pleito es la correcta y verdadera, libre de error o de vicio, que significa la observancia de las reglas de la sana crítica para ello.

Íntimamente unido a ello, se encuentra el principio de razonabilidad que contempla el art. 28 de la C.N., y que ahora reclama expresamente su observancia el art. 3 CCCN a los jueces, al señalar que sus pronunciamientos sean razonablemente fundados.

En todos los casos que mencionamos a modo de ejemplo, se podrá advertir que esos principios que hacen al desarrollo del debido proceso legal, se presentan en la realidad con una sola cara, ya que no existe el principio de igualdad y su

opuesto de desigualdad, no existe el principio de congruencia y su opuesto de incongruencia, o no existe el de razonabilidad y el de irrazonabilidad.

Para advertir la observancia del desarrollo del debido proceso, en este nuevo paradigma que no es otro que una jurisdicción de carácter esencialmente preventivo, deberá estarse a las dos líneas que tradicionalmente identifican al debido proceso, una es la vertiente adjetiva en donde encontramos todos los principios que hacen al desarrollo formal del proceso, y la otra vertiente es la sustantiva, que tiene que ver con la decisión de mérito en donde cobra preponderancia el principio de razonabilidad, para que el pronunciamiento de la jurisdicción no resulte arbitrario o carente de fundamentos.

Para identificar a los principios, los consideraremos como los presupuestos políticos, de contenido jurídico, que son fundantes de un ordenamiento cualquiera²⁶. Desde luego en este caso sería un ordenamiento procesal.

Son presupuestos políticos pues vienen puestos por el constituyente y se pueden reconocer por presentarse con una sola faceta en la realidad. Ello no obsta a que también se desprendan de los Tratados de Derechos Humanos que constituyen derecho positivo en nuestro país, como el principio de eficacia de la ley, que requiere a la luz del Pacto de San José de Costa Rica, que la tutela sea efectiva e inmediata, y que cobra vital importancia en este tipo de situaciones que regula ahora el nuevo CCCN a través de la pretensión preventiva de daños.

7.- LA CLAVE DE LOS SISTEMAS

Es importante advertir en este punto, que al margen de los principios que se han positivizado en la letra de la ley, la vertiente que hace a la faceta hermenéutica de aquellos no resulta suficiente para permitir su total concreción en la realidad.

²⁶ Díaz, Clemente A.; Instituciones de Derecho Procesal, Ed. Abeledo-Perrot, T. I, p. 212.

Por lo tanto, el desafío que queda al derecho procesal, consiste en precisar cómo reflejar en la realidad una tutela preventiva respetando los principios procesales.

Para ello, esos principios se deben bajar a la realidad a través de lo que denominamos sistemas. ¿Qué son los sistemas? Precisamente son las formas metódicas a través de las cuales los principios cobran vida dentro de un ordenamiento –en este caso procesal- cualquiera²⁷.

Estos se pueden identificar en la realidad porque vienen puestos, por razones de conveniencia, por parte del legislador, y se presentan con una doble faceta por oposición a los principios, ya que es el legislador el que opta por un sistema de trabajo escrito u oral, por un juez unipersonal o un tribunal colegiado, por un sistema de preclusión o de unidad de vista, por un sistema dispositivo u otro oficioso, entre otras variables.

El sistema permitirá advertir, que no encontraremos en una norma en concreto el principio de igualdad, pero el sistema está generado a través de formas, que metódicamente desarrolladas en un ordenamiento, respetan la bilateralidad de la audiencia, según los tiempos y modos que en cada caso correspondan, a fin de mantener la igualdad de ambas partes ante la jurisdicción.

La importancia de los principios y los sistemas en el ámbito del derecho procesal es mayúscula, si se tiene en cuenta algún tipo de propuesta que se ha formulado por alguna línea de la doctrina para el desarrollo de esta tutela preventiva que consagra ahora el CCCN.

Obsérvese que se indica como vía adecuada para ello la medida denominada autosatisfactiva²⁸, que al decir de Peyrano, se trata de una medida que se agota

²⁷ Díaz, Clemente; Ob. cit., T. I, p. 298

²⁸ Vazquez Ferreira, Roberto A.; La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuricidad formal o material, Revista Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. La Ley, año 2, nro. 3, abril 2016, p. 12. En la misma línea Baracat, Edgar J.; Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial, en AA.VV., Peyrano, Jorge W. (Director); La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 325 y ss.

con el simple despacho favorable de la jurisdicción, no reportando a ninguno de los principios que hacen a las medidas cautelares, porque se agota en sí misma y no constituye una medida de carácter cautelar²⁹.

Más allá que la Corte Suprema de Justicia declaró ya su inconstitucionalidad³⁰, es importante advertir cómo a través de ese tipo de actuaciones se violentan los principios liminares que hacen al debido proceso, precisamente la no concurrencia de uno solo de ellos ya inhabilitaría ese tipo de actuaciones por inconstitucional.

Sin embargo, como se podrá observar resultan varios los principios que se vulneran, ya que no existe observancia al principio de igualdad, toda vez que el afectado por la medida en tanto importe una condena a hacer o no hacer, no tuvo la misma oportunidad de defensa que el actor.

Tampoco se respeta el principio de legalidad, toda vez que no está legislada específicamente como un sistema que permita su desarrollo a través de formas metódicas que reporten a los principios que le deben dar sustento, y cuando lo está precisamente no reporta a los principios que hacen al desarrollo del debido proceso legal, o bien afecta el principio de progresividad y el de no regresividad³¹, por resultar mucho más inmediata y efectiva la tutela a través de una medida cautelar como la prohibición de innovar en cualquiera de sus dos facetas (innovativa o de no innovar)³².

Tampoco se respeta el principio de congruencia, pues el juez no puede resolver conforme las pretensiones ejercidas por las partes en el pleito, toda vez que hay una de ellas que no tuvo oportunidad de ejercer ninguna defensa, y menos aún se puede interpretar que ese derecho de defensa esté resguardado por un

²⁹ AA.VV., Jorge W. Peyrano (Director), Medidas autosatisfactivas, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 27.

³⁰ Ha sido muy dura la Corte en el caso Bustos con su crítica, en especial en el voto de Belluscio (Fallos 327:4495), y luego fulminó con la inconstitucionalidad esa medida en Fallos 330:5251 y 331:2287.

³¹ Consagrados en el art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

³² Ejemplo elocuente de ellos es el art. 37 del Código Procesal de la Provincia de Sgo. del Estero, que se lo sigue denominando “de procedimientos”, que contempla a su vez en el art. 240 la prohibición de innovar en términos similares a los que señala el art. 230 del Código Procesal Nacional.

recurso, por las propias limitaciones que tiene un recurso, amén de los efectos con los que eventualmente se hubiera concedido.

Tampoco se respeta el principio de razonabilidad, pues más allá de la urgencia que la situación requiera, la actuación provisional, que precisamente el propio CCCN consagra para dar andamiaje a este tipo de tutela, en ese caso no se podría concretar, porque sería definitiva e impondría una condena sin permitir que el afectado exponga las razones de su conducta, sea positiva u omisiva.

En suma, no se respeta el derecho de defensa que la C.N. establece en el art. 18, que señala expresamente que es inviolable, con lo cual si por vía de hipótesis se creara en el ámbito nacional un sistema de esta índole, no solo sería inconstitucional por las razones que se apuntaron, sino que además sería inconstitucional por anticonvencional, ya que desoiría la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no solo ha descalificado a esa medida por inconstitucional, sino que además ha marcado una doctrina a través de la tutela anticipada que genera el art. 230 del Código Procesal, cuya inobservancia lesionaría el principio pro homine.

Esto se debe a que se lesionaría el principio de progresividad que nació de la interpretación que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la norma antes citada, sino además se lesionaría el principio de no regresividad, porque lejos de brindarle una tutela efectiva e inmediata al justiciable se lo estaría exponiendo al desarrollo de un no-proceso con la consiguiente nulidad que ello importa y la afectación de aquellos derechos que se pretenden resguardar.

7.- A MODO DE CONCLUSIONES PRELIMINARES

Es de toda evidencia que estamos frente a un cuerpo legal nuevo, recién llegados al bicentenario de la declaración de la independencia de la República, que es al tiempo de escribir estas líneas, se ha producido un cambio de paradigma de suma trascendencia en el ámbito del derecho privado.

No son pocas las nuevas pautas que impone este CCCN, desde el punto de vista de la persona, de sus relaciones familiares, de la regulación de nuevos contratos, u otros que no lo eran, de la incorporación de nuevos derechos, y en este punto fundamental de un nuevo rol que se le asigna a la jurisdicción al concebir una nueva función persiguiendo la prevención del daño en lugar de mantener la función resarcitoria tradicional.

Por lo tanto, es tiempo de permitir el desarrollo de estos nuevos institutos, y es necesario el aggiornamiento de la ley adjetiva para permitir la operatividad que aquellos reclaman.

Cuando aludía anteriormente a la constitucionalización del derecho privado, y a la importancia que tiene el registro de los principios y los sistemas que hacen al debido proceso legal, como manifestación de uno de los derechos fundamentales de la persona, es importante que se advierta la importancia que cobra un ordenamiento procesal.

Ello en razón de que en ese cuerpo legal se condensan el derecho público y el privado que es la aspiración que ha perseguido el nuevo código unificado.

El Código Procesal concebido dentro del derecho público por la regulación de instituciones que tienen que ver con la observancia de pautas que son de neto orden público y por ende indisponibles para las partes, se advierte que son también utilizadas en la órbita del derecho privado, precisamente cuando el conflicto se judicializa.

Esto genera una alternativa que consistiría en la posibilidad de continuar con la flexibilización generada desde el nuevo CCCN a partir de los principios que lo estructuran y trasladar esa línea de trabajo al ámbito procesal para permitir su adaptación a las necesidades del justiciable (vgr. la flexibilización de la instrumentalidad de las formas, los convenios procesales, entre otras alternativas), que desde luego solo tienen el límite que imponen los principios

del debido proceso legal, que no son otros que aquellos que resguardan el acceso a la jurisdicción, hoy reconocido como un derecho humano esencial.

Por eso, de la observancia de esas pautas liminares mínimas, es como se podrá hacer operativa esta función preventiva de la jurisdicción, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya ha dado pautas suficientes para delinear su doctrina a través del alcance que corresponde darle al art. 230 del Código Procesal, como vía idónea para obtener una tutela preventiva que resguarde los derechos vulnerados o en ciernes de ello, para permitir el dictado de una sentencia que resulte eficaz.

Ello a su vez es la vía que permitiría el acceso a la regulación de un proceso urgente, que permita concebir este sistema como vía idónea a esos fines, la tarea pendiente hoy resulta mucho más clara de llevarla a cabo con esta función protectoria que se pone en cabeza de la jurisdicción, aún con el carácter preventivo que se le reconoce.

El tiempo de andamiaje de este nuevo instituto y la operatividad que se reclama del ámbito procesal, darán cuenta de la concreción del avance que se ha trazado el nuevo código unificado.