

Función Preventiva del Derecho de Daños: Implicancias Sustanciales y Procesales

Por Matías Machado¹

Sumario: I.- Introducción. II.- Funciones del Derecho de Daños. Función Preventiva de la responsabilidad Civil. Tratamiento General. II.1.-La Función Resarcitoria. II.2.- La Función Sancionatoria. II.3.- La Función preventiva III.- La regulación de la función preventiva en el derecho argentino. III.1.- Tutela sustancial inhibitoria. III.1.A.- La Constitución Nacional III.1.B.- La Ley General del Ambiente. III.1.C.- La ley de Defensa del Consumidor III.1.D.- El régimen legal de la propiedad intelectual. III.1.E.- El Código Civil y Comercial. III.1.E.a.- El deber de prevención. III.1.E.b.- La acción preventiva. III.1.E.c.- Los legitimados activos. III.1.E.d.- La sentencia. III.1.E.e.- Conclusión parcial III.1.E.f.- Otras disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación III.2.- Tutela procesal inhibitoria. IV.- La actuación oficiosa del juez IV.1.A.- Daños a la integridad psicofísica. IV.1.B.- Prevención de daños al ambiente IV.1.C.- Daños derivados de la lesión a la intimidad, el honor y la imagen: la censura previa y la prevención de daños IV.1.D.- Daños causados en el marco de una relación contractual IV.2.- Intervención de oficio por parte del magistrado en el trámite del proceso. V.- Conclusión. VI.- Bibliografía.

Resumen: La función preventiva del derecho de daños se encuentra plenamente reconocida en nuestra Constitución, en el Código Civil y Comercial de la Nación y en diversas leyes especiales. La pretensión preventiva debe ser ejercida de acuerdo a los requisitos previstos en las leyes vigentes, a través de las vías procesales reconocidas en las normas de carácter adjetivo de cada jurisdicción. El juez tiene permitido actuar de oficio a los fines de evitar la producción de daños o la posibilidad de su agravamiento. Pero la extensión de esta posibilidad de actuar se encuentra determinada por el tipo de perjuicio que se busca prevenir, ya que, de acuerdo al bien jurídico que se busca proteger, sus facultades podrían verse ampliadas o restringidas.

¹ Abogado (UNC). Magister en Derecho Civil Patrimonial Escribano (Siglo 21). Profesor de Derecho Privado VII (Daños) en la Universidad Nacional de Córdoba

Palabras clave: Funciones del derecho de daños – función preventiva – tutela procesal y sustancial

Keywords: Tort law functions – preventive function – procedural and substantial protection

Abstract: The preventive function of the tort law is fully recognized in our Constitution, in the Civil and Commercial Code of the Nation and in various special laws. The preventive claim must be exercised in accordance with the requirements set forth in the laws, through the procedural channels recognized in the procedural rules of each jurisdiction. The judge is allowed to act *ex officio* in order to avoid the production of damages or the possibility of their aggravation. The extent of this possibility of acting is determined by the type of damage that is sought to be prevented, since, according to the legal asset that seeks to protect, its powers could be expanded or restricted.

I.- Introducción

En el presente trabajo, se propone un análisis de la función preventiva del derecho de daños en sus diferentes facetas.

A tales fines, comenzaremos con un examen general de dicha función determinando: concepto, caracteres y requisitos, para luego proceder a su estudio en el marco del sistema jurídico argentino.

Posteriormente pondremos énfasis en las facultades otorgadas a los jueces para actuar de oficio, aun en los casos en los que no haya sido solicitado por las partes, con la finalidad de evitar la producción de perjuicios futuros, disminuir su magnitud o impedir el agravamiento de los ya acontecidos.

Luego, se procederá a determinar cuáles son los requisitos de actuación que exige la normativa vigente, en que supuestos los magistrados podrán intervenir y las particularidades que se pueden suscitar al aplicar esta facultad, de acuerdo a cuál sea el derecho afectado en cada caso particular.

Seguidamente, estableceremos en qué tipo de procesos y en qué momento de los mismos se podrá disponer de oficio obligaciones de dar, hacer, o no hacer, con el objeto de tornar operativo el mandato preventivo reconocido en las normas a las que se alude.

Finalmente, nos ubicaremos en el marco del Código Procesal Civil y Comercial de la nación, con el objeto de observar si existen normas en este cuerpo normativo que puedan facilitar la aplicación oficiosa de la función del derecho de daños bajo análisis. Cabe destacar, que a pesar de que este Código tiene un carácter netamente dispositivo y garantista se pueden observar determinadas disposiciones dentro de su plexo normativo que pueden ser de utilidad en estos casos.

II.- Funciones del derecho de daños. Función preventiva. tratamiento general

El derecho de daños puede ser abordado a través de tres funciones reconocidas por la mayoría de la doctrina argentina. Ellas son:

II.1.- La Función Resarcitoria: por medio de la cual se busca reparar los perjuicios injustamente causados por su autor y volver a poner a la víctima, dentro de lo posible, en la situación en la que se encontraba antes de la producción del hecho dañoso. Así, se le reconoce a los legitimados activos la posibilidad de reclamar un pago en especie o una indemnización por equivalente pecuniario, aclarando que, en la mayoría de los casos de daños extrapatrimoniales sufridos por la víctima, la indemnización tendrá un carácter meramente satisfactivo. En otras palabras, la

responsabilidad resarcitoria nace por el daño causado o por el daño no evitado e implica una obligación de repararlo, en dinero o en especie².

Esta función encuentra su fundamento en el principio de reparación plena o integral y en el principio de no dañar a otro, reconocidos en el art. 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) y 19 de la Constitución Nacional (CN), al igual que en la Jurisprudencia de la Corte suprema en fallos como “Santa Coloma”, “Gunther”, “Lujan”, “Aquino” y “Ontiveros”³, entre otros.

Los presupuestos necesarios para que exista responsabilidad Civil son: el daño, la antijuridicidad, la relación de causalidad y el factor de atribución.

La extensión del deber de reparar, que surge de los presupuestos anteriormente citados, se encuentra limitada por el régimen predeterminado de imputación de consecuencias fijado en el ordenamiento jurídico. Se resarcen las consecuencias que tengan relación causal adecuada con el hecho dañoso, tomando en cuenta una idea de causalidad, no material, sino jurídica.

II.2.- La Función Sancionatoria: como su nombre lo indica se trata de multas o sanciones que se imponen al autor del daño, con total independencia de la indemnización que le correspondería abonar por los daños causados, a través de las cuales se intenta castigar graves inconductas, dismantelar los efectos lucrativos del ilícito y prevenir la causación de daños futuros desalentando conductas orientadas a ocasionarlos.

Existen diversos institutos- tales como la cláusula penal o las sanciones conminatorias- a los que se les ha asignado el carácter de sanciones aquí analizado, dentro de los cuales cabe destacar a los daños punitivos, que “...*sólo proceden en supuestos de particular gravedad: a) calificados por grave menosprecio a los intereses ajenos. b) obtención de enriquecimiento indebido derivado del ilícito. c) por abuso de la posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva en materia de consumo.*”⁴.

Se trata de “...una condenación adicional a la estrictamente resarcitoria, que se impone al dañador con carácter esencialmente sancionatorio y disuasivo, autónoma de la indemnización, cuya cuantificación y destino debe resultar de la ley, respetando los principios de razonabilidad y legalidad, y que rige en caso de daños graves causados con culpa grave o dolo”⁵.

Asimismo, cabe aclarar que este instituto solo es aplicable en el marco de las relaciones de consumo, conforme lo dispuesto en el art. 52 bis. de la ley 24.240.

² ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Actuaciones por daños”, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2004, p. 43.

³ CSJN, “Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos”, 05/08/1986 Fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV- 625, CSJN, “Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina.”, 05/08/1986, Fallos 308: 1118 y JA, 1987-IV- 653. CSJN, “Luján, Honorio Juan c/ Nación Argentina.”, 05/08/1986, Fallos 308: 1109, CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 21/09/2004, Fallos: 327:3753 y CSJN, “Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente - inc. y cas.”, 10/08/2017.

⁴ Despacho unánime de la Comisión 4: derecho de daños en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en 2017 en la ciudad de la plata.

⁵ GALDÓS, Jorge M. - BLANCO, Gustavo H. - VENIER, María Eugenia, “Otra vez sobre los daños punitivos”, La ley online, cita online AR/DOC/4243/2016.

II.3.- La Función preventiva: en sus comienzos, el derecho de daños ponía énfasis pura y exclusivamente en la reparación de los perjuicios, cuestión que ha ido mutando a lo largo de los años por una enorme expansión de un sinnúmero de actividades riesgosas que traen aparejadas mayores posibilidades de causación de perjuicios. En la actualidad se toma en consideración el hecho de que, si se produce un daño, esta situación importa una pérdida irremediable para la sociedad en su conjunto de valores de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial; situación que asume un mayor grado de relevancia cuando en casos en los cuales la reparación del derecho lesionado se torna dificultosa o, lisa y llanamente, imposible, como es el caso de los daños al ambiente o la integridad psicofísica⁶.

Como consecuencia de ello, desde hace ya algunos años -incluso con anterioridad a su reconocimiento específico en el CCCN - la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país comenzó a otorgar una mayor importancia a esta función, que en esencia, consiste en evitar la producción de perjuicios no justificados, o llegado el caso, evitar su agravamiento, al imponer al posible dañador la obligación de cesar con actividades potencialmente lesivas o, en su caso, haciéndolo adoptar las medidas necesarias a los fines de salvaguardar los derechos e intereses de terceros.

Una postura coincidente con la que manifestamos ha sido sostenida por Zavala de González que ha exteriorizado que *"...La visión tradicional era escéptica y de algún modo facilista: estudio sobre daños y modos de repararlos, mediante impecables elaboraciones. La actitud moderna es más ambiciosa y aproximada a un ideal de justicia realista. La eficiencia arranca de una actitud optimista, no ingenua sino esforzada: hacer todo lo posible para que los daños no ocurran. Cambian las reglas del juego: la de 'contamino y pago, porque igualmente gano', ha sido reemplazada por una prohibición rotunda: 'no contamine'"*⁷. Asimismo, se ha expresado que *"...frente a la aparición de nuevas formas de daños, muchas de ellas masivas y que afectan derechos esenciales de la persona humana, esta función preventiva del derecho de daños cobra importancia fundamental, y de ahí que sea positivo su incorporación en un código de fondo. Y tal función aumenta su importancia en aquellos sectores en que la reparación in natura es inviable, tales como los daños al medio ambiente o a los derechos de la personalidad."*⁸

Debemos destacar que este deber de prevención es impuesto tanto a los particulares como a los magistrados de manera específica, por lo que, en los casos en los que sea posible, deberán adoptar todas las medidas tendientes a impedir la producción, propagación y agravamiento de daños que sean objetivamente previsibles.

Asimismo, es importante aclarar que esta función encuentra su fundamento en el principio *alterun non laedere*, reconocido en el art. 19 de la Constitución Nacional, por medio del cual, se puede inferir el deber de prevención que pesa sobre toda persona. Es decir, que no encuentra reconocimiento expreso solo en el ámbito del derecho privado, sino que sus efectos se propagan a otras ramas del derecho, como por ejemplo el derecho público o el derecho ambiental.

⁶ AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SANCHEZ HERRERO, Andrés (Dir), "Tratado de Derecho Civil y Comercial: Responsabilidad Civil", Bs. As., Ed. La Ley, 2016. T.III, p. 451/452.

⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "El derecho de daños", Zeus Córdoba, t. 4, 2004, p. 230 y ss.

⁸ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función preventiva de la responsabilidad civil", LA LEY2015-C, 726.

Siguiendo a Pizarro y Vallespinos, podemos decir que existen dos formas de prevención⁹:

Prevención de carácter general: que opera por medio de mecanismos de disuasión a través de los cuales, a los fines de evitar la producción de un daño, se realiza una amenaza efectiva de una consecuencia legal en caso de que el perjuicio se efectivice. Un claro ejemplo de este tipo de prevención son las sanciones pecuniarias disuasivas o daños punitivos regulados en el art. 52 bis. de la ley 24.240.

Prevención de carácter específico: que se realiza mediante la imposición a determinados sujetos de deberes especiales, a los fines de controlar o aminorar la actividad por ellos desplegada, adoptando mecanismos para impedir la consumación del daño o detener los efectos de la acción dañosa ya iniciada.

En la actualidad la función preventiva del derecho de daños encuentra amplia aceptación, tanto en su aspecto formal como sustancial, en el ordenamiento Jurídico argentino que regula de manera específica los mecanismos para su correcta aplicación. Sin embargo, corresponderá implementar este instituto conforme los principios de razonabilidad y buena fe, tomando en cuenta que, en algunos casos, su utilización podría llegar a afectar de manera excesiva derechos y libertades del potencial dañador, que, en muchos casos, tendrán reconocimiento expreso en nuestra Constitución Nacional y en tratados internacionales de derechos humanos.

III.- La regulación de la función preventiva en el derecho argentino

Existen numerosos instrumentos en nuestro ordenamiento jurídico por medio de los cuales se aplica de manera efectiva del principio de prevención y se efectiviza la tutela inhibitoria, tanto de carácter sustancial como procesal.

Resulta importante destacar, que con anterioridad a la sanción del CCCN, este principio se encontraba reconocido, de manera directa o indirecta, en otros dispositivos legales y en el mismo Código Civil derogado, por lo que fue aplicado en numerosas oportunidades en los tribunales de nuestro país.

III.1.- Tutela sustancial inhibitoria

Es aquella que, a través de disposiciones legales de carácter sustancial o de fondo, *"...tiene por objeto directo la prevención mediante una orden judicial, para impedir que se cause el daño (en caso de amenaza de lesión) o bien, para que cese su producción (si la actividad ofensiva ya se ha iniciado y es previsible su continuación o reiteración). Inhibir equivale entonces a prohibir, suspender, estorbar, hacer cesar o paralizar el factor detonante de una lesión actual o futura"*¹⁰.

A continuación, realizaremos un breve análisis de las principales normas que dan sustento a una teoría de la tutela sustancial inhibitoria.

III.1.A.- La Constitución Nacional

El art. 43 de nuestra Constitución permite interponer acción de amparo contra todo acto u omisión de particulares o del estado que lesione, restrinja altere o amenace,

⁹ PIZARRO, Ramon D. y VALLESPINOS, Carlos G., "Tratado de Responsabilidad Civil", Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, , 2017. T.I, p. 809 y sig. Conf. ACCIARRI Hugo A. en "Funciones del derecho de daños y de prevención" LA LEY 2013-A, 717.

¹⁰ CALVO COSTA, Carlos A., "La prevención: la otra cara de la responsabilidad civil (¿o del Derecho de daños?)" RCyS2018-III, 20 conf. ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "La tutela inhibitoria contra daños", RCyS, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 1.

con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos o garantías reconocidos en nuestra carta magna. Como se puede observar, conforme el artículo citado, se permite el ejercicio de esta acción ante la mera posibilidad de que se cause un daño que pueda afectar derechos constitucionales, sin que sea necesario que este perjuicio se haya efectivizado.

El art. 42 de la CN regula el derecho de todos los habitantes de la nación a gozar de un ambiente sano y equilibrado. Asimismo, establece el deber de preservarlo y la obligación de no comprometer las necesidades de las generaciones futuras.

Por otro lado, el art. 41 de la normativa citada regula la protección de los derechos de los consumidores - entre los que se destaca la salud y la seguridad de estos últimos - y establece que la legislación instaurará procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos.

El principio de prevención del daño se puede extraer de los artículos analizados con anterioridad y del artículo 19 de la Constitución Nacional, dado que, si existe un deber de no dañar a otro, lógicamente existirá el deber de hacer cesar las amenazas de daño existentes que sean contrarias al ordenamiento jurídico integralmente considerado.

III.1.B.- La Ley General del Ambiente

El artículo 2 de esta ley establece entre sus objetivos en el inc. g) *“Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo;”*. A su vez dispone en el inc. k) del artículo citado que corresponderá *“Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales...”*. De la misma forma, en su artículo 4 se consagra el principio de prevención en los siguientes términos: *“Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”*. Pero esta norma va más allá aún ya que, de la misma forma, reconoce el principio precautorio, en relación al cual dispone que: *“Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.”*

Al analizarlo, podemos observar que *“Este principio ordena tomar todas las medidas que permitan, con base en un costo económico y social aceptable, detectar y evaluar el riesgo, reducirlo a un nivel aceptable y si es posible, eliminarlo. Al mismo tiempo, el principio de precaución obliga a informar a las personas implicadas acerca del riesgo y de tener en cuenta sus sugerencias acerca de las medidas a adoptar. Este dispositivo de precaución debe ser proporcionado a la gravedad del riesgo y debe ser en todo momento reversible.”*¹¹. A ello corresponde agregar que, la *“...aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener*

¹¹ CAFFERATTA, Néstor A., “Prueba y nexo de causalidad en el daño ambiental en 6° Encuentro Internacional de Derecho Ambiental”, Memorias 2007, México, Foro Consultivo Científico y Tecnológico, 2008, p. 78.

*el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras*¹²

Cabe aclarar, que la ley general del ambiente en su art. 30 otorga a los particulares una amplia legitimación para solicitar la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo. Asimismo, en su art. 32 se dispone que *“En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse...”* y aclara que el juez *“...podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.”*

El sistema de prevención de la ley ambiental es aún más generoso que el de los arts. 1711 a 1713 del CCC, tanto en lo que respecta a la legitimación para accionar (que no requiere ni siquiera evaluar la razonabilidad del interés alegado) como al principio precautorio, propio del ámbito ambiental y que no encuentra un equivalente en el CCC¹³.

En suma, se le otorga una enorme importancia a la prevención de daños en materia ambiental de manera totalmente acertada, ya que en muchos casos los detrimentos causados pueden llegar a ser de una difícil o imposible reparación. De esta manera y en conjunción con el principio de desarrollo sostenible, se deberá garantizar la existencia de un ambiente sano y equilibrado, conforme lo dispuesto en el art. 41 de la constitución.

III.1.C.- La ley de Defensa del Consumidor

El artículo 52 de la ley 24.240 establece que los consumidores y usuarios podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses se vean afectados o amenazados. Asimismo, el art. 55 de esta ley otorga legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios en el caso en que resulten objetivamente afectados o amenazados sus intereses.

Como se puede observar, al utilizar el término “amenazado”, se otorga legitimación para accionar con anterioridad a que el daño haya ocurrido a los fines de evitar su causación en el marco de las relaciones de consumo.

Del mismo modo, podemos decir que la Ley 24.240 busca la prevención de daños que potencialmente podrían ser causados a consumidores y usuarios, imponiendo la obligación de cumplimentar determinadas conductas obligatorias con los proveedores, productores, distribuidores y quienes intervienen en la cadena de intermediación y producción de bienes y servicios.¹⁴

III.1.D.- El régimen legal de la propiedad intelectual

La ley 11.723 en su artículo 79 establece que los jueces podrán disponer preventivamente la suspensión de los espectáculos contemplados en dicha normativa, el embargo de las obras denunciadas y del producto que se haya percibido. De la misma manera, les otorga a los magistrados amplias facultades para adoptar toda medida que sirva para la protección de los derechos amparados en esa ley.

¹² CSJN, 26/03/2009, “Salas, Dino y otro c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional”.

¹³ PICASSO, Sebastián y SAENZ, Luis R. J. “Tratado de Derecho de Daños”, Ed. La Ley, Bs. As, 2019, T.I, p. 138.

¹⁴ MONJO, Sebastián y ARGANARAZ, Mariángel en Dir. MARQUEZ, José Fernando, “Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015. T.I, p. 34.

III.1.E.- El Código Civil y Comercial

Más allá de que la función preventiva del derecho de daños fue reconocida por numerosos autores, no se encontraba regulada de manera expresa en el Código de Vélez Sarsfield. Esto cambió con la sanción del CCCN que la incorporó en los arts. 1710 a 1713 de dicho cuerpo normativo.

III.1.E.a.- El deber de prevención

EL artículo 1710 dispone: *“Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.”*

El deber de prevención establecido en este artículo está dirigido a toda persona, tanto particulares como el estado. Coincidimos con Pizarro y Vallespinos al afirmar que no resultaría razonable adoptar una solución contraria en virtud de lo dispuesto en los arts. 1764 y 1765 del CCCN, dado que el deber de prevención que se le impone a un particular nunca podría ser superior al que en las mismas circunstancias le correspondería al Estado. Por tanto, si esta norma no se le aplica de manera directa al Estado, todavía subsiste la posibilidad de imponerle este deber de prevención de manera analógica¹⁵.

Esta disposición resulta aplicable no solo a los potenciales dañadores sino también, como veremos a continuación, a quienes se encuentren en condiciones de evitar la causación del perjuicio o de mitigar su magnitud.

Ahora bien, cabe aclarar que cuando este artículo impone el deber de prevenir a toda persona agrega una limitación a esta obligación, ya que, añade la frase “en cuanto de ella dependa”. Esta afirmación nos lleva a pensar que solo se le podrá exigir esta conducta a los potenciales dañadores y a aquellos terceros que, razonablemente, de acuerdo a los parámetros del principio de buena fe y conforme a las circunstancias del caso tengan la posibilidad de evitar la producción del menoscabo o detrimento, dentro de su esfera de actuación.

Se consagra el deber general de adoptar las conductas positivas o de abstención conducentes a impedir o producir el agravamiento del daño. Se debe realizar una valoración desde la relación causal de acuerdo a un criterio objetivo y abstracto, acerca de la posibilidad del daño y su evitación que, necesariamente, luego debe atender a las circunstancias de persona tiempo y lugar, que deben ser apreciadas en concreto¹⁶.

El deber de intervenir debe ser calibrado conforme el principio de libertad, ponderando el riesgo que supondría actuar según las circunstancias del caso, es decir, *“... se impide que se puedan exigir a los legitimados pasivos, conductas sobrehumanas o heroicas para prevenir el daño o su agravamiento, o que se obligue*

¹⁵ PIZARRO, y VALLESPINOS, (n.6) p. 824 y PIZARRO, Ramon D., “Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales”, LA LEY SJA 20/09/2017, 39.

¹⁶ GALDOS, Jorge Mario. “La Responsabilidad Civil, Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencia: arts. 1708 a 1780 CCCN”, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2021, T.I., p. 223.

*a alguien a realizar actos de abnegación o altruismo que pongan en riesgo su vida o salud*¹⁷.

Este artículo impone tres tipos de conducta:

En su inc. a. establece el deber de evitar todo daño que no esté justificado. Este supuesto debe ser interpretado conforme lo dispuesto en los arts. 1717 y 1718 del CCCN. Con esto queremos decir que se debe evitar causar todo daño que provenga de una conducta positiva u omisiva que sea antijurídica, es decir, contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado. Estaríamos por tanto frente a una antijuridicidad material. Cabe aclarar, sin embargo, que el despacho mayoritario de la comisión número cuatro de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil optó por un criterio diferente y realizó una distinción según el ámbito de responsabilidad del cual pudiera tratarse.¹⁸

El Inc. b impone el deber de adoptar las medidas razonables conforme el principio de buena fe y de acuerdo a las circunstancias del caso, a los fines de evitar que se cause un daño o disminuir su magnitud. Pizarro y Vallespinos afirman que lo dispuesto en este inciso está orientado a *“...situaciones de peligro o agravación de daño originadas en la acción u omisión de terceros extraños o, inclusive, fortuitas”* y sostienen que este deber de prevención solo deberá ser impuesto a terceros en los casos en los que exista una norma que imponga un deber determinado de actuar o en los que pueda configurarse un abuso de derecho si el agente se abstiene de actuar.¹⁹

Por último, el inc. c se refiere al supuesto en el cual el daño ya se ha producido y está orientado a evitar que este perjuicio se agrave, imponiendo el deber de adoptar conductas tendientes a disminuir su magnitud o entidad cualitativa como también destinadas a evitar su continuación, extensión o prolongación²⁰. Esta disposición está dirigida tanto a quien causó el daño como a la propia víctima que podría permitir que el menoscabo producido se agrave para reclamar un resarcimiento mayor.

III.1.E.b.- La acción preventiva

Por otro lado, el art. 1711 del CCCN establece que: *“La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.”*

La pretensión preventiva regulada en este artículo debe ser encausada por uno de los medios procesales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, como ser el amparo, las medidas autosatisfactivas, las medidas cautelares o, incluso, como pretensión principal en el marco de un proceso de conocimiento.

¹⁷ CALVO COSTA (n.7), conf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", t. I, p. 186; OSSOLA, Federico, "Responsabilidad civil" en RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.), Derecho Civil y Comercial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 175; y PIZARRO, Ramón D., "Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales", JA 2017-III, 20/09/2017, número especial por las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, p. 50.

¹⁸ Despacho aprobado por mayoría de la Comisión 4: derecho de daños en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en 2017 en la ciudad de la plata: "La antijuridicidad a la que alude el art. 1711 del CCCN, debe ser aprehendida, según el ámbito como: a) En un sentido material, en lo extracontractual. b) En un sentido formal, en lo contractual."

¹⁹ PIZARRO y VALLESPINOS, (n.6) p. 829/830.

²⁰ MONJO y ARGANARAZ, (n.9) p. 50.

Dado que no se encuentra determinada de manera específica en este artículo cual sería la vía procesal más idónea, en los casos en los que no se encuentren cumplimentados los presupuestos que permitan tramitar esta pretensión, por los caminos mencionados en el párrafo anterior, consideramos que deberá ser viabilizada en el marco del proceso conocimiento más abreviado posible (volveremos sobre esta cuestión más adelante)²¹.

Asimismo, nada impide que pueda ser esgrimida de manera simultánea con otra pretensión de naturaleza resarcitoria.²²

Los requisitos para el ejercicio de esta pretensión son los siguientes:

Que exista una acción u omisión que genere un peligro de daño que no esté justificado. Es decir, que debe haber una posibilidad razonable que se afecte o lesione un interés no ilegítimo de una persona, sea este individual o difuso²³.

La conducta de quien actúa u omite actuar debe ser materialmente antijurídica, contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado (conf. art. 1717 y 1718 del CCCN).²⁴

La acción u omisión debe tener aptitud causal para provocar un daño o su agravamiento. El daño debe ser objetivamente previsible aplicando los estándares de la causalidad adecuada.

Es necesario que haya una amenaza cierta de daño o que exista la posibilidad de su agravamiento, que deberá ser razonablemente previsible. Si el perjuicio ya se hubiera producido, lógicamente no procederá la acción preventiva y solo se podría reclamar su reparación.

No es exigible la concurrencia de factor de atribución alguno, conforme lo prescribe de manera expresa la norma.²⁵

Como se afirmó supra, debe existir una posibilidad de evitar la causación del perjuicio, dentro de la esfera de actuación del potencial responsable, tomando como parámetros las circunstancias del caso y los principios de buena fe y libertad.

Existen quienes agregan como requisito a la inexistencia de un peligro grave y concreto para la vida o la salud del agente sobre quien pesa el deber de actuar²⁶.

²¹ Cabe aclarar que existen quienes no comparten esta postura y consideran que "... el hecho de que se inicie una acción preventiva no implica *per se* que deba acudir necesariamente a un procedimiento de conocimiento abreviado (v. gr. sumarísimo o de amparo). La urgencia que pudiera existir en la conjuración del peligro existente en la producción del daño puede y debe tener respuesta adecuada a través del sistema de medidas cautelares o, en su caso, por vía de la tutela preventiva. En tal sentido, no consideramos adecuado que se pretenda imponer como regla que la acción preventiva deba tramitar necesariamente por vía sumarísima, como se establecía en el proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación antes citado." (FONTANA, Arturo Emilio, "Acción preventiva. Elementos para su regulación procesal", La ley online, cita TR LALEY AR/DOC/1035/2023)

²² Despacho unánime de la Comisión 4: derecho de daños en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en 2017 en la ciudad de la plata.

²³ MARCELLINO, Leonardo, "El alcance del deber preventivo y sus destinatarios", La ley online, cita TR LALEY AR/DOC/2690/2022

²⁴ En sentido contrario, Vázquez Ferreyra afirma que la antijuridicidad en el marco de la pretensión preventiva es formal: VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. "La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material" RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 3 - RCyS2016-VIII, 5 - DJ14/09/2016, 1.

²⁵ A favor de esta disposición OSSOLA, Federico, "Responsabilidad civil", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016 N° 115, b), p. 177. En contra PIZARRO (n.10). -

²⁶ GALDOS (n.11), p. 233

III.1.E.c.- Los legitimados activos

Posteriormente, el artículo 1712 dispone: *“Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.”*

Esto quiere decir que podrá reclamar en el marco de la acción preventiva quien acredite *“...ser titular de un derecho o de un interés razonable no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva, amenazado por la conducta del demandado.”*²⁷

Como se puede observar, la valoración del derecho o el interés no reprobado que pueda llegar a verse potencialmente afectado debe ser APRECIADO conforme el concepto de daño en sentido amplio contenido en el artículo 1737 del CCCN.

III.1.E.d.- La sentencia

Por último, el art. 1713 del CCCN establece: *“La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.”*

Este artículo otorga amplias facultades a los jueces a los fines de evitar la causación de daños, permitiéndoles ordenar al legitimado pasivo, la entrega de una cosa, la realización de determinada actividad o el cese de determinada conducta.

La resolución dictada por el tribunal puede tener carácter provisorio, como en los casos de las medidas cautelares, o definitivo. Esto quiere decir que debe ser una sentencia de fondo que puede ser dictada en el marco de una acción preventiva, o incluso en otro tipo de juicios en los que el magistrado advierta que existe una amenaza de daño.

Es que, lejos de aplicarse solamente a la sentencia definitiva en un proceso de conocimiento, la norma se refiere en general a las facultades que los magistrados tienen frente a cualquier pretensión de naturaleza preventiva, más allá de cuál sea la vía procesal por la que aquella se dedujo²⁸.

A los fines de asegurar la prevención del daño los magistrados deben adoptar las medidas necesarias a pesar de que no estén previstas en las normas de carácter adjetivo existentes. *“...como nos enseña la Corte Suprema en los precedentes “Camacho Acosta” y “Pardo”, el juez debe asegurar la tutela judicial efectiva, aún a falta de institutos procesales adecuados, reinterpretando o integrando analógicamente, las herramientas brindadas por el Código de rito a las particularidades del caso y los principios constitucionales.”*²⁹

El tribunal debe ponderar los criterios de menor restricción posible, sopesando los derechos en juego y afectando lo menos posible la libertad del legitimado pasivo. Para esto deberá utilizar el medio más idóneo, es decir, utilizar el remedio o herramienta más eficaz en el caso concreto para cumplir con su cometido conforme los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

El juez resolverá a pedido de parte o de oficio en estos casos. Esta última cuestión será tratada con mayor detenimiento en otra sección de este trabajo.

²⁷ PIZARRO (n.10).

²⁸ PICASSO y SAENZ (n.8) p. 121.

²⁹ MONJO y ARGANARAZ, (n.9) p. 56.

III.1.E.e.- Conclusión parcial

En suma, las normas analizadas imponen un deber de prevención generalizado que recae sobre toda persona y del cual surge la obligación de evitar causar daños, disminuir su magnitud o evitar su agravamiento. Se otorga una amplia legitimación a los fines de iniciar una acción preventiva, que podrá ser ejercida siempre que exista una acción u omisión materialmente antijurídica, que genere una amenaza de daño objetivamente previsible y que exista una posibilidad de evitar la producción de este perjuicio por parte de los legitimados pasivos, tomando como parámetros las circunstancias del caso y los principios de buena fe y libertad.

Por otro lado, el magistrado resolverá, a pedido de parte u oficiosamente, y tomará las medidas que considere más idóneas conforme el principio de razonabilidad, ordenando a los potenciales dañadores que cumplan con obligaciones de dar, hacer y no hacer.

III.1.E.f.- Otras disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación

Existen numerosas disposiciones relacionadas con la prevención del daño en el CCCN que no están incluidas dentro de los artículos analizados. Atento a que no resultarán tema de análisis en el presente trabajo simplemente realizaremos una mera enunciación de las mismas.

El art. 10 donde se impone al juez el deber de *“...ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva...”*;

El art. 52 por medio del cual se permite a las personas afectadas en su dignidad solicitar la adopción de medidas preventivas en concordancia con lo dispuesto en el art. 1770.

El art. 1032 que otorga la posibilidad a una parte del contrato para *“...suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia”*

Por otro lado, el art. 1973 dispone que *“Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación...”* en los casos en los que las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos excedan la normal tolerancia.

Según el art. 2242 la acción de mantener la tenencia o la posesión comprende *“...la turbación producida por la amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento y los actos que anuncian la inminente realización de una obra.”* Asimismo, establece que la sentencia *“...debe ordenar el cese de la turbación y adoptar las medidas pertinentes para impedir que vuelva a producirse”*.

III.2.- Tutela procesal inhibitoria

La tutela procesal inhibitoria esta referida a los mecanismos procesales que nos brindan las normas de carácter adjetivo, que componen nuestro ordenamiento jurídico, destinados a hacer efectiva la finalidad preventiva prevista en el derecho de fondo.

Dentro de estos mecanismos, Peyrano distingue a las acciones preventivas urgentes de las acciones preventivas sin peligro en la demora y afirma que *“Las primeras están signadas por la inminencia de la producción efectiva del daño que por ahora es una mera amenaza. Esta categoría, claro está, es la que por lo común admite en*

*su seno medidas cautelares y también tutelas anticipadas. La otra, la de la acción preventiva sin peligro en la demora, es aquella donde la amenaza de daño no es inminente, sino una donde, conforme al orden normal y corriente de las cosas, transcurrirá un lapso apreciable hasta que el riesgo de daño pueda llegar a concretarse*³⁰.

La acción preventiva propiamente dicha no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico adjetivo y tampoco se ha especificado en los arts. 1710 a 1713 cual es la vía procesal a través de la cual se debe sustanciar la pretensión preventiva. Sin embargo, existen determinados mecanismos previstos en el derecho argentino que se pueden adecuar a este tipo de pretensiones. Uno de ellos, es la acción de amparo, que podrá ser iniciada siempre que se encuentren acreditados los requisitos para su procedencia, que surgen del art. 43 de la CN y de la Ley 16.986 en el ámbito nacional.

Ahora bien, cuando no sea viable iniciar un reclamo preventivo por medio de la acción de amparo, en virtud de la inexistencia de un trámite especial previsto para estos casos, consideramos que esta pretensión deberá ser tramitada por medio de los procesos de conocimiento que correspondan y estén previstos en los ordenamientos jurídicos provinciales o en el federal. Sostenemos que, teniendo en cuenta que en muchos casos este tipo de pretensiones estarán caracterizadas por la necesidad de una rápida resolución, deberán ser efectivizadas por medio de tramites en los que haya mayor celeridad, por lo cual corresponderá aplicar el procedimiento más abreviado posible³¹.

Uno de los que podemos mencionar es el juicio sumarísimo regulado en el art. 498 del CPCCN que establece que el juez *“...teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primera providencia si correspondiese que la controversia se sustancie por esta clase de proceso.”* De la misma forma debemos mencionar el art. 321 de dicho cuerpo legal según el cual *“Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498: (...) 2) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada*

³⁰ PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva", Bs.As. 2004, Ed. Lexis-Nexis Abeledo Perrot. P. 61.

³¹ En este sentido, CALVO COSTA (n.7) ha manifestado que "A priori, más allá de la imperiosa necesidad de regulación procesal específica que existe al respecto, debemos destacar que no podría llevarse a cabo la finalidad preventiva del instituto, sin que este se lleve a cabo con urgencia, tal como podría realizarse con un proceso sumarísimo". En un sentido similar, SUAREZ MONTES, Marcos E., SUAREZ MONTES, Rodrigo M. y MOYANO, Javier "La función Jurisdiccional preventiva", Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación, edición N°1 del 2018. En contra, MEROI, Andrea A. en "Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños" RCCyC 2016 (abril), 70 - RCCyC 2016 (abril), que considera que "A falta de un trámite especial en nuestros ordenamientos procesales para dar cauce a la pretensión preventiva de daños, habrá que estar a las normas generales; en otras palabras —y a menos que se den circunstancias especiales— la pretensión habrá de tramitar por la vía del juicio ordinario."

esta vía acelerada de protección." (el subrayado y el destacado me pertenecen). Esta disposición le brinda la posibilidad al juez de encausar la pretensión de la actora a través de este trámite si lo considera procedente, lo que le permitiría utilizarlo para resolver cuestiones de esta naturaleza sin apartarse de las normas procesales vigentes.

Asimismo, la pretensión preventiva principal puede ser acompañada por una medida cautelar de carácter accesorio y provisorio, por medio de la cual se podrán evitar o disminuir los efectos del daño que potencialmente podría acontecer, siempre que concurren los requisitos propios de esta última. Las principales medidas que podemos destacar que pueden ser utilizadas para la prevención del daño son la medida innovativa³² y la prohibición de innovar. Por supuesto, cabe aclarar que *"[l]as medidas cautelares son provisionales, no así la sentencia que se dicte en una tutela inhibitoria, pues en este último supuesto se trata de un proceso autónomo. Es posible pedir una medida cautelar de no innovar o una medida innovativa dentro del proceso donde se requiere la tutela inhibitoria, pero el proceso se termina cuando se logra definitivamente el cese de la amenaza"*³³.

Finalmente, debemos destacar la posibilidad de llevar adelante este tipo de reclamos por medio de medidas autosatisfactivas, es decir, procesos en los cuales, por tratarse de cuestiones de carácter urgente, se requiere una rápida resolución, dado que nos encontramos frente a supuestos en los que el riesgo de lesión a derechos e intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico puede generar una posibilidad objetiva de acaecimiento del daño. No tienen carácter accesorio y se agotan en sí mismas con el dictado de una resolución que puede ser impuesta in audita parte. En estos casos *"...media superposición o coincidencia entre el objeto de la pretensión cautelar, provisional o preventiva —en la terminología clásica— con la pretensión material o sustancial, de modo que el acogimiento de aquella torne generalmente abstracta la cuestión a resolver, porque se consumió el interés jurídico (procesal y sustancial) del peticionante."*³⁴. Debemos aclarar, sin embargo, que este tipo de medidas no se encuentran reguladas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En conclusión, a pesar de que no existe una vía procesal específica que regule un procedimiento para encausar la pretensión preventiva, nuestro ordenamiento jurídico nos brinda numerosos mecanismos que pueden adaptarse a ella. Por nuestra parte consideramos que, en principio, este tipo de reclamo debe ser iniciado por medio del trámite de conocimiento más abreviado regulado en cada Código Procesal.

³² Nuestro máximo Tribunal ha sostenido que la medida cautelar innovativa consiste en una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, por lo que resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión. Ese criterio restrictivo cobra mayor intensidad en razón de que la cautela ha sido deducida de manera autónoma, de modo que no accede a una pretensión de fondo cuya procedencia sustancial pueda ser esclarecida en un proceso de conocimiento (CSJN, "Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/Medida autosatisfactiva", 10/09/2020, TR LALEY AR/JUR/37057/2020; con nota de ARAZI, Roland, "COVID-19-Nuevo fallo de la Corte Suprema sobre la llamada 'medida autosatisfactiva', RC D 26/2021 y opinión crítica de ESPERANZA, Silvia L., "La comedia de las equivocaciones", RC D 67/2021.)

³³ MEROI, Andrea A. en "Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños" RCCyC 2016 (abril), 70 - RCCyC 2016 (abril) conf. ARAZI, Roland, Tutela inhibitoria, en Revista de Derecho Procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008-2, p. 90.

³⁴ GALDOS, Jorge M. "Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales", 2017-E, 1142.

Es decir que el resto de las modalidades posibles, como el amparo o las medidas autosatisfactivas, solo deberán utilizarse en la medida que se cumplimenten los requisitos procesales y sustanciales para su ejercicio.

IV.- La actuación oficiosa del juez

El CCCN le concede al juez un rol mucho más activo en el marco del proceso civil, otorgándole amplias facultades para ordenar de oficio a las partes o incluso a terceros ajenos al proceso que cumplimenten con obligaciones de dar, hacer o no hacer a los fines de evitar la causación de perjuicios. Es decir que, en los casos en los que, a partir de la prueba rendida en autos, se advierta que subsiste la posibilidad de que se produzca o vuelva a producirse un evento dañoso, en virtud de que su causa no ha sido eliminada, podrán ordenar las medidas necesarias para impedir que se produzca un detrimento, se disminuya su magnitud o se provoque su agravamiento.

No es necesario en estos casos que dicha medida haya sido solicitada por alguna de las partes, por tanto, esta facultad otorgada a los magistrados opera con total independencia de la pretensión inicial. Más aún, a pesar de que el 1713 habla de la sentencia *“...que admite la acción preventiva...”*, consideramos que ello no debe impedir que los jueces actúen cuando nos encontremos frente a una acción que no tenga este carácter. Carecería de sentido esta disposición si sólo se circunscribiera a este tipo de procesos. Existirían un sinnúmero de casos, como en los juicios de daños y perjuicios, en los cuales resultaría razonable dictar este tipo de medidas a pesar de que la pretensión inicial no tuviera naturaleza preventiva. No sería lógico que los jueces no pudieran adoptar las medidas necesarias para evitar que se cause daños, por el sólo hecho de no cumplimentar este requisito³⁵.

Más aun, teniendo en cuenta que, en concordancia con lo dispuesto en el art. 1710 del CCCN³⁶, se impone al magistrado el deber de evitar la causación de perjuicios cuando este último advierta que ello puede acontecer. No se trata de una facultad sino de una obligación, por lo que los jueces deberán cumplimentar con lo ordenado en esta norma cuando adviertan que ello resulta necesario, no pudiendo actuar de otra manera.

Siguiendo un razonamiento similar, hay quienes han considerado que, si bien el art. 1713 del CCC no se refiere expresamente a la posibilidad de dictar un mandato preventivo nada impide que, con sustento en el referido principio y en la consiguiente función preventiva que la ley asigna al derecho de daños (art. 1708 CCC), aquel sea aplicado analógicamente para fundar la procedencia —con carácter excepcional— de esa clase de órdenes.³⁷

Esta disposición permite al magistrado apartarse del principio de congruencia tanto en su faceta objetiva, es decir yendo más allá de los planteos de las partes, como

³⁵ En un sentido similar TAGLIANI, María Soledad. “Aplicación de oficio de la función preventiva de la responsabilidad civil”, RCyS2018-I, 30 Afirma que “...frente a cualquier proceso sometido a su análisis, cuando el juez advierta la posibilidad de que la persistencia de una determinada situación pueda generar un daño o agravar el ya producido, no sólo puede sino que debe adoptar las medidas que entienda razonables, ponderando los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo (conf. art. 1713 del Cód. Civ. y Com.), a fin de lograr la evitación, el cese o la disminución de un daño”.

³⁶ Que ordena a toda persona, en cuanto de ella dependa, que cumplimente con el deber de evitar un daño, disminuir su magnitud o evitar su agravamiento.

³⁷ PICASSO y SAENZ, (n.8), p. 125.

también en su aspecto subjetivo, fijando como destinatario de la orden judicial a un tercero ajeno a las partes que dieron origen al pleito³⁸.

La finalidad es evitar el daño o su agravamiento, más allá de la estructura clásica del proceso y, por supuesto, con un claro y debido respeto del debido proceso y del derecho de defensa³⁹.

Ahora bien, debemos destacar que el art. 1713 establece que se deben ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo. Al aplicar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, el magistrado debe tener en cuenta los derechos que pueden ser vulnerados por la manda judicial y, de esta forma, adoptar las medidas que permitan evitar la causación de daños sin imponer cargas excesivas a los destinatarios del mandato en cuestión. Por esta razón, se deberá apreciar en el caso concreto cual es el mecanismo más adecuado para cumplir con la finalidad propuesta.

El tribunal deberá obrar con mucha prudencia teniendo en cuenta que, en muchos casos, se puede terminar afectando el derecho de defensa de alguna de las partes. Consideramos que esta norma regula con cierta vaguedad y de manera demasiado genérica este instituto, ya que debió haber establecido cuales deberían ser los mecanismos procesales a partir de los cuales se hubiera podido lograr el efectivo cumplimiento de lo ordenado por los magistrados, a los fines de compeler a quien corresponda a acatar lo ordenado y controlar que el mandato preventivo se haga efectivo.

Tampoco se han establecido limitaciones, reglas o principios claros que permitan dilucidar en qué casos correspondería actuar a los fines de evitar una intromisión judicial desmedida o injustificada. Desde ya que el magistrado deberá obrar con extrema prudencia, dado que, a pesar de que esta normativa le permite transgredir el principio de congruencia, corresponde ponderar hasta qué punto ello puede vulnerar el principio de defensa en juicio reconocido en nuestra Constitución.

Así, se ha considerado que *“Si bien la norma dispone que deben adoptarse los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”, no queda claro cuál será el procedimiento adecuado. A priori, más allá de la imperiosa necesidad de regulación procesal específica que existe al respecto, cabe destacar que no podría llevarse a cabo la finalidad preventiva del instituto sin que éste se lleve a cabo con urgencia*⁴⁰.

Es por ello que consideramos pertinente determinar si el magistrado se encuentra habilitado para actuar de la misma forma en cualquier caso o si, por el contrario, debe tener en cuenta la naturaleza del derecho o el interés que puede verse potencialmente afectado y de aquellos que se encuentren en pugna con este último a los fines de resolver.

IV.1.A.- Daños a la integridad psicofísica

Resulta de enorme importancia la prevención de daños que pueden generar una afectación del derecho a la vida, la salud, la inviolabilidad de la persona humana, a la integridad psíquica y física propiamente dichas, que tienen reconocimiento expreso

³⁸ En este sentido CASTAGNO, Silvana A “Tutela inhibitoria o mandato preventivo. Recepción de la función preventiva en el Código Civil y Comercial” LLC2017 (septiembre), 4.

³⁹ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Función preventiva de la responsabilidad civil”, cita TR LALEY AR/DOC/3640/2019

⁴⁰ MOLINA SANDOVAL (n. 39).

en distintos tratados internacionales. A modo de ejemplo podemos mencionar al art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al art. 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 3 y 4 Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Asimismo, cabe aclarar que se encuentran entre los derechos y garantías no enumerados por nuestra Constitución a los que se refiere en su artículo 33.

Consideramos, que en los casos en los que potencialmente pueda llegar a verse afectado alguno de los derechos mencionados, no habrá ningún inconveniente o impedimento que permita a los magistrados actuar de oficio para prevenir su afectación.

En la mayoría de los precedentes existentes en la jurisprudencia argentina, relacionados con el tema bajo análisis, los jueces han dictado de oficio medidas de carácter preventivo con el objeto de evitar este tipo de daños.

Así, podemos mencionar la Sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul en los autos "Biordo"⁴¹, en la que se hizo lugar a una demanda de daños y perjuicios interpuesta contra una compañía de peajes por falta de cumplimiento del deber de seguridad y de información al no alertar a quienes circulaban por la zona del estado de la ruta y de la existencia de una cabina de peaje. En este mismo decisorio se consideró que el mandato preventivo es una *"...orden judicial generalmente oficiosa para las partes o terceros (en este caso a requerimiento del Sr Fiscal General reemplazante) "cuando la sustanciación de un proceso le ha dado al juez 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" (cf. Peyrano, Jorge W., "La flexibilización de la congruencia en sede civil. Cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable", pág. 103, nota 12, en Revista de Derecho Procesal, 2007 - 2, Sentencia - I, págs. cits.)."* Asimismo, en dicho fallo se destacó que *"La medida, y como lo señalan la doctrina y la jurisprudencia, es aplicable particularmente en casos en los que está en juego el derecho a la seguridad y de las personas (derecho a la vida), a la salud y a la integridad física y psíquica (cf. Berizonce, Roberto Omar, "Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas", en Revista de Derecho Procesal, 2009 - 1, "Tutelas procesales diferenciadas - II", pág. 29)."* (sic.) (del voto del Dr. Galdós).

En consecuencia, se ordenó *"...efectuar un informe técnico documentado acerca del relevamiento y condiciones del entorno de la estación de peaje Hinojo, sito en la Ruta 226, aproximadamente kilómetro 276, y verificar si las señalizaciones horizontales y verticales y la iluminación del lugar, y todas las medidas de seguridad y prevención, cumplen con los requisitos, condiciones y demás especificidades técnicas previstas en los contratos administrativos y en la normativa vigente"* aclarando que el informe debía incluir un estudio y análisis de la viabilidad de la instalación de la señalización prevista. Asimismo, se resolvió que *"Con su resultado, y de verificarse incumplimientos, la autoridad de aplicación (OCCOVI), el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, y los restantes organismos competentes a los que -en su caso dará intervención el OCCOVI- deberán disponer las medidas que*

⁴¹ Cámara Civil y Comercial de Azul (Sala II) "BIORDO, MIGUEL ÁNGEL C/ RUTAS AL SUR CONCESIONARIO VIAL S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONT." (causa N° 59.966) 11/11/2015.

corresponda adoptar fijando plazos y apercebimientos para su ejecución.” (del voto del Dr. Galdós).

Otro fallo al que nos permitimos referirnos es el precedente “Carrizo”⁴², de la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, en el que se confirmó una sentencia de Cámara en la que se había resuelto en relación a un accidente ferroviario en el que se produjo la colisión de un automóvil con una locomotora en un paso nivel. A pesar de que la actora adujo que el accidente fue causado por la deficiente señalización del cruce en cuestión, se resolvió rechazar la acción por considerar que un hecho de la propia víctima provocó la ruptura del nexo causal.

Sin embargo, a pesar de que la demanda fue rechazada en su totalidad, el máximo Tribunal de la Provincia de Buenos Aires tuvo en cuenta que se constataron los defectos de señalización a los que se hace referencia y resolvió confirmar la medida de prevención dispuesta por la cámara, que había ordenado verificar el estado del paso a nivel y en caso de mantenerse en las mismas condiciones que a la fecha del hecho, intimar a la empresa ferroviaria para que en el plazo de 30 días dé cumplimiento con las medidas de seguridad a su cargo.

Asimismo, en otra sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul en los autos “P., N. y O. c/ Z., S. y O.”⁴³ en la que se hizo lugar a una demanda de daños y perjuicios iniciada a raíz de un accidente de tránsito en la Ruta Nacional N. 3. Del resultado de la pericia practicada en dichos autos los magistrados pudieron advertir que en el lugar del hecho existía una curva con un error de diseño y de señalización que generaba peligro para los automovilistas y pasajeros. En consecuencia, se procedió a dictar un mandato preventivo atípico para poner en conocimiento de la autoridad de aplicación del peligro existente en una curva del kilómetro 162 *“...para que, en el marco de sus facultades, adopte las medidas pertinentes para evitar la reiteración de accidentes —derivados de su estado de conservación y señalización— y garantizar la seguridad vial.”* (del voto del Dr. Galdós).

Por otro lado, podemos citar un precedente de la Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (C4aCivyComCordoba) en los autos “M., M. M. E. c. Empresa Provincia de Energía de Córdoba (EPEC)”⁴⁴ en los que a raíz del fallecimiento de un niño que murió electrocutado, luego de pisar un charco por el que pasaba un cable conectado por un tercero, se procedió a hacer lugar parcialmente a una demanda de daños y perjuicios interpuesta en contra de la Empresa Provincial de Energía Eléctrica de Córdoba en virtud de que, en su carácter de dueña y guardiana de una cosa que se utiliza en una actividad riesgosa, no tomó las medidas de seguridad necesarias para evitar la existencia de conexiones clandestinas que causaron el suceso dañoso. De una manera similar a los fallos anteriormente citados el Tribunal encomendó *“...al señor Juez de primer grado que realice una inspección judicial en el lugar del hecho y, ante la subsistencia de la situación fáctica de autos (que la experiencia indica se mantiene), ordene a la demandada la realización de tareas tendientes a evitar que los vecinos del lugar tengan acceso a cables “pelados” de los cuales “engancharse”. Para ello deberá establecer un plazo razonable para*

⁴² Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires “Carrizo, Carlos A. y otra c. Tejada, Gustavo J. y otra”, 30/03/2005.

⁴³ Cámara Civil y Comercial de Azul (Sala II) “P., N. y O. c/ Z., S. y O.”, 27/03/2013.

⁴⁴ Cam. 4ª Civ. y Com. Cba., “M., M. M. E. c. Empresa Provincia de Energía de Córdoba (EPEC) s/ ordinario – daños y perj. – otras formas de respons. extracontractual – recurso de apelación”, del 28/04/2016.

que la accionada presente un modo de solucionar la cuestión, todo bajo apercibimiento de ejecución por un tercero, a costa de la accionada.” (del voto del Dr. Fernández).

En el caso “Guallanes”⁴⁵ nos encontramos frente a una demanda de daños y perjuicios iniciada por los padres de un menor que falleció luego de haber caído a una acequia ubicada al frente de su domicilio. La Cámara acogió parcialmente la demanda y además ordenó al Estado Provincial que en el plazo máximo de sesenta días corridos complete la colocación de tapas en la totalidad de las acequias a cielo abierto que existen en la zona urbana de San José de la Dormida aclarando que debía mantener las condiciones de seguridad pertinentes mientras subsistan las referidas acequias. Es suma, como se puede observar en los fallos citados, no existen mayores impedimentos para la aplicación de medidas preventivas de oficio por parte de los jueces en los casos en los que se encuentre en riesgo la vida, la salud o la integridad psicofísica de las personas, siempre que, por supuesto, los magistrados actúen conforme los principios de proporcionalidad y razonabilidad valorando las circunstancias del caso concreto.

IV.1.B.- Prevención de daños al ambiente

De la misma forma, podemos decir que difícilmente pueda haber grandes cuestionamientos en los casos en los que los jueces decidan intervenir de oficio con el objeto de evitar la producción de daños al medio ambiente.

Como se ha mencionado anteriormente, el derecho a un ambiente sano y equilibrado se encuentra reconocido en el art. 42 de la CN, así como también en la ley general del ambiente y en numerosas leyes de carácter federal y provincial.

Los daños al medioambiente pueden provocar alteraciones irreversibles en el ecosistema que, en muchos casos, pueden derivar en daños a la salud y comprometer la calidad de vida de generaciones actuales y futuras.

El hecho de que en muchos supuestos la recomposición del medioambiente, que ha sufrido una degradación, pueda resultar imposible hace que el deber de prevenir impuesto por el CCCN y la Ley General del ambiente adquiera mayor relieve.

Por esta razón, los principios contenidos en el art. 4 de la LGA *“...obligan al operador jurídico –el juez, la autoridad competente o de aplicación de la normativa ambiental–, metodológicamente, a priorizar el análisis, en la etapa previa al daño –pre-daño–, operando sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, tratando de impedir la consumación del daño ambiental...”*⁴⁶

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recalcado la enorme importancia de la prevención del daño ambiental en el fallo “Mendoza”⁴⁷ donde afirmó que *“La presente causa tendrá por objeto la tutela del bien colectivo. En tal sentido tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que - según se alega - en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada,*

⁴⁵ Cam. 5ª. Civ y Com. de Cba., Sent. N° 17 en autos “Guallanes César Luis y otro c/ Superior Gobierno de Córdoba - Ordinario - Daños y Perjuicios - otras formas de responsabilidad extracontractual- recurso de apelación” (Expte. N° 1894603/36), del 26/02/2016.

⁴⁶ CAFFERATTA, Néstor A., “La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV-304.

⁴⁷ CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia c/ Estado Nacional y otros s/ Daños derivados de la contaminación del Río Matanza Riachuelo”, 20/06/2006, fallos 329/2316.

conforme a los mecanismos que la ley prevé y finalmente para el supuesto de daños irreversibles, el resarcimiento”

El deber de prevención, fijado en las normas genéricas del Código Civil y Comercial, debe ser complementado con las facultades otorgadas a los magistrados en el art. 32 de la Ley General del Ambiente que dispone *“...El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. (...) En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.”* Este artículo en su redacción original también permitía a los jueces *“...extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes.”*, sin embargo, esta parte de la norma fue vetada por el ejecutivo, a nuestro parecer de manera equivocada. Con la sanción del CCCN y la introducción del art. 1713 en este cuerpo normativo los jueces han quedado habilitados de manera definitiva para actuar de oficio y prevenir estos daños.

De todas formas, cabe aclarar que antes del Código la ausencia de una norma que no les permitiera actuar no impidió a los magistrados ejercer de oficio la función preventiva para evitar la producción de daños ambientales. Así podemos citar el fallo “Salas”⁴⁸ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que el máximo tribunal consideró que *“...la aplicación del principio precautorio en este caso, obliga a suspender las autorizaciones de tala y desmonte y su ejecución en los cuatro departamentos mencionados hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos. (...) Dicho estudio deberá concentrarse en el análisis del impacto ambiental acumulativo de la tala y desmonte señalados, sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes. Deberá proponer asimismo una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. En tal sentido, deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras.”*

Curiosamente, en la versión inicial de este precedente, la Corte fundó su decisión en lo dispuesto en la parte del artículo 32 de la LGA que fue vetada por el ejecutivo y les permitía a los jueces extender su decisión a cuestiones no sometidas a su consideración por las partes. Con posterioridad, al advertir su error, emitió una resolución por medio de la cual aclaró la anterior y citó la parte del art. bajo análisis que le permite a los magistrados tomar todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso.

También, podemos destacar un fallo de la Sala “A” Cámara Federal de Córdoba en el cual se inició un reclamo por daños y perjuicios por los daños causados a los accionantes por la exposición continua a plaguicidas que se encontraban almacenados en un depósito perteneciente al SENASA. En este precedente el Tribunal resolvió hacer lugar al reclamo realizado y destacando la importancia del medio ambiente como un tema de interés colectivo y general ordenó *“...exigir a las autoridades de la demandada, SENASA, que en el término de 15 días desde la notificación del presente pronunciamiento, haga saber mediante informe al señor*

⁴⁸CSJN, “Salas, Dino y otro c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional”, 26/03/2009.

*Juez Federal de primera instancia, las condiciones y el estado en el que se encuentra en la actualidad el depósito ubicado en la calle Avellaneda N° 1078, del Barrio Alta Córdoba de esta ciudad, a los fines de hacer constar que con motivo de la sentencia dictada en esta causa se han dispuesto las medidas de conservación, seguridad y salubridad pertinentes en el predio y depósito, a fin de preservar el mantenimiento sin riesgos del medio ambiente del lugar respecto de los habitantes que residen en las cercanías del mismo.*⁴⁹

La prevención de estos perjuicios resulta prioritaria y, por tanto, así como en el acápite anterior, entendemos que los jueces deberán otorgarle especial importancia a estos supuestos lesivos, procediendo a ordenar las medidas necesarias en los casos en los que haya quedado demostrado de manera verosímil el peligro de daño ambiental o la posibilidad de su agravamiento, sin desconocer por supuesto que, conforme lo que ordena el 1713, el tribunal deberá actuar adoptando el criterio de menor restricción. Para ello, deberá evitar, en la medida de lo posible, la paralización de actividades industriales o productivas.

IV.1.C.- Daños derivados de la lesión a la intimidad, el honor y la imagen: la censura previa y la prevención de daños

Este tipo de derechos personalísimos, relacionados con la dignidad de la persona humana, se encuentran reconocidos tanto de manera implícita por nuestra Constitución Nacional, como de manera expresa por tratados internacionales de derechos humanos. De la misma forma, el Código Civil y Comercial de la Nación protege de manera manifiesta estos derechos.

Así, podemos destacar lo dispuesto en los arts. 18 y 19 de la CN que establecen la inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia epistolar y el principio de reserva y legalidad.

Por otro lado, el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone: *“Protección de la Honra y de la Dignidad 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”*. Asimismo, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula la cuestión de manera similar.

De la misma manera, estos derechos se encuentran reglamentados en el Código Civil y Comercial, en el Capítulo 3 del Título I correspondiente al Libro primero de dicho cuerpo normativo, donde se regula de manera específica todo lo relacionado a derechos personalísimos. Puntualmente el derecho al honor, la intimidad y la imagen se encuentran reconocidos en los artículos 52 y 53. Estas normas encuentran su reflejo en lo dispuesto en los arts. 1770 y 1771 del CCCN.

Cabe aclarar, como se ha mencionado en otro acápite de este trabajo, que en los artículos citados además de permitir a los damnificados reclamar la reparación de los perjuicios ocasionados, se admite expresamente la posibilidad de requerir la prevención de perjuicios que potencialmente puedan ser sufridos.

⁴⁹ Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba (Sala A) “Calderón, Cristian Ariel y otros c/ Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) – civil y comercial – varios” (Expte. FCB 21030003/2006/ca1-ca2)” del 02/06/2017.

Sin embargo, la facultad reconocida a los jueces para evitar la causación de estos daños – tanto a pedido de parte como de oficio– choca con otro derecho de raigambre constitucional: la libertad de expresión, que trae aparejada la prohibición de la censura previa. Esta limitación se encuentra legislada en los arts. 14 y 32 de la CN y en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que por otro lado sólo reconoce como excepción en su inciso 4 que aclara que *“...Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”*.

La doctrina argentina se encuentra dividida en relación con esta cuestión. Por un lado, están quienes les asignan un carácter absoluto a estas disposiciones y no admiten la posibilidad de permitir a ninguno de los poderes del estado restringir de manera preventiva la libertad de expresión. Esta postura fue sostenida por el Dr. Belluscio en su voto en el fallo “Servini de Cubría”⁵⁰. Por otro lado, están quienes sostienen que la prohibición de censura previa encuentra una excepción en el art. 13 inc. 4 de la citada convención.

Por último, están quienes admiten, de manera excepcional, otras medidas preventivas de carácter judicial orientadas a proteger otros valores dignos de tutela, frente a amenazas manifiestamente ilegítimas y arbitrarias⁵¹. En consecuencia, sostienen que se podría permitir el ejercicio de la función preventiva en el ámbito del poder a los fines de evitar la lesión a derechos personalísimos, como el honor o la intimidad. Por supuesto, los defensores de esta postura reconocen que el ejercicio estas facultades asume un carácter excepcional y debe ser interpretado de manera restrictiva.

Los ministros Maqueda y Lorenzetti han considerado en su disidencia parcial en el caso “Rodríguez”⁵² que *“...cabe dejar en claro que la libertad de expresión que protege a quienes realizan la actividad de buscadores en internet no es incompatible con la responsabilidad civil en su aspecto preventivo. (...) Es posible reconocer una acción judicial que permita solicitar la eliminación no bloqueo de enlaces que resulten claramente lesivos de derechos personalísimos y que también posibilite requerir que, acorde con la tecnología disponible, los “motores de búsqueda” adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos. (...) Mediante esta vía resulta posible que una vez corroborada la existencia de vinculaciones que claramente lesionan derechos personalísimos de una persona, esta pueda requerir judicialmente a los “motores de búsqueda” que, acorde con la tecnología disponible, adopten las medidas necesarias tanto para suprimir la vinculación del damnificado con enlaces existentes de idénticas características como para evitar que en el futuro se establezcan nuevos vínculos de igual tipo”*.

Por tanto, si adoptamos la primera postura, le estará vedado a los magistrados adoptar medidas de carácter preventivo en todos los casos en los que se encuentre comprometida la libertad de expresión ya que su implementación implicaría incurrir en censura previa. En cambio, si nos guiamos por la segunda, se tornaría viable, de manera excepcional, satisfacer el reclamo preventivo en los casos en los que los

⁵⁰ CSJN, “Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo”, 08/09/1992.

⁵¹ PIZARRO, Ramon D. y VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de Responsabilidad Civil”, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni editores, 2018. T.III, p. 347.

⁵² CSJN, “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 28/10/2014, R. 522. XLIX, Id SAIJ: FA14000161.

derechos personalísimos bajo análisis se vean amenazados de manera ilegítima y arbitraria.

Ahora bien, esto no implicaría que los jueces se encuentren habilitados para actuar de oficio en estos casos. El derecho al honor, a la intimidad y la imagen pueden ser valorados de manera diferente por cada persona, por lo que su turbación no generaría en todos los casos los mismos perjuicios para los particulares. En consecuencia, consideramos que el magistrado deberá limitarse, en la mayoría de los casos, a los planteos realizados por las partes, y corresponderá que realice una interpretación restrictiva de la facultad otorgada en el 1713 del CCCN.

Sin embargo, entendemos que podrán adoptar una postura más flexible en los supuestos en los que los potenciales afectados puedan ser niños, niñas o adolescentes, casos en los cuales se deberá aplicar lo dispuesto en la convención de los derechos del niño y en la ley 26.061. Particularmente se deberá tener en cuenta lo regulado en el art. 3 de esa norma relacionado con el interés superior del niño, y lo establecido en los arts. 9, 10 y 22 concerniente al derecho a la dignidad y la integridad personal, a la vida privada e intimidad familiar y a ser respetados en su reputación y propia imagen. En consecuencia, consideramos posible que, por ejemplo, se ordene a un medio de comunicación masiva abstenerse de revelar la identidad o los datos personales de un menor de edad en los casos en los cuales el ejercicio de estos derechos pueda verse comprometido y exista la posibilidad de que se le pueda causar un perjuicio⁵³.

IV.1.D.- Daños causados en el marco de una relación contractual

El art. 1713 no establece ninguna limitación concreta que no permita que el tribunal pueda intervenir en supuestos en los cuales exista una relación contractual de las partes.

Sin perjuicio de lo expuesto, la única norma que reconoce de manera expresa la posibilidad de evitar la producción de un daño en materia contractual en el CCCN es el art. 1032, que se encuentra vinculada con la posibilidad de un pedido expreso efectuado por la parte afectada.

En cuanto a la aplicación de la acción preventiva genérica prevista en el art. 1711 del CCCN se han sostenido dos posturas. La primera considera que Acción preventiva genérica del art. 1711 CCC no es aplicable al ámbito contractual⁵⁴. La segunda sostiene

⁵³ Resulta pertinente tener en cuenta lo resuelto por nuestro Máximo Tribunal en el precedente "Rodríguez" ya citado, donde se consideraron determinados supuestos de ilicitud manifiesta. Consideramos que, en estos casos, la actuación oficiosa del magistrado resultaría razonable. Así, se afirmó que "Son manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual." (CSJN, "Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios", 28/10/2014, R. 522. XLIX, Id SAIJ: FA14000161.)

⁵⁴ Despacho de la minoría en la Comisión 3: derecho de daños en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en 2022 en la ciudad Mendoza.

que la acción preventiva genérica del art. 1711 CCC resulta aplicable al ámbito contractual⁵⁵.

Ahora bien, si adoptáramos la segunda postura, resulta necesario preguntarnos si la facultad prevista en el 1713 puede ser aplicable en estos supuestos.

Así, se debe considerar si resultaría razonable otorgarle amplias facultades al magistrado para que intervenga en una relación jurídica privada, de contenido puramente patrimonial en la que las partes estén en igualdad de condiciones. Al menos en el caso de los contratos paritarios no tendría mucho sentido permitirse su intervención para evitar perjuicios si las partes no lo solicitan. En consecuencia, consideramos que, en estos casos, la interpretación de esta norma debe realizarse con carácter restrictivo, permitiendo una intromisión limitada de los magistrados en estos supuestos⁵⁶.

La cuestión si puede variar en los casos en los que nos encontremos frente a un contrato de consumo, supuesto en el cual estaremos frente una relación jurídica en la que las partes no se encuentran en igualdad de condiciones. En estos casos, en virtud de lo dispuesto en el art. 42 de la CN y de los principios que emergen de la ley 24.240 entendemos que se encontraría justificada la intervención de los tribunales, en determinados supuestos particulares.

En consecuencia, cuando se advierta, a partir de la valoración de la prueba rendida en el juicio, que en el marco de un contrato de consumo se están violando derechos fundamentales de los consumidores como el derecho a ser informado, a recibir un trato digno, a que la prestación contractual se ejecute no suponga un riesgo para su salud o integridad física garantizando la seguridad de los mismos o en los casos en los que nos encontremos frente a cláusulas abusivas, sostenemos que los magistrados se encontrarán habilitados para actuar, aún en los casos en los cuales su intervención no hubiera sido solicitada, con el objeto de evitar la producción de futuros perjuicios, vinculados con la existencia de determinadas cláusulas contractuales colocadas en los formularios utilizados por el proveedor.

IV.2.- Intervención de oficio por parte del magistrado en el trámite del proceso

Ha quedado patentizada la posibilidad de que el Tribunal disponga de oficio obligaciones de dar, hacer o no hacer a los fines de evitar la causación de daños.

Ahora bien, ¿esto quiere decir que los jueces se encuentran habilitados para intervenir libremente en el marco del proceso Civil?, ¿podrían por ejemplo ordenar de oficio la producción de prueba a los fines de esclarecer si existe peligro de daño o de su agravamiento?

Nos inclinamos por una respuesta negativa ante estos interrogantes. El hecho de permitir a los magistrados intervenir de manera tan activa en el marco del proceso y en la producción de pruebas podría afectar el principio de defensa en juicio, favoreciendo a una de las partes en desmedro de la otra, e incluso generando en algunos supuestos mayores gastos para los intervinientes. Solo se encontrarán habilitados para actuar de oficio en estos casos al dictar sentencia o al ordenar medidas cautelares de carácter provisorio.⁵⁷

⁵⁵ Despacho de la mayoría en la Comisión 3: derecho de daños en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en 2022 en la ciudad Mendoza.

⁵⁶ En un sentido similar SUAREZ MONTES, M., SUAREZ MONTES, R. y MOYANO (n.24).

⁵⁷ En un sentido similar SUAREZ MONTES, M., SUAREZ MONTES, R. y MOYANO (n.24).

Sin embargo, los jueces si podrán valerse de las herramientas que le brindan los Códigos Procesales vigentes para de esta forma intervenir de forma activa y vislumbrar si efectivamente existe peligro que se produzca o se agrave un perjuicio. Así, podemos mencionar entre las normas existentes en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a los siguientes artículos:

El art. 378 que dispone que *“La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez.”*

El art. 415 según el cual *“El juez podrá interrogar de oficio a las partes en cualquier estado del proceso y éstas podrán hacerse recíprocamente las preguntas y observaciones que juzgaren convenientes, en la audiencia que corresponda, siempre que el juez no las declare superfluas o improcedentes por su contenido o forma.”*

El art. 452 que establece que *“El juez podrá disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. Asimismo, podrá ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para aclarar sus declaraciones o proceder al careo.”*

El art. 475 de acuerdo al cual *“De oficio o a pedido de parte, el juez podrá ordenar: 1) Ejecución de planos, relevamientos, reproducciones fotográficas, cinematográficas, o de otra especie, de objetos, documentos o lugares, con empleo de medios o instrumentos técnicos. 2) Exámenes científicos necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos. 3) Reconstrucción de hechos, para comprobar si se han producido o pudieron realizarse de una manera determinada. A estos efectos podrá disponer que comparezcan el perito y los testigos y hacer saber a las partes que podrán designar consultores técnicos o hacer comparecer a los ya designados para que participen en las tareas, en los términos de los artículos 471 y, en su caso, 473.”*

El art. 476 conforme el cual *“A petición de parte o de oficio, el juez podrá requerir opinión a universidades, academias, corporaciones, institutos y entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico, cuando el dictamen pericial requiriese operaciones o conocimientos de alta especialización.”*

El art. 479 que le otorga al juez o tribunal la facultad de ordenar *“...de oficio o a pedido de parte: 1) El reconocimiento judicial de lugares o de cosas. 2) La concurrencia de peritos y testigos a dicho acto. 3) Las medidas previstas en el artículo 475. Al decretar el examen se individualizará lo que deba constituir su objeto y se determinará el lugar, fecha y hora en que se realizará. Si hubiere urgencia, la notificación se hará de oficio y con UN (1) día de anticipación”*. El artículo siguiente dispone la forma de concretar esta medida. (el destacado en todos los casos me pertenece).

Como se puede observar, los magistrados se encuentran autorizados expresamente para interrogar de oficio a las partes, disponer la declaración de testigos en los supuestos mencionados en el art. 452, ordenar el reconocimiento judicial de lugares y cosas, requerir la opinión de entidades privadas o públicas para complementar el

dictamen pericial y tomar determinadas medidas a los fines de integrar la actividad de los peritos.

Lo mencionado precedentemente debe ser complementado con los deberes y facultades ordenatorias e instructorias contenidos en el art. 36 del CPCCN entre las que podemos destacar a aquellas orientadas a evitar la paralización del proceso, intentar llegar a un acuerdo conciliatorio entre las partes o mandar a incorporar al expediente documentos que se encuentren en poder de las partes o terceros.

Las potestades otorgadas a los Tribunales en las normas citadas pueden ser de enorme utilidad, por lo que los magistrados podrán recurrir a ellas cuando de lo manifestado por las partes y de la prueba rendida en autos se pueda inferir existe la posibilidad de que haya peligro de la producción de un daño o de su agravamiento

En suma, la regla debe ser la no intervención de los jueces en el impulso del proceso y en la producción de prueba, excepto cuando el ordenamiento jurídico lo permita expresamente.

V.- Conclusiones

Todo lo expuesto nos permite arribar a una serie de conclusiones que pueden ser resumidas de la siguiente manera:

La función preventiva del derecho de daños encuentra pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la Constitución Nacional y el Código Civil y Comercial de la Nación como también en otras leyes especiales. El deber de prevención, que emerge de estas normas, recae sobre toda persona y genera la obligación de evitar causar daños, disminuir su magnitud o evitar su agravamiento.

A fin de que el ejercicio de la pretensión preventiva se torne viable, debemos encontrarnos frente a una acción u omisión que genere una amenaza de daño que sea objetivamente previsible bajo los estándares de la causalidad adecuada. Asimismo, cabe aclarar que la conducta del potencial dañador debe ser materialmente antijurídica y que no se exigirá la concurrencia de ningún factor de atribución.

Esta pretensión deberá ser ejercida en el marco de un proceso de conocimiento (el más abreviado posible según nuestra postura) y solo en los casos en los que se cumplan los requisitos especiales para cada supuesto podrá encausarse a través de una acción de amparo o una autosatisfactiva. De la misma forma los legitimados activos se encontrarán habilitados de ejercer esta pretensión obteniendo el dictado de medidas con carácter provisorio, solicitándolas como cautelares.

El juez tiene permitido actuar de oficio a los fines de evitar la causación de daños o la posibilidad de su agravamiento, en el marco de cualquier tipo de acción. Para ello, deberá adoptar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar su finalidad y actuará conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Ahora bien, corresponde tener en cuenta el tipo de perjuicio que se busca prevenir, ya que, de acuerdo al bien jurídico que se busca proteger, sus facultades de actuación podrían verse ampliadas o restringidas.

Por último, cabe aclarar que como regla no está permitida la intervención oficiosa del magistrado en el marco del proceso con el objeto de ordenar la producción de determinada prueba. Sin embargo, excepcionalmente en los casos en los que la ley lo permita se encontrarán habilitados para actuar y así, según lo dispuesto en el CPCCN, podrán ordenar la declaración de testigos mencionados en los escritos de

las partes, ordenar el reconocimiento judicial de lugares y cosas, requerir la opinión de entidades privadas o públicas para complementar el dictamen pericial y tomar determinadas medidas a los fines de integrar la actividad de los peritos entre otras facultades que se les reconoce.

VI.- Bibliografía

Doctrina:

AZAR, Aldo M. y OSSOLA, Federico, en SANCHEZ HERRERO, Andrés (Dir), "Tratado de Derecho Civil y Comercial: Responsabilidad Civil", Bs. As., Ed. La Ley, 2016. T.III

Conclusiones de la Comisión 4, en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en 2017 en la ciudad de la plata.

Conclusiones de la Comisión 3: derecho de daños en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en 2022 en la ciudad Mendoza.

CAFFERATTA, Néstor A., "Prueba y nexo de causalidad en el daño ambiental en 6º Encuentro Internacional de Derecho Ambiental", Memorias 2007, México, Foro Consultivo Científico y Tecnológico, 2008.

CAFFERATTA, Néstor A., "La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV-304.

CALVO COSTA, Carlos A., "La prevención: la otra cara de la responsabilidad civil (¿o del Derecho de daños?)" RCyS2018-III.

CASTAGNO, Silvana A "Tutela inhibitoria o mandato preventivo. Recepción de la función preventiva en el Código Civil y Comercial" LLC2017 (septiembre), 4.

FONTANA, Arturo Emilio, "Acción preventiva. Elementos para su regulación procesal", La ley online, cita TR LALEY AR/DOC/1035/2023.

GALDÓS, Jorge M. "Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales", 2017-E, 1142.

GALDÓS, Jorge Mario. "La Responsabilidad Civil, Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencia: arts. 1708 a 1780 CCCN", Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2021, T.I.

GALDÓS, Jorge M. - BLANCO, Gustavo H. - VENIER, María Eugenia, "Otra vez sobre los daños punitivos", La ley online, cita online AR/DOC/4243/2016.

MARCELLINO, Leonardo, "El alcance del deber preventivo y sus destinatarios", La ley online, cita TR LALEY AR/DOC/2690/2022.

MONJO, Sebastián y ARGAÑARAZ, Mariángel en Dir. MARQUEZ, José Fernando, "Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015. T.I.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Función preventiva de la responsabilidad civil", cita TR LALEY AR/DOC/3640/2019.

MEROI, Andrea A. en "Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños" RCCyC 2016 (abril),70 · RCCyC 2016 (abril)

OSSOLA, Federico, "Responsabilidad civil" en RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.), Derecho Civil y Comercial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017.

PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva", Bs.As. 2004, Ed. Lexis-Nexis Abeledo Perrot. P. 61.

PICASSO, Sebastián y SAENZ, Luis R. J. "Tratado de Derecho de Daños", Ed. La Ley, Bs. As, 2019, T.I.

PIZARRO, Ramon D., "Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales", LA LEY SJA 20/09/2017, 39.

PIZARRO, Ramon D. y VALLESPINOS, Carlos G., "Tratado de Responsabilidad Civil", Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, , 2017. T.I y T.III.

SUAREZ MONTES, Marcos E., SUAREZ MONTES, Rodrigo M. y MOYANO, Javier "La función Jurisdiccional preventiva", Nomen Iuris, Revista de la Maestría en Derecho y Argumentación, edición N°1 del 2018.

TAGLIANI, María Soledad. "Aplicación de oficio de la función preventiva de la responsabilidad civil", RCyS2018-I, 30.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función preventiva de la responsabilidad civil", LA LEY2015-C, 726.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Actuaciones por daños", Ed. Hammurabi, Bs. As., 2004

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "El derecho de daños", Zeus Córdoba, t. 4, 2004.

Jurisprudencia:

CSJN, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688", 21/09/2004, Fallos: 327:3753

CSJN, "Gunther, Fernando Raúl c/ Nación Argentina.", 05/08/1986, Fallos 308: 1118 y JA, 1987-IV- 653.

CSJN, "Luján, Honorio Juan c/ Nación Argentina.", 05/08/1986, Fallos 308: 1109.

CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia c/ Estado Nacional y otros s/ Daños derivados de la contaminación del Río Matanza Riachuelo", 20/06/2006, fallos 329/2316.

CSJN, "Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente - inc. y cas.", 10/08/2017.

CSJN, "Maggi, Mariano c/ Corrientes, Provincia de s/Medida autosatisfactiva", 10/09/2020

CSJN, "Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios", 28/10/2014, R. 522. XLIX, Id SAIJ: FA14000161.

CSJN, "Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos", 05/08/1986 Fallos, 308:1160 y JA, 1986-IV- 625.

CSJN, "Salas, Dino y otro c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional", 26/03/2009.

CSJN, "Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo", 08/09/1992.

SCJBA, "Carrizo, Carlos A. y otra c. Tejeda, Gustavo J. y otra", 30/03/2005.

C. Civ. y Com. de Azul (Sala II) "BIORDO, MIGUEL ÁNGEL C/ RUTAS AL SUR CONCESIONARIO VIAL S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONT." (causa N° 59.966) 11/11/2015.

C. Civ. y Com. de Azul (Sala II) "P., N. y O. c/ Z., S. y O.", 27/03/2013.

Cam. 4ª Civ. y Com. Cba., "M., M. M. E. c. Empresa Provincia de Energía de Córdoba (EPEC) s/ ordinario - daños y perj. - otras formas de respons. extracontractual - recurso de apelación", del 28/04/2016.

Cam. 5ª. Civ y Com. de Cba., Sent. N° 17 en autos "Guallanes César Luis y otro c/ Superior Gobierno de Córdoba - Ordinario - Daños y Perjuicios - otras formas de responsabilidad extracontractual- recurso de apelación" (Expte. N° 1894603/36), del 26/02/2016.

Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba (Sala A) "Calderón, Cristian Ariel y otros c/ Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) - civil y comercial - varios" (Expte. FCB 21030003/2006/ca1-ca2)" del 02/06/2017.