

CUM LAUDE
Revista del Doctorado en Derecho
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE
Nº4 – Abril 2017
Corrientes – Argentina
ISSN: 2422-6408
info@revistacumlaude.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 17/05/2016
FECHA DE ACEPTACIÓN: 11/02/2017

SISTEMA PROCESAL DISPOSITIVO Y MANDATO PREVENTIVO

JOSÉ OSVALDO LEDESMA

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE

RESUMEN

El propósito del presente artículo es exponer la relación de inflexión existente entre la estructura procesal dispositiva y el moderno instituto –de creación jurisprudencial- denominado por la doctrina “mandato preventivo”. En este marco, se exponen en líneas generales las manifestaciones principales del sistema procesal dispositivo y de la jurisdicción preventiva; luego se profundiza el análisis específico del mandato preventivo, sistematizando sus elementos caracterizantes a raíz de la observación jurisprudencial, esbozando sus principales fundamentos, la cuestión del derecho de defensa y su relación con el mencionado sistema procesal dispositivo.

PALABRAS CLAVE

Jurisdicción preventiva – orden preventiva – tipos procesales

ABSTRACT

The purpose of the present paper is to show the relationship of weakness between the dispositive procedural structure and the modern institute –that is a praetorian creation- called by the authors as ‘preventive order’. In general terms, the main manifestations of the dispositive procedural system and the preventive jurisdiction are exposed. Then the specific analysis of the preventive order is deepened, systematizing its characterizing elements following the jurisprudential observation, outlining its main basis, the topic of the right of defense and its connection with the mentioned dispositive procedural system.

KEYWORDS

Preventive jurisdiction – preventive order – procedural types

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente el proceso civil estuvo estructurado por el tipo procesal dispositivo concebido en términos absolutos, esto es, la plena soberanía de las partes en lo que a iniciativa, impulso procesal, delimitación del *thema decidendum* y disponibilidad del derecho material se refiere. Esto tenía como contracara la imposibilidad del juez de avanzar más allá de los cotos que el propio sistema le imponía, por lo que su margen de actuación estuvo siempre delimitado por la voluntad de las partes en los ítems mencionados. Ahora bien, algunas de estas manifestaciones del tipo dispositivo se fueron atenuando o flexibilizando con la creciente publicización y

constitucionalización del derecho privado, en cuyo marco el derecho humano fundamental de la tutela judicial efectiva, impuso al juez un rol social más activo en la abnegada tarea de administrar justicia e hizo nacer figuras impensadas algún tiempo atrás: la moderna noción de jurisdicción preventiva frente a la clásica justicia reparadora y dentro de aquella, la instauración doctrinaria y jurisprudencial de la llamada cautelar humanitaria o mandato preventivo, que es el eje de estudio de este trabajo de investigación.

A lo largo de este artículo se expondrá en líneas generales las manifestaciones principales del sistema procesal dispositivo y de la jurisdicción preventiva, para luego profundizar el análisis específico en el mandato preventivo, sistematizando sus elementos caracterizantes a raíz de la observación jurisprudencial, esbozando sus fundamentos, la cuestión del derecho de defensa y la relación de inflexión del sistema dispositivo frente a la medida cautelar humanitaria, para finalmente arribar a las debidas conclusiones del caso.

2. EL SISTEMA PROCESAL DISPOSITIVO

Los principios formativos del proceso son las directivas, orientaciones generales o líneas matrices en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal y que sirven de bases previas para la estructuración de las leyes procesales y de guías para el juez (Midón y Midón, 2008).

A su vez este género comprende varias especies dentro de las cuales se encuentran los llamados sistemas o tipos procesales como formas metódicas sobre las que se desarrollan aquellos principios. Estos sistemas procesales se clasifican según distintos parámetros; a efectos del presente trabajo, se considerará aquel que se

determina según los poderes del juez y de las partes en el proceso, esto es, el tipo procesal dispositivo o el tipo procesal inquisitivo. El principio general en materia civil y comercial es que las partes son las dueñas de las potestades procesales lo que equivale a decir en otras palabras, en el proceso civil rige el sistema dispositivo. Parafraseando a Alvarado Velloso (s.f.), en el sistema dispositivo concebido en términos abstractos y puros rige una filosofía liberal donde el particular es el eje del sistema, es decir, las partes son tan dueñas del proceso que pueden decidir incluso cuando activarlo, paralizarlo o ponerle fin por los medios que deseen, fijan el litigio exacto a resolver y aportan el material destinado a probar sus afirmaciones, estando absolutamente vedadas tales posibilidades de actuación al juez.

El mencionado sistema o tipo procesal dispositivo se manifiesta en las siguientes instancias:

2.1. INICIATIVA

Esta idea está plasmada en la máxima romana *nemo iudex sine actore*, que quiere decir que el proceso civil debe iniciarse a instancia de parte; no se concibe en nuestro sistema la existencia de un juez que vaya por la vida en busca de entuertos que resolver, es la parte portadora de una pretensión legítima la que debe ocurrir ante los estrados tribunales en procura de justicia. Es también llamado “principio de demanda”, puesto que ésta la que constituye el acto inicial de apertura de la instancia. Pero es dable aclarar que la iniciativa se informa también con el concepto de *legitimación procesal activa*, por lo que no cualquier particular puede enervar la jurisdicción sino únicamente el sujeto titular de la relación jurídica determinada o portador de la pretensión de que se trate. Es la *legitimatío ad causam* activa en el sentido que a la expresión le otorga el maestro Chiovenda (1922), esto es, identidad de

la persona del actor con aquella a la cual la ley concede la acción.

2.2. IMPULSO PROCESAL

Constituye otra manifestación del tipo procesal dispositivo, y es una derivación de la concepción tradicional de que en un proceso civil son las partes las dueñas del mismo y por lo tanto, las únicas habilitadas para llevarlo adelante hasta que quede en estado de resolver. Sin embargo en los últimos tiempos ha venido perdiendo virtualidad frente al fortalecimiento de la figura del juez como director del proceso, lo que le atribuye potestades de impulso procesal impensadas en un sistema dispositivo extremo y que hogaño aparecen como habituales y fuera de discusión. Midón y Midón (2008) expresan sobre el particular lo siguiente:

el modo, el ritmo y el impulso son separados de la disponibilidad de las partes y regulados en cambio por la ley o bien por el juez, con poderes en el ejercicio de los cuales deberá tener en cuenta las concretas exigencias de la causa, respecto de lo cual las partes pueden actuar como colaboradoras del juez pero no como dueñas (...) la sustitución del juez espectador por el juez director y la mutación de un servicio jurisdiccional abstracto por uno más cerca del hombre y de sus derechos sustanciales, parece irreversible. (p. 140)

2.3. DELIMITACIÓN DEL *THEMA DECIDENDUM*

Son las partes quienes fijan en sus escritos postulatorios la plataforma fáctica que envuelve la cuestión controvertida sobre la que versará toda la discusión procesal civil, es decir son quienes aportan los hechos¹⁸. El *principio de congruencia* tal como se perfila en doctrina exige identidad entre las pretensiones deducidas en el proceso, los hechos alegados como fundamento de las mismas y las partes intervinientes por un lado

¹⁸ No así la plataforma jurídica que es del resorte exclusivo del juez, con total prescindencia de la calificación otorgada por las partes (principio *iura novit curia*) (Midón y Midón, 2008).

y la resolución emitida por el Tribunal por el otro (Peyrano, 1997). Se trata de un deber impuesto a los jueces por la legislación de forma¹⁹, para que tanto él como las partes sepan *ab initio* qué es lo que debe esclarecerse y sobre qué temas deben versar sus respectivas actividades, principalmente para evitar el estado de indefensión, estando vedado en consecuencia, el apartamiento de dichos tópicos por parte del juez, su ampliación o disminución. No obstante ello no es absoluto, la doctrina actual admite que en situaciones excepcionales el respeto irrestricto a este principio deba ceder ante la influencia de otros principios o deberes cuya observancia es más valiosa en el caso, y ello es así por cuanto el principio de congruencia fue instaurado en el proceso civil no para perjudicar a los justiciables sino todo lo contrario, para protegerlos de las arbitrariedades del Estado encarnado en el juez, por lo tanto debe ser interpretado con flexibilidad y no en forma rígida y formalista (Peyrano, s.f.).

Como se aprecia entonces, el principio de congruencia no reviste carácter absoluto sino relativo, lo que implica que deba ceder frente a intereses superiores; esto se traduce en la posibilidad del juez de apartarse de los términos en que quedó delimitado el *thema decidendum* cuando las circunstancias del caso y la naturaleza de los bienes comprometidos lo tornen conveniente, con el debido respeto –claro está- del derecho de defensa en juicio, lo que tiene directa relación con el tema que se expondrá *infra*.

2.4. DISPONIBILIDAD DEL DERECHO MATERIAL

Parafraseando a Palacio (2003), se puede afirmar que una vez iniciado el proceso, el órgano judicial queda ligado a la voluntad de las partes relativas a la suerte

¹⁹ En Corrientes, artículo 34 inciso 4) del C.P.C. y C., que obliga a los jueces a respetar “*la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia*”.

de aquél o tendientes a la modificación o extinción de la relación del derecho material en la cual se fundó la pretensión. Así, el actor puede desistir de la pretensión –sujeto a ciertas condiciones- o del derecho y también el demandado puede ponerle fin al proceso al estar facultado para allanarse a la pretensión; finalmente, ambas partes pueden transigir, conciliarse o someter el pleito a la decisión de árbitros o de amigables componedores; todo ello con la excepción de cierta clase de relaciones jurídicas, las cuales en razón de la existencia de un interés social comprometido, imponen la necesidad de que prevalezcan los poderes del juez por sobre las facultades dispositivas de las partes, como sucede con los procesos relativos al estado civil y a la capacidad de las personas.

3. LA JURISDICCIÓN PREVENTIVA

3.1. GENERALIDADES

La tutela judicial efectiva o acceso a la justicia es un concepto procesal genérico que implica la remoción de cualquier obstáculo a la realización del derecho material de los justiciables, siendo sus manifestaciones jurídicas tradicionales las siguientes: derecho a la acción, es decir, a ocurrir ante los tribunales de justicia a hacer valer una pretensión determinada y consecuentemente, de provocar la activación del aparato jurisdiccional del Estado; derecho a la sentencia, esto es, a una decisión oportuna y motivada que resuelva sobre el mérito de la cuestión oportunamente traída a conocimiento del tribunal; derecho al recurso, en otras palabras, a la revisión del pronunciamiento y derecho a la ejecución, o dicho de otra manera, a que la sentencia dictada se cumpla.

Sin perjuicio de ello, en los últimos tiempos la doctrina autoral (Reviriego,

2012) comenzó a agregar como elemento integrante de la tutela judicial efectiva, a la llamada tutela jurisdiccional preventiva, en el entendimiento de que el acceso a la justicia no solo implica el tradicional complejo bagaje de herramientas tendientes a la realización de un derecho sustancial que repare consecuencias dañosas ya acaecidas, sino también de uno que evite las que fueren inminentes, cuando ello fuere posible, y sin restricciones, limitaciones ni reservas²⁰.

El Derecho Privado clásico se desinteresó de las actividades jurisdiccionales preventivas. Se creía que la función del juez era solamente restablecer el orden jurídico vulnerado y con ello la paz social quebrantada en el caso concreto. Sin embargo, con el devenir de los tiempos los autores más vanguardistas –no sin alguna resistencia- comenzaron a atribuir de hecho al Juez del Siglo XXI una función más protectora que reparadora. En este orden de ideas se ha dicho que

Seguimos hipnotizados –inadvertidamente, a veces- con el preconcepto de que sólo ante la existencia de un derecho lesionado puede postularse, exitosamente, el ejercicio de actividad jurisdiccional. El ejercicio de una función jurisdiccional preventiva -a la que persiguen estimular las acciones preventivas que nos ocupan- es, en cambio, para nosotros uno de los “mandamientos” que debe cumplir el buen juez civil del siglo XXI. (Peyrano, s.f., p. 2)

Tradicionalmente se creía que la prevención de los daños era actividad *a priori* exclusiva del Estado gobernada por las normas del Derecho Administrativo, esto es, una manifestación del poder de policía administrativo, de carácter preventivo y represor, y que los jueces sólo podían actuar *a posteriori* en caso de vulneración de los derechos en

²⁰ Al respecto, el autor se pregunta lo siguiente:

¿podría el tribunal denegar el acceso por considerar que no existe una lesión actual de derechos? Creemos, modestamente, que no. Si existe un peligro, amenaza o potencialidad de perjuicio, el tribunal debe actuar preventivamente, porque así lo mandan las normas constitucionales e internacionales de tutela judicial efectiva. (Reviriego, 2012, p. 139)

los casos concretos. Posteriormente, como se dijo, algunos civilistas fueron pioneros en la lucha por imponer la tutela judicial preventiva, a la que denominaron tutela inhibitoria²¹ y al final la temática se instaló en la esfera del Derecho Procesal Civil. Esto se dio así porque, paulatinamente, la sociedad moderna fue evolucionando y, junto al debilitamiento de las esferas de actuación administrativas en Iberoamérica como consecuencia del avance de las ideas neoliberales (Peyrano, s.f.)²², comenzó a exigir de los jueces mucho más que administrar justicia en los casos concretos: les asignó de hecho un nuevo rol de carácter profiláctico: prevenir y cuando ello no sea posible, restablecer el orden quebrantado, y todo ello no en forma subsidiaria de la Administración sino en forma principal, como una nueva manifestación de lo que tradicionalmente se conoce como tutela judicial efectiva²³, esbozada *ut supra*.

Además, debe tenerse en cuenta que, si bien no en la totalidad de los casos, buena parte de las manifestaciones de la jurisdicción preventiva se traducen en mandatos contra actos u omisiones de la autoridad pública, potencialmente dañosos; va de suyo entonces que, en estos casos, sea un poder distinto al administrador quien ordene la cesación del riesgo o peligro que enerva la mencionada actuación

²¹ Ricardo Lorenzetti y Noemí Nicolau, entre otros. Peyrano (s.f.) critica esta denominación porque considera que la tutela preventiva es más amplia, implica mucho más que una mera pretensión inhibitoria –hacer cesar conductas perjudiciales–.

²² Al respecto, el autor se expresa en las siguientes palabras:

Dicha circunstancia [el achicamiento del Estado que se ha registrado en casi la totalidad de las naciones iberoamericanas] ha provocado la desaparición de organismos dependientes del Poder administrador que alguna suerte de contralor ejercían sobre una ancha franja de cuestiones que han quedado huérfanas de intervención gubernamental. Ello explica el fortalecimiento del rol de los jueces y la imperiosa necesidad experimentada por éstos de contar con “tutelas diferenciadas” de las corrientes, que les permitan ejercer cabalmente el nuevo perfil que –de hecho– les ha conferido la sociedad. Esto ha venido a esbozar un nuevo perfil del juez civil, que sin ser autoritario se encuentra fortalecido en sus atribuciones. (Peyrano, s.f., párr. 4)

²³ Reviriego (2012) reflexiona en torno a este punto en los siguientes términos textuales:

la intervención judicial preventiva se sustenta constitucionalmente en el derecho a una tutela judicial efectiva. Si el poder administrador no ejerce sus competencias u omite velar por la seguridad de los ciudadanos, son los jueces quienes deben evitar la violación del ordenamiento jurídico, o, en su defecto, disponer la reparación. Pero no en carácter subsidiario o por defecto del poder administrador, sino en ejercicio de facultades y cumplimiento de deberes propios, como garante de la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos. (pp. 140-141)

jurisdiccional preventiva.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, aprobado por Ley N° 26.994, hace eco de este cambio de paradigma consagrando en el artículo 1710, al margen de la tradicional función resarcitoria de la responsabilidad civil –que es consignada en forma posterior-, a la función preventiva. Posteriormente la nueva legislación privada instaura también la *acción preventiva* como especie de aquella, en los artículos 1711 a 1713, los cuales serán analizados *infra*.

3.2. FIGURAS PROCESALES COMPRENDIDAS

La jurisdicción preventiva se manifiesta en varios institutos procesales distintos pero ligados entre sí por la misma finalidad: evitar la perpetración de un daño frente a un factor de peligro actual o inminente. Los enunciaremos sumariamente, habida cuenta de los límites de extensión de este trabajo y de que solo nos interesa el desarrollo de uno de ellos, el mandato preventivo.

Así, tenemos en un primer momento como vía idónea por excelencia para materializar un despliegue jurisdiccional preventivo, a la llamada *acción preventiva*, que es una acción (rectius: “pretensión”) de condena que opera en supuestos de relaciones de hecho respecto de las cuales existe una posibilidad de afectación o daño al patrimonio moral o material de quien la promueve. Generalmente, la efectividad de esta herramienta procesal exige que vaya acompañada también de una medida cautelar innovativa o de una prohibición de innovar para lo que se requiere, además de los ya mencionados, la concurrencia del requisito del *periculum in damni*. De tener éxito, la acción preventiva se traducirá, por lo general, en una orden de hacer o de no hacer que busque revertir o modificar la situación fáctica que genera el riesgo de daño o de

persistencia o repetición que justifica su promoción (Peyrano, s.f.).

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, entre tantas innovaciones – desde el punto de vista legislativo, porque ya existían en el debate doctrinario y jurisprudencial-, materializó a la acción preventiva dentro de la sección de la función preventiva de la responsabilidad civil. Así, en tres artículos -1711 a 1713-, se regula la naturaleza y alcances de esta acción, la legitimación activa y algunas directivas de contenido para la sentencia que se dicte. Hay que destacar que en la nueva legislación se considera irrelevante la existencia o no de factores de atribución, lo cual es coherente porque la jurisdicción preventiva es objetiva en la búsqueda de evitación del daño, la cuestión de los mencionados factores cobra relevancia en la etapa posterior o resarcitoria, cuando el perjuicio ya está consumado.

En segundo lugar podemos traer a colación a las llamadas *medidas autosatisfactivas* como institutos capaces de otorgar una efectiva jurisdicción tutelar o preventiva, siempre y cuando se den sus requisitos de procedencia: que lo pedido por el requirente sea portador de una pretensión principal muy urgente pero no cautelar (autonomía instrumental) y que ésta se resuelva y agote con el dictado de la propia medida, sin requerir otra sentencia o resolución que aclare lo decidido (autonomía en la resolución).

El tercer instituto con entidad para materializar una tutela preventiva es la *acción de amparo* pero en su modalidad *preventiva*, es decir, frente a la amenaza de actos u omisiones de una autoridad pública que, en forma inminente, conculquen derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, los tratados internacionales y las constituciones provinciales. El inconveniente con esta figura es que, a raíz de las discrepancias legislativas existentes entre Nación y cada una de las Provincias, en

algunos casos se ha tornado una herramienta inidónea y es por todos sabido que aquello que en un principio se previó como una acción tutelar *expedita y rápida* termina convertida en la práctica, las más de las veces, en un largo proceso ordinario, lo que va en desmedro de su eficacia. Por su íntima relación, podemos incluir en este apartado también a las acciones de *hábeas corpus* y de *hábeas data* –ambas en su modalidad *preventiva*- como manifestaciones del tema en estudio, para la evitación de daños relativos a la libertad ambulatoria y los datos personales o informaciones susceptibles de causar perjuicios, respectivamente.

También podemos enrolar dentro del género de la tutela preventiva a las denominadas *acciones meramente declarativas*, que son las que tienen por objeto hacer cesar un estado de incertidumbre sobre los elementos y alcances de una determinada relación jurídica y de esta forma evitan futuros entuertos. La diferencia con las acciones preventivas propiamente dichas radica en que en aquellas la tutela preventiva va dirigida a otorgar certeza a un dilema jurídico mientras que la incertidumbre que pesa sobre éstas es eminentemente fáctica, sin perjuicio de que pudiera existir una relación jurídica preexistente (Reviriego, 2012).

Finalmente, la jurisdicción preventiva se materializa desde hace algún tiempo en una figura que surgió de manera pretoriana y que cuenta apenas con cierto tratamiento autorral -al menos en la forma tal como se expondrá en este trabajo- y ningún reconocimiento en el plano legislativo: el *mandato preventivo*. Debido a su importancia y a que -en razón de su oficiosidad- se trata de uno de los mayores puntos de debilitación del sistema procesal civil dispositivo, tema que nos ocupa, dedicaremos un apartado especial a su tratamiento.

4. EL MANDATO PREVENTIVO

4.1. CONCEPTO

El *mandato preventivo* o *cautelar humanitaria* es una institución producto de la elaboración doctrinaria y jurisprudencial, que se enrola, como dijimos, dentro de la jurisdicción preventiva. Peyrano (1991) la definió en un primer momento como “...una medida que puede ordenar el Juez, a sujetos que no son partes en el proceso dentro del cual se emiten, obligándolos a adoptar determinados comportamientos, con el objeto de prevenir el acaecimiento o la repetición de daños probables” (p. 1). No obstante lo dicho, sabemos que la medida puede tener también como destinatarias -además de terceros- a las propias partes, como ocurrió en el fallo “Zalazar” del Juzgado Civil y Comercial N° 7 de Corrientes; en otras palabras, el destinatario de la orden *–legitimatio ad causam* pasiva- no es rasgo definitorio del mandato preventivo sino, como se explicará *infra*, el conocimiento de la situación de riesgo en el marco de un proceso, la indisponibilidad del derecho a proteger, la oficiosidad de la medida, su finalidad preventiva y su independencia del *thema decidendum* de la causa en la que se dicta. Posteriormente en otro trabajo, el mismo autor parece advertir esta circunstancia, al esbozar la siguiente definición que se acerca más a la verdadera naturaleza del instituto en estudio:

¿De qué se trata, por ejemplo, el mandato preventivo? Pues de materializar procesalmente el ideario conforme al cual el órgano jurisdiccional puede y debe, oficiosamente, emitir órdenes judiciales (aun respecto de terceros ajenos al proceso civil respectivo) cuando la sustanciación de un proceso le ha dado la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño ya acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no. (Peyrano, 2008, p. 140)

Sin perjuicio de una mejor explicación *infra*, cuando abordemos los ejemplos

jurisprudenciales y la caracterización de la figura a raíz de los elementos que podemos extraer de aquellos, nos aventuramos a esbozar, modestamente, la siguiente definición de mandato preventivo: *es una orden obligatoria contenida en una resolución judicial, adoptada oficiosamente, dirigida a una de las partes intervinientes en el proceso, a ambas o a un tercero, separable del resto del decisorio, con el objeto de neutralizar preventivamente una situación de peligro sobre un bien o derecho de naturaleza indisponible, cuya existencia queda de manifiesto con motivo del proceso.*

4.2. JURISPRUDENCIA

Como suele ocurrir en muchos casos, la jurisprudencia avanza más rápido que la doctrina y no es menos cierto que en muchos casos toma ventaja incluso sobre la propia letra de la ley. El concepto de mandato preventivo es de creación pretoriana, esto es, nació en fallos judiciales de casos concretos y recién posteriormente a partir de estas observaciones comenzó a perfilarse en doctrina, aunque sin reconocimiento legal por el momento. Existen dos casos, ya mencionados reiteradamente en la literatura procesal, “Altamirano” y “Carrizo”; a ellos podemos sumar a nivel local el reciente fallo “Zalazar” del Juzgado Civil y Comercial N° 7 de Corrientes que ha hecho eco de los principios de la institución que nos ocupa. Los relataremos sucintamente.

El primer supuesto se dio ante la muerte de una niña, ahogada en una acumulación artificial de aguas formadas en terreno del Ejército argentino, donde la parte actora pretendía simplemente una indemnización de daños y perjuicios pero el Tribunal oficiosamente, para evitar que un siniestro similar volviera a ocurrir, dispuso la construcción de una cerca que aislara las excavaciones, la colocación de carteles indicativos del peligro y la instauración de un servicio permanente de vigilancia, todo

bajo apercibimiento de mandar hacerlo por un tercero a costa de la demandada²⁴.

El segundo caso ampliamente difundido se conoce con el nombre de "Carrizo", donde se demandó la indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito en un paso nivel sin barreras ni señalizaciones, pretensión que, si bien fue rechazada porque en el caso concreto había culpa de la víctima, dejó de manifiesto las deplorables condiciones en que se encontraba el paso a nivel por lo que la Corte bonaerense mantuvo la medida de prevención de daños dispuesta por el a quo que consistía en el dictado de una cautelar innovativa tendiente a materializar en el lugar las medidas de seguridad mencionadas en un plazo de treinta días²⁵.

El tercer caso que puede traerse a colación para ilustrar este moderno instituto, que sin lugar a dudas no agota el listado de pronunciamientos jurisprudenciales al respecto pero que por su novedad y por pertenecer al ámbito local es menester mencionar, es el denominado fallo "Zalazar", dictado por la Sra. Juez Civil y Comercial N° 7 de la ciudad de Corrientes²⁶. La sentencia fue pronunciada como consecuencia de una acción de amparo tendiente a obtener la provisión de por vida de determinados medicamentos para el tratamiento de la artritis reumatoide deformante que padecía la accionante; sin embargo, la magistrada no sólo acogió la pretensión sino que además, al advertir que la actora corría peligro de suicidio dispuso, preventivamente y de oficio, que la obra social le brindase atención psiquiátrica e informe al Juzgado las acciones llevadas a cabo para resguardar la vida de la actora bajo apercibimiento de realizarlo a su costa (Esperanza, s.f.).

²⁴ Resolución de la Cámara Federal de La Plata, publicada en JA, 1988 -III- 96.

²⁵ "Carrizo, Carlos Alberto y otra c. Tejeda, Gustavo y otra -Daños y Perjuicios", resuelta el 30 de marzo de 2005.

²⁶ "Zalazar, Lidia Ramona c/ Instituto de Obra Social de Corrientes y/o Estado de la Provincia de Corrientes s/ Amparo", sentencia del 11 de noviembre de 2014.

Si nos detenemos un momento a analizar los ejemplos dados, advertiremos que en todos los supuestos el principio dispositivo y el de congruencia, además de la legitimación procesal, fueron dejados de lado por los magistrados sentenciantes; son fallos que comprenden pero exceden la tradicional solución del conflicto entre dos partes al estilo romano de “Cayo y Ticio”, conceden o deniegan, sí, pero van oficiosamente más allá de lo solicitado, esto es, desde un punto de vista tradicional e individualista son incongruentes porque ordenan algo *extra petita* pero desde una óptica moderna son coherentes, porque en todo caso, responden a intereses superiores que delimitan el rol que la sociedad actual llama a desempeñar a los jueces.

4.3. ELEMENTOS CARACTERIZANTES

Haciendo una interpretación de los casos con que ilustramos la figura en el apartado anterior, podemos extraer sus elementos caracterizantes, que expondremos sumariamente en apartados diferentes para un mejor abordaje.

4.3.1. CONOCIMIENTO DE UNA SITUACIÓN DE PELIGRO

El primero de ellos es que la situación de peligro llega a conocimiento del juez dentro del marco de la actividad probatoria desplegada pero de una manera que podríamos calificar de “casual”; en otros términos, se da dentro de un proceso donde lo que se discute puede tener mayor o menor relación con el contenido de la orden preventiva que se dicta, pero no constituye el *thema decidendum* en sentido estricto.

Si bien como se dijo en el párrafo anterior, existe la necesidad de que el conocimiento que el juez obtiene del riesgo se produzca dentro del ámbito procesal, es decir, en el marco de un juicio concreto, ello forma parte de un debate aún no cerrado, sobre todo cuando los destinatarios de la orden son terceros ajenos a las partes

intervinientes en el proceso, porque en este caso no hubo posibilidad de defensa, al menos antes de emitirse la orden; consecuentemente, hay quienes piensan que es irrelevante que el mandato preventivo se produzca dentro o fuera de un juicio (Reviriego, 2012)²⁷.

4.3.2. OFICIOSIDAD DE LA ORDEN PREVENTIVA

El mandato preventivo debe surgir por iniciativa propia del juez. No es compatible con esta figura la petición concreta de la demandante ni menos aún – obviamente- de la demandada, aunque la situación de peligro acreditada pudiera haber quedado de manifiesto en sus escritos postulatorios. Esto debe quedar claro, de lo contrario no hay mandato preventivo sino, en todo caso, una *acción preventiva*, amparo u otra pretensión tuitiva. El mandato preventivo tal como se viene perfilando en doctrina requiere inexistencia de petición previa.

4.3.3. INDEPENDENCIA DEL MANDATO PREVENTIVO RESPECTO DE LA PRETENSIÓN ORIGINAL DEL PROCESO

También se ha mencionado que las órdenes *extra petita* –léase los ‘mandatos preventivos’- emanadas en los casos estudiados son ontológicamente separables del decisorio en sí que le sirve de ocasión, el de “Cayo y Ticio”, que debe ser coherente y congruente con el *thema decidendum* del litigio y que puede hacer lugar o rechazar la demanda. Con esto queda de manifiesto que, si bien en el marco de una causa concreta, el mandato preventivo es complementario y escindible de aquella, pudiendo dar lugar a

²⁷ En torno a este tema, el autor se plantea lo siguiente:

Ahora bien, parece coincidir la doctrina en cuanto la emisión de mandatos preventivos se da cuando en la oportunidad de la sustanciación de un proceso surge como necesario. Y si el juez, como un ciudadano más, toma conocimiento, fuera de un proceso judicial, de una situación fáctica que tiene potencialidad para producir daños, ¿Puede actuar de oficio? Seguramente muchos pensarán que no, que excedemos el marco del derecho procesal o que arrasamos con el principio dispositivo, pero entonces ¿Por qué podría hacerlo, incluso respecto a terceros, dentro de un proceso ajeno a ellos? La respuesta permanece abierta. (Reviriego, 2012, pp. 159-160)

recursos propios. Parafraseando a Peyrano (s.f.), el mandato preventivo guarda con el proceso en el cual se imparte una relación de ocasión o si se quiere, de “excusa”, por lo que todas las actuaciones posteriores deberían seguir un trámite totalmente independiente del juicio original y ser pasibles del control y los recursos que pudiera estar en condiciones de ejercitar el destinatario de la orden respectiva.

4.3.4. OBLIGATORIEDAD DE LA DECISIÓN

Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior en cuanto a su complementariedad, se debe dejar en claro que el mandato preventivo es una orden judicial y no un mero consejo o advertencia, como tal participa de todos los caracteres propios de aquella, vale decir, si no se acata en tiempo y forma puede quedar incurso el destinatario en el delito de desobediencia, y su cumplimiento efectivo puede, en su caso, estimularse a través de la instrumentación de medios compulsorios tales como la aplicación de astreintes o el despacho de otras medidas conminatorias.

4.3.5. INDISPONIBILIDAD DEL DERECHO A PROTEGER

Los casos traídos a colación tienen, finalmente, la nota común caracterizante de que en todos ellos el mandato preventivo tiende a prevenir el inminente acaecimiento de un daño sobre un bien que no es transigible, renunciable o disponible, en otros términos, un derecho que no es exclusivamente patrimonial y privado, sino que al Estado le concierne proteger por estar comprometido el orden o interés público o por involucrar su responsabilidad internacional en virtud de compromisos asumidos (derecho a la vida, a la salud, a un medio ambiente sano, a la seguridad pública, etc.). En suma, se intenta proteger valores que son trascendentales para toda la comunidad y que encuentran su basamento nada menos que en los derechos fundamentales. Es justamente esta clase de derechos la que habilita la emisión oficiosa por parte del juez de una orden preventiva.

La prevención de daños a bienes exclusivamente privados y renunciables se podrá canalizar, en todo caso, a través de una acción preventiva u otra clase de tutela de las enunciadas *ut supra*, mas no bajo la forma de mandato preventivo oficioso.

4.4. FUNDAMENTACIÓN

4.4.1. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LOS JUECES

La reforma sustancial y adjetiva del orden jurídico argentino, que va desde la incorporación de nuevos derechos y garantías (arts. 41, 42 y 43) en la Constitución Nacional de 1994 y la consiguiente jerarquización en igual rango de ciertos tratados sobre derechos humanos que conforman, en su conjunto, el llamado “bloque de constitucionalidad” (art. 75 inc. 22), hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial que incorpora a la función preventiva de la responsabilidad, ha gravitado de manera decisiva para el desarrollo de la tutela jurisdiccional preventiva y, en particular, del mandato preventivo. La nueva jerarquización de los mencionados instrumentos internacionales obliga a los jueces del Siglo XXI a adaptar su actuar a los principios y garantías contenidas en ellos.

El mandato preventivo o cautelar humanitaria se erige en un derecho humano fundamental y por eso constituye un deber y un principio rector en la actuación y toma de decisiones de los jueces de los países que conforman la comunidad internacional. Esto se enmarca en el llamado *neoconstitucionalismo* y es la base ideológica del activismo judicial. En materia de derechos humanos, los jueces ya no deben conformarse con aplicar las leyes a rajatabla sino que deben aspirar a lograr la máxima eficiencia y realización de tales derechos.

El dictado de un mandato preventivo entonces no es hoy una mera facultad sino

un verdadero deber de los jueces, máxime porque, como se dijo *ut supra*, la tutela anticipatoria se cierce sobre derechos humanos o derechos comunes esenciales, todo ello habida cuenta de los compromisos que frente a la Comunidad Internacional asumió nuestro Estado. En este sentido y concordemente con el pensamiento de Foglia (2015) frente a la amenaza de sufrir un menoscabo en los derechos de las personas ante normas, actos o hechos provenientes ya sea tanto de los distintos poderes u órganos estatales como de particulares, surge la responsabilidad objetiva internacional del Estado parte, por desconocer principios rectores como la buena fe y principio *pacta sunt servanda* en la suscripción de los Tratados Internacionales en desmedro del *ius cogens*. En otras palabras, el juez actual debe ser un juez activista, con responsabilidad social y en este marco tiene un verdadero deber más que facultad: velar –aún oficiosamente- por la materialización de la tutela contenida en aquellos instrumentos supranacionales, so pena de hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional por su omisión.

4.4.2. LA NUEVA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

El Código de Vélez, inspirado en las ideas del liberalismo clásico propias del Siglo XIX, establecía un sistema de responsabilidad civil exclusivamente resarcitorio, es decir, se trataba de restablecer *a posteriori* mediante una indemnización, la situación anterior al momento de producirse el hecho dañoso. Este sistema se mantuvo incluso luego de la reforma de la ley 17.711, aunque se avanzó un paso instaurando en primer lugar la reparación en especie y luego el equivalente en dinero según el art. 1083 Código Civil (Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S., 2015).

En el ordenamiento jurídico argentino desde hace unos años se viene experimentando un verdadero cambio de paradigma donde la prevención pasa a ser la regla de oro y el resarcimiento cumple una función secundaria. Este cambio comenzó,

naturalmente, en jurisprudencia y doctrina, pero actualmente cuenta con reconocimiento legislativo en la nueva legislación privada. No es azaroso que la propia metodología del Código así lo indique. Nótese que en el Capítulo de la Responsabilidad Civil²⁸ se ubica primeramente la sección de la función preventiva de ésta y luego la resarcitoria. Confirmando lo dicho anteriormente, el artículo 1708 establece que “*Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación*”.

A continuación, pasando estrictamente a lo que nos ocupa, el artículo 1710 establece el deber de toda persona, *en cuanto de ella dependa*, de evitar causar un daño no justificado, de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud y de no agravar el daño, si ya se produjo. Se advierte que dispone un verdadero imperativo jurídico por cuanto dice “debe”, y además se dirige a “toda persona”, concepto que sin dudas hay que analizar en cada caso, no obstante, la pregunta es: ¿están comprendidos los jueces dentro de los destinatarios del deber de adoptar estas medidas de prevención? Entendemos que no; la norma se dirige a los particulares; en otras palabras, nos cuesta incluir a los jueces en este artículo al menos desde el punto de vista de su responsabilidad civil, esto es, su omisión de tomar medidas no debe ser causal de la obligación de resarcir los daños que se produzcan. Sin embargo lo importante aquí es el espíritu de la norma, lo que coloca a los jueces sino en un imperativo jurídico, al menos en un deber “moral” si se quiere llamar de alguna manera, por razones de humanidad, de tomar todas las medidas que estén a su alcance para evitar la producción o agravación de un daño cuando “de él dependa” y a cuyo conocimiento llega dentro de

²⁸ Libro Tercero “Derechos Personales”, Título V “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo 1 “Responsabilidad civil”, Sección 2^a “Función preventiva y punición excesiva” y Sección 3^a “Función resarcitoria”.

su “esfera de actuación”, esto es, el proceso.

4.5. LA CUESTIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

Una discusión pendiente es la cuestión de la afectación a la garantía constitucional del derecho de defensa, sobre todo cuando los destinatarios del mandato son terceros ajenos a la controversia, distintos de las partes intervinientes.

Cuando la destinataria de la orden es la propia demandada y existe alguna relación entre el mandato preventivo y el *thema decidendum*, parece difícil hacer lugar a este planteo porque, en mayor o menor medida, aquella habrá tenido la oportunidad razonable y suficiente de presentar las pruebas que desvirtúen los hechos afirmados por la accionante como fundamentos de su pretensión. En cambio no es tan fácil cuando, aunque entre los mismos sujetos procesales, la potencialidad dañosa que intenta neutralizar el mandato provenga de una fuente extraña al *thema decidendum*, sobre la cual no hubo actividad probatoria plena; ni hablar si el destinatario de la orden es un tercero que ni siquiera tuvo la posibilidad de participar del debate procesal.

Nos adscribimos a la postura que niega afectación al derecho de defensa. Ello es así porque, como dejamos evidenciado *ut supra*, el mandato preventivo no se agota en sí mismo sino que merced a su independencia del decisorio al que complementa, existe la posibilidad de actuaciones posteriores –un juicio de conocimiento, por ejemplo- donde el destinatario de la orden oficiosa tenga oportunidad razonable y suficiente de ofrecer y producir las pruebas que hagan a su derecho. Sería una solución similar a la de las medidas cautelares que en un principio tramitan *inaudita parte* y luego se bilateralizan y controvierten plenamente; una solución distinta, esto es, la impresión de un trámite contencioso *ab initio*, podría atentar contra la eficacia de la medida tomada y tornar

ilusoria la posibilidad de evitar el acaecimiento del evento dañoso en cuestión. En disidencia con lo dicho en último término, cierta doctrina propugna que el tercero sea citado al proceso, salvo casos extremadamente urgentes (Reviriego, 2012).

4.6. LA INFLEXIÓN DEL SISTEMA PROCESAL DISPOSITIVO

El mandato preventivo, como se dijo, afecta directamente al sistema procesal dispositivo por poner en jaque a dos de sus desprendimientos, el principio de congruencia –delimitación del *thema decidendum*- y la legitimación procesal – iniciativa-. La pregunta entonces es ¿no obstante dicha afectación, es válido? Entendemos que sí, porque cuando están en juego derechos de los enunciados *ut supra* – derechos humanos o comunes esenciales- las normas instrumentales deben flexibilizarse para dar paso a la tutela protectoria preventiva de la cual el mandato preventivo es una especie, es decir, es el marco procesal el que debe ceder para la protección del derecho material amenazado y no al revés, supeditando la tuición a los moldes procesales, so pena de incurrir en responsabilidad internacional, como también se puso de manifiesto precedentemente. En torno a esta cuestión, Foglia (2015) se expide en los siguientes términos textuales:

El proceso judicial debe, en respuesta a este confieso paradigma protectorio, mutar en redefiniciones, en particular cuando hay posibles lesiones a derechos humanos esenciales, siendo que la dificultad en acceder a la justicia y la duración de los pleitos puede derivar en daños irreparables a quien tiene razón para clamar por justicia, en los estrados tribunalicios. (párr. 26)

En similar sentido, al perfilar el principio de congruencia, Midón y Midón (2008) expresan que este se refiere a

el juez no puede válidamente decidir sobre puntos que no han sido objeto de litigio, no

conceder más de lo reclamado ni dejar de juzgar sobre alguna de las cuestiones litigiosas fundamentales, vale decir: no debe juzgar, respectivamente, *extra, ultra o citra petita*. Corresponde advertir, sin embargo, que el juez posee potestad para proceder aún de oficio en la consideración de cuestiones en las que estén comprometidos intereses públicos, siendo altamente ilustrativo al respecto el denominado “*mandato preventivo o de seguridad*”. (p. 41)

Además de las razones esgrimidas precedentemente, es dable mencionar que la posibilidad de soslayar al principio de congruencia y la legitimación procesal se compadece también con las nuevas ideas sobre tutela judicial efectiva, que acentúa el perfil del juez como activista de la justicia y no un mero espectador estático de la actividad de las partes. En este sentido se ha dicho que

Ya no puede permanecer él [juez] casi extraño al proceso, como un pasivo espectador de la contienda de las partes. Al contrario, debe ser un protagonista activo para satisfacer, desde luego con respeto de las garantías de la defensa en juicio, las exigencias de los tiempos al sistema de tutela jurisdiccional del Estado. (Midón y Midón, 2008, p. 39)

5. CONCLUSIONES

La jurisdicción preventiva encuentra su principal basamento en el concepto de tutela judicial efectiva o acceso a la justicia, *aggiornado* con la particularidad de las exigencias propias de la sociedad actual. Hoy, además del derecho de acción, de recurso, de obtención de una sentencia oportuna y motivada y de ejecución de ésta, los justiciables reclaman a los jueces un paso más: la previsión y anticipación a los eventos dañosos antes que su resarcimiento, en otras palabras, la gente aun implícitamente exige a la judicatura que las soluciones lleguen antes que los problemas. Además, con la

reforma constitucional de 1994 y la consecuente jerarquización de los instrumentos internacionales de derechos humanos se ha enfatizado aún más en la necesidad de que se tomen medidas de protección a las garantías fundamentales amenazadas antes que ocurra el evento dañoso, lo que ha dado un marco propicio para el surgimiento y desarrollo de esta idea de tutela jurisdiccional preventiva.

Esto es coherente también con el cambio de paradigma en materia de derecho de daños, desde el Código de Vélez que ordenaba la reparación en dinero, pasando por la reforma de la Ley 17.711 que introdujo la reparación en especie para culminar luego en la novísima legislación privada argentina, que consagra en primer lugar la función preventiva de la responsabilidad civil –regulando en particular a la acción preventiva- y recién luego la resarcitoria.

En contra de la jurisdicción preventiva y acorde con el pensamiento tradicional conservador, se dijo que los jueces que emiten estas sentencias invaden facultades propias del Poder Ejecutivo, a quien incumbe *a priori* la prevención de los daños, reservando al Poder Judicial su reparación, restablecimiento o indemnización *a posteriori*. Sin embargo, ha quedado demostrado que cuando el acto u omisión con potencialidad dañosa o contraria a derecho proviene de una autoridad pública –las más de las veces- es difícil que sea la propia Administración quien voluntariamente cese en su conducta, se requiere un tercero imparcial que se lo ordene –que es el juez-; por otra parte, cuando la peligrosidad que se intenta evitar proviene de particulares, juega en contra la debilitación de las esferas de actuación administrativa en las naciones iberoamericanas en las últimas décadas, lo que también constituye un hecho notorio conforme la doctrina citada en este trabajo y una vez más justifica el accionar judicial preventivo.

SISTEMA PROCESAL DISPOSITIVO Y MANDATO PREVENTIVO

Con relación a la afectación del derecho de defensa, principalmente en los casos en que el mandato preventivo no tiene íntima relación con el *thema decidendum* o se dirige a terceras personas, esto es, en situaciones donde existió escasa o nula posibilidad de alegación y de prueba por parte del destinatario de la orden –previo al dictado de la misma-, debe quedar claro que la independencia de ésta respecto del decisorio que resuelve la litis, permite que esa cuestión pueda controvertirse ampliamente en un proceso posterior y de esta forma quede a salvo el ejercicio de la mencionada garantía constitucional.

Las clásicas manifestaciones del sistema o tipo procesal dispositivo –esto es, el principio de congruencia y la legitimación procesal-, así como el valor seguridad jurídica deben ceder y flexibilizarse cuando estamos en presencia de una cautelar humanitaria o mandato preventivo, por cuanto lo que la orden oficiosa intenta es anular el riesgo de daño que se cierne sobre un derecho humano fundamental cuya violación atenta contra compromisos asumidos internacionalmente; dicho esto, huelga cualquier otra excusa.

En última instancia debe entenderse al mandato preventivo como parte de un proceso evolutivo jurídico-ideológico complejo que ya no tiene vuelta atrás porque se compadece con el nuevo perfil del juez como guardián del interés público y dador de paz social, actividad que por lo excelsa trasciende la voluntad de los particulares y el principio dispositivo haciendo del servicio de justicia, en consecuencia, una actividad más humana y sensible a los requerimientos de la sociedad.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alvarado Velloso, A. (s.f.). *Teoría General del Proceso – Lección 5*. Academia Virtual

- Iberoamericana de Derecho y de Altos Estudios Judiciales. Recuperado de <https://manuelriera.files.wordpress.com/2010/11/leccion-5-los-sistemas-procesales.pdf>
- Chiovenda, J. (1922). *Principios de Derecho Procesal Civil* (Tomo 1). Madrid: Reus.
- Esperanza, S. (s.f.). *El mandato preventivo complementario*. Recuperado de <http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/publicaciones-juridicas/pdf/2015/EL-MANDATO-PREVENTIVO-COMPLEMENTARIO.-Esperanza.pdf?iframe=true&width=95%&height=95%>
- Foglia, R. (2015). Jurisdicción preventiva en materia de derechos humanos. En A. Islas Colin y A. Martínez Lazcano (Coords.), *Derechos Humanos: Protección jurisdiccional y no jurisdiccional en los sistemas nacional e interamericano*. Villahermosa: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Recuperado de <http://www.primerainstancia.com.mx/articulos/jurisdiccion-preventiva-en-materia-de-derechos-humanos/>
- Herrera, M., Caramelo, G. y Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo 4). Buenos Aires: Infojus.
- Midón, G. E. de y Midón, M. S. (2008). *Manual de Derecho Procesal Civil* (1ª ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Palacio, L. E. (2003). *Manual de Derecho Procesal Civil* (17ª ed. act.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Peyrano, J. W. (s.f.). *La acción preventiva*. Recuperado de www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artaccionpreventiva
- Peyrano, J. W. (1991, noviembre 29). El “mandato” preventivo. *La Ley*, 91-E, 1276.

Peyrano, J. W. (1997). *Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial* (2ª ed.). Rosario: Zeus.

Peyrano, J. W., (2008). *Problemas y soluciones procesales*. Rosario: Editorial Juris.

Reviriego, J. A. (2012). La tutela preventiva y la acción preventiva en el Derecho Argentino. *Ars Boni Et Aequi*, 8(1), 135-170.

CURRÍCULUM VITAE

Abogado (U.N.N.E.). Procurador (U.N.N.E.). Escribano Público Nacional (U.N.N.E.). Diplomado en Dirección del Servicio Nacional de Facilitadores Judiciales (U.C.P.). Juez de Paz de Berón de Astrada -Corrientes-. Ex docente adscripto de las asignaturas “Derecho Comercial I° Curso” en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas y “Nociones Introdutorias de Derecho” en la Carrera de Licenciatura en Relaciones Laborales de la Facultad de Ciencias Económicas, ambas de la U.N.N.E. Ex Integrante de Proyecto de Investigación Acreditado en calidad de Personal de Apoyo y ex Becario de Iniciación de la Secretaría General de Ciencia y Técnica de la U.N.N.E.

Correo electrónico: drledesma87@hotmail.com