

## LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL PREVENTIVA \*

### THE JUDICIAL PREVENTIVE FUNCTION

Marcos E. Suarez Montes  
 Universidad Nacional de Córdoba  
 estudiojuridicosuarezmontes@hotmail.com  
 Rodrigo M. Suarez Montes  
 Universidad Nacional de Córdoba  
 rodrigosuarezmontes@gmail.com  
 Javier Moyano  
 Universidad Nacional de Córdoba  
 javiermoyano@gmail.com

51

**Resumen:** La producción normativa del legislador está lejos de ser una tarea armónica, coherente y completa. Más bien, el fenómeno que puede observarse en la realidad es exactamente lo opuesto. Las lagunas -de todo tipo- redundancias y antonomias son inevitables e indeseablemente frecuentes, lo que atenta contra valores significativos del sistema como la justicia y seguridad jurídica. No obstante ello, las reglas de nuestro sistema jurídico y las concepciones positivistas subyacentes obligan a los operadores intervinientes -jueces, abogados y funcionarios de todo tipo- a dar soluciones a tales problemas normativos. La *acción preventiva de daños* no es una excepción, y la consagración normativa en la novel sanción del Código Civil y Comercial obligan a los intérpretes a lidiar con estos tópicos en la tarea de construcción jurídica. En razón de ello, este trabajo está enfocado en hacer visibles los problemas jurídicos que trae aparejada esta acción en el microsistema procesal de la Provincia de Córdoba, y a sugerir posibles soluciones a los fines de devolverle al sistema normativo aquellos valores que se le atribuyen, tales como completitud, independencia y coherencia.

**Palabras clave:** atribuciones judiciales - seguridad jurídica - orden público - vías procesales.

**Abstract:** *The normative production of the legislator is far away from being a harmonious, consistent and complete task. Instead, reality is precisely the opposite. The loopholes, redundancies, and contradictions are unavoidable and unfortunately frequent, which threatens significant values of the system, such as justice and legal security. However, the rules of our legal system and the positivist conception underlying force to the operators involved –judges, lawyers and civil servant of any type- to give solutions to those normative problems. The “preventive action of damage” is not an exception, and the recent passing of the Civil and Commerce Code obligates the interpreters to deal with these issues on the task of legal construction. Because of that, this paper focuses on making visible the legal matters that preventive action brings within the procedural microsystem in the Province of Córdoba, and suggests certain kind of solutions to return to the normative system the values that we assign it, such as completeness, independence and consistency.*

**Keywords:** judicial powers - legal security - public order - procedural ways.

\* Trabajo presentado en el marco de la asignatura “Argumentación y atribución de responsabilidad” el día 28/03/2018. Aprobado con la máxima (diez) y recomendado para publicación por Prof. Jorge Malem. Aceptado por la Revista y evaluado por comité de referato.

## Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), recepiendo las modernas doctrinas del derecho de daños regula en los artículos 1711 a 1713 con carácter general la denominada *acción preventiva de daños*.

La regulación normativa trae aparejada una serie de cuestiones problemáticas que generan indeterminación en el derecho o lagunas de reconocimiento. El texto cuya redacción regula la acción preventiva se caracteriza por sus términos y/o expresiones vagas y ambiguas, tal como se detallará más abajo.

En consecuencia, estas disposiciones necesitan de una tarea de interpretación y construcción jurídica a los fines de generar seguridad jurídica a la hora de la aplicación de dicha institución por parte de los magistrados.

Por otra parte, el cambio de principios filosóficos o paradigmas del CCCN ha abierto una brecha de anacronismo con respecto a los ordenamientos jurídico procesales provinciales. La acción preventiva regulada en el CCCN consagra un fuerte activismo judicial que no se corresponde con la posición garantista o dispositiva del Código de Procedimientos de Córdoba. Esta situación genera contradicciones normativas, axiológicas y sobre todo, lagunas técnicas, pues no existen disposiciones locales que permitan aplicar la acción consagrada en el ordenamiento de la Nación.

Los rasgos problemáticos explicitados generan inseguridad jurídica objetiva y subjetiva, en razón de que el método de redacción del Código Civil y Comercial de la Nación, sus imperfecciones y la mora del legislador local no permiten brindar reglas claras para comprender qué dice el derecho, cuáles son las potestades judiciales en el proceso y cómo se armonizan con los derechos de los justiciables (derecho de defensa en juicio y debido proceso).

Este trabajo tiene por finalidad abordar los problemas jurídicos que presenta la acción de daños en cuanto generan inseguridad jurídica desde la óptica procesal, esto es, las facultades de los jueces y derechos de los justiciables.

Dado que existe en la actualidad una verdadera *función jurisdiccional preventiva* que la magistratura lleva a cabo por encargo legislativo, ya sea de oficio o a petición de parte y que no contiene reglas claras de conducta, se requiere necesariamente una tarea de interpretación y construcción jurídica que procure brindar seguridad a los litigantes que se someten a un proceso judicial.

### 1. ¿Qué es la función jurisdiccional preventiva? Su regulación normativa

La función jurisdiccional preventiva es el deber de prevención de daños impuesto por el legislador a los jueces en el marco de un proceso cualquiera.

Se trata para los jueces de un *deber* y no de una mera *facultad*. Ello es así en virtud del artículo 1713 del CCCN que dispone que “la sentencia que admite la acción preventiva *debe* disponer a pedido de parte o de oficio, lo necesario para prevenir el daño...”. De manera armónica y coherente con esta disposición, el artículo 1710 del CCCN dispone que “*toda persona* tiene, en cuanto ella dependa, el *deber* de prevenir el daño...”. Así, la expresión *toda persona* incluye por extensión también a los jueces. En su aspecto lógico, la prevención es indudablemente *obligatoria*, por cuanto

se encuentra permitida la acción de preventiva, más no la omisión de preventiva, una vez verificada la probabilidad, proximidad o inminencia del daño.

Dado que la prevención de daños es para los jueces un deber, no pueden sustraerse de éste cuando las constancias comprobadas de la causa donde ejercen su función indiquen que existe el riesgo de la producción de un daño, de acuerdo a las demás reglas que aporta el sistema.

La Cámara 4ta de apelaciones en lo civil y comercial de Córdoba ha dicho que “la función preventiva constituye una actividad puesta en marcha por los tribunales como consecuencia de haber tomado conocimiento de determinados riesgos con motivo o en ocasión de intervenir en determinado proceso y con la finalidad de preservar intereses superiores. Se ha sostenido que la prevención, como mecanismo neutralizador de perjuicios no causados o aminorador de efectos nocivos de los en curso de realización, es al día de hoy una efectiva preocupación y anhelo del intérprete. Ese derecho a la prevención, asegurado por la Constitución Nacional como garantía implícita, en el derecho privado juega como un mandato dirigido a la magistratura, cuya función preventiva de daños es una nueva faceta de su accionar, tanto o más importante que la de satisfacer o reparar los perjuicios ya causados. También el juez tiene una responsabilidad social. Y si entonces era así, cuánto más debe serlo en la actualidad: el nuevo Código Civil y Comercial contempla la denominada “acción preventiva”, que aunque no es la de autos, conlleva un claro mandato, tal el evitar la causación de un daño”<sup>1</sup>.

## 2. Aplicación en relación al tiempo

Aclarado este punto, lo siguiente es resolver el primer problema jurídico que tiene que ver con el derecho transitorio ¿Cuándo es operativo el deber de prevención de daños contenido en la normativa sustancial?

La indeterminación del derecho en este punto es causada a raíz de la calificación jurídica de las disposiciones que regulan la acción preventiva. En general, se dice que si tales normas fueran *sustanciales*, por el principio de irretroactividad de la ley, no sería posible su aplicación a hechos consumados en el pasado o a procesos ya iniciados. Por el otro lado, si se calificara a dichas normas como *procesales* -o normas que regulan la actividad de las partes y del juez en el proceso- su aplicación es inmediata, con el único límite de la preclusión procesal.

Pese a ello, nos adelantamos a afirmar que las normas referidas a la prevención del daño son de *vigencia inmediata*. Ya sea que se las considere en su naturaleza como normas procesales o sustanciales, la solución en uno u otro caso es idéntica. En consecuencia, es inútil la disquisición teórica sobre la naturaleza jurídica procesal o sustancial de los artículos 1710 a 1715 del CCCN en relación al problema de la vigencia temporal de las normas en comentario.

Para el supuesto que se las considere normas procesales, la aplicación inmediata emana directamente del artículo 887 del CPCC. Si, por el contrario, se las considera como normas sustanciales, su aplicación también es inmediata por imperio del artículo 7 del CCCN que establece que las leyes se aplican a las “consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”. En este caso en particular, se infiere que un daño previsible aun no causado o una consecuencia de un daño no agravada es susceptible de prevención mientras se mantenga en este estado.

<sup>1</sup> Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Cuarta Nominación. Cba. 28/4/16, Sent. nro 40 “M., M. M. E. C. Empresa Provincia De Energía De Córdoba (Epec)- Ordinario - Daños Y Perj. - Otras formas de Respons. Extracontractual - Recurso de Apelación(Expte. N° 1279260/36)”.

La aplicación inmediata ha sido la solución proclamada por la novel jurisprudencia cordobesa con relación a este tópico. La Cámara de Apelaciones de Primera Nominación Civil y Comercial de Córdoba ha dicho que: “ingresando a la procedencia de la petición de la actora, cabe precisar que su objeto engasta en la denominada ‘función preventiva de daños’ reconocida expresamente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (artículos 1710/1715), por lo que ‘iuranovitcuria’, corresponde efectuar su tratamiento a la luz de tal normativa, la cual es de neto corte procesal y de aplicación inmediata (artículo 7º CCC y artículos 887 C.P.C.)”<sup>2</sup>.

### 3. Vías procesales para ejercer la acción

En cuanto a las vías procesales para ejercer la acción, la inseguridad jurídica deviene de la existencia de una *laguna técnica*<sup>3</sup>, puesto que en general los ordenamientos jurídicos procesales provinciales no han sancionado ni reglamentado normas que indiquen el modo de ejercicio de esta acción.

A falta de normativa específica, podemos mencionar que en el caso de Córdoba su ejercicio se ha subsumido en el clásico remedio de las medidas cautelares, reguladas en nuestro Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba en los artículos 456 y siguientes.

Sin embargo, las medidas precautorias tienen la limitación de que son accesorias a un proceso principal -que de ordinario es el juicio de indemnización- y por ello, no pueden ejercitarse de manera autónoma. Todo lo cual hace necesario la promoción de un juicio en que la parte quizás no tiene interés, con el sólo objeto de promover la acción preventiva mediante tutela cautelar.

Esta situación ocasiona una *contradicción axiológica* con respecto a la nueva normativa, puesto que lo que intenta procurar el CCCN es dotar de independencia la pretensión preventiva de la indemnizatoria. Luego, subordinar la acción preventiva a otra acción autónoma luce como un verdadero despropósito de acuerdo a la nueva regulación.

A falta de regulación de las medidas *autosatisfactivas* y/o *cautelares autónomas* en el Código Procesal de Córdoba, cabe decir que el remedio más idóneo para ejercer la acción será la acción de amparo, siempre y cuando se den sus requisitos de admisibilidad. Sin embargo, tratándose ésta de una acción de excepción -por sus requisitos de admisibilidad-, en numerosas ocasiones será necesario accionarse por intermedio del juicio declarativo ordinario o abreviado según corresponda, procedimiento éstos últimos que se caracterizan por la amplitud de debate y falta de celeridad en la tramitación.

La actividad de prevención de un daño exige -de ordinario- una actuación rápida, por lo que los procesos urgentes o juicios de conocimiento sumario y/o abreviado lucen más idóneos a tales fines. Siendo ello así, las vías procesales reguladas actualmente no parecen satisfacer la celeridad y sencillez que exige la pretensión preventiva, por lo que la falta en el ordenamiento de vías procesales idóneas genera una tendencia del litigante a utilizar vías procesales no reguladas por nuestro Código de Procedimientos -por ejemplo, las mencionadas medidas autosatisfactivas o cautelares autónomas-.

Ello genera inseguridad jurídica subjetiva, puesto que no es posible predecir el comportamiento de los jueces: la experiencia demuestra que magistrados más formalistas rechazan el ejercicio de la acción por falta de cumplimiento de recaudos procesales, y algunos menos

<sup>2</sup> Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Primera Nominación. Cba. 31/8/16, A. nro 246. “Superior Gobierno de La Provincia de Córdoba C/Figueroa Juan Aurelio - Acciones Posesorias - Reivindicación –(Expte N° 2647261)”.

<sup>3</sup> “Un ordenamiento presenta una laguna técnica toda vez que falte en aquel una norma cuya existencia es condición necesaria para la eficiencia (y/o para la efectividad) de otra norma (Guastini, 2016)”.

formalistas, procedan a la apertura de la instancia preventiva sin regulación haciendo alusión a las facultades *activistas* de los jueces que se plasman en la regulación nacional.

En el primer caso, se genera incertidumbre con respecto a las costas del proceso que fue inadmitido y se corre el riesgo de frustrar la pretensión preventiva. En el segundo caso, lo que se genera es un verdadero proceso atípico, que no tiene regulación legal sino judicial, con riesgo de vulnerar el derecho de defensa de las partes y el principio republicano de gobierno de división de poderes.

Finalmente y muy ligada a la idea de actuación de oficio que prescribe el artículo 1713 del CCCN, la pretensión preventiva debe ser ejercida por el juez de una causa aun de oficio, dictando mandatos preventivos en cualquier tipo de juicio. Ello así por cuanto los textos disponen que *todas* las personas están obligadas a prevenir daños y los jueces *deben* dictar medidas preventivas de oficio en la sentencia o a petición de parte (artículo 1713 CCCN) para prevenir daños.

Al respecto la jurisprudencia ha dicho que “cabe señalar asimismo que la función preventiva del daño, es una de las especies del denominado proceso urgente y puede ser dispuesta por los tribunales en diversos tipos de procesos como el amparo, las medidas autosatisfactivas, los juicios declarativos; y de modo principal o accesorio, a través de un mandato preventivo. Como explica el prestigioso procesalista Jorge W. Peyrano, a través de tal mandato “el órgano jurisdiccional puede y debe, oficiosamente, emitir órdenes judiciales (aún respecto de terceros ajenos al proceso civil respectivo) cuando la sustanciación de un proceso le ha dado la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no”<sup>4</sup>.

Rivera (2015, p. 1692) dijo que “la norma establece dos tipos de acciones preventivas. La primera es la que existe ya en el derecho argentino y que se viabilizará mediante la correspondiente medida cautelar y requerirá de la promoción de un proceso principal del cual será accesorio. Esta acción es similar a la del artículo 2499. La segunda es la más novedosa. Se trata de una acción preventiva autónoma, que no necesitará de un proceso principal y que se agotará en su dictado. Este tipo de sentencias había sido ya reconocida por la jurisprudencia como medidas autosatisfactivas y similares, pero es la primera vez que llegan al Código Civil”.

#### 4. Facultades judiciales: extensión, límites y derechos de las partes en el proceso

Es correcto lo señalado por la doctrina en tanto se dice que “en la actualidad se advierte un rol más activista en las funciones de los jueces. Es de reparar que cuando se accede a la jurisdicción a los fines de salvaguardar derechos propios, a veces, vemos cómo una decisión jurisdiccional intenta proteger, además, los derechos de otros, como resulta en el caso de la prevención de los daños (...) A partir del fallo ‘Altamirano’, la doctrina dividió sus aguas con relación a este punto. Por un lado, se encuentran aquéllos que están de acuerdo con el dictado de medidas preventivas de oficio - flexibilizando el principio de congruencia- por considerar que actualmente el juez debe tener, como sostenemos, responsabilidad social. Por otro lado, están los que rechazan la flexibilización de este

<sup>4</sup> Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Primera Nominación. Cba. 31/8/16, A. nro 246. “Superior Gobierno De La Provincia De Córdoba C/Figueroa Juan Aurelio - Acciones Posesorias - Reivindicación -(Expte N° 2647261)”.

principio por entender que se vulneraría el principio constitucional de la debida defensa” (Barrera, 2015)<sup>5</sup>.

Del deber de los jueces de actuar de oficio se sigue el activismo judicial destinado a prevenir daños. Empero, la vaguedad de la redacción de aquellas disposiciones normativas en comentario no permiten dilucidar un límite a esta función de oficio. Mucho menos existen normas expresas que pongan un límite normativo a la actividad oficiosa judicial. En este sentido, nos encontramos ante una *laguna axiológica*, puesto que se evidencia que el legislador no ha tenido en cuenta una propiedad relevante del sistema a la hora de legislar, como es el caso de propiciar supuestos de hecho normativos en los cuales se dispongan los casos en los que los jueces no pueden actuar de oficio (v. gr., cuestiones patrimoniales de interés privado).

Detrás de las facultades judiciales, se encuentran las garantías de los litigantes, quienes tienen derecho a la imparcialidad e *imparcialidad* del juzgador durante el proceso. En este sentido, una intromisión judicial que no esté justificada conforme a principios y reglas jurídicas expresas o implícitas, generan un desequilibrio procesal debido a que el Juez de una causa actuará en defensa del interés privado de la víctima, en desmedro de su contraparte.

A falta de reglas expresas sobre los límites oficiosos de las atribuciones judiciales, es necesario recurrir a principios expresos e implícitos del sistema. Sin embargo, existe una realidad innegable: las potestades que se derivan del orden público, derechos indisponibles por las partes y defensa de intereses “*difusos o individuales homogéneos*” exigen al Estado, y en consecuencia al Poder Judicial, un rol más protagónico en la defensa de los derechos de las personas, justificándose en tales casos el activismo judicial.

#### 4.1. Parámetros útiles para la interpretación de la acción preventiva

No existiendo normas expresas que limiten el rol del juez en la prevención del daño, nos preguntamos ¿Cuál es el límite de las potestades judiciales?

Anticipamos que este punto puede encontrarse en la afectación al orden público, derechos indisponibles, intereses individuales homogéneos e intereses colectivos (medio ambiente, consumidores, menores, incapaces, etc.).

Se ha dicho correctamente que “es responsabilidad del Estado crear y ejecutar el derecho público. Aún cuando la ley también regule aquí conductas privadas, su ejecución es del interés del Estado y de sus agentes. De acuerdo con este modelo, el interés público en la ejecución requiere una maquinaria ejecutiva pública”<sup>6</sup>.

El fallo “Gimenez Domingo”<sup>7</sup> es un ejemplo de ello y justifica el mandamiento preventivo en la sentencia en la afectación al derecho a la vida de un grupo homogéneo de sujetos. En el caso, se trataba de niños que jugaban cerca de un predio perteneciente al Estado Nacional, que a raíz de un pozo de considerable tamaño y las abundantes lluvias, se caían en él y quedaban atrapados sin poder salir, produciéndose la muerte por ahogamiento.

<sup>5</sup> Barrera, Mónica. La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, su impacto en el proceso civil y las facultades condenatorias e instructorias de los jueces. Infojus. 16 de Julio de 2015. Id SAIJ: DACF150372, publicado en [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar).

<sup>6</sup> Cámara Federal de Apelaciones, Sala Tercera. La Plata. 8/8/88 “Giménez, Domingo y otra c. Estado nacional - Ejército Argentino”. LA LEY 1989-C, 117.

<sup>7</sup> Cámara Federal de Apelaciones, Sala Tercera. La Plata. 8/8/88 “Giménez, Domingo y otra c. Estado nacional - Ejército Argentino”. LA LEY 1989-C, 117.

Ocurrieron varias muertes en las cuales los actores solicitaban el resarcimiento del daño moral, pero ninguno solicitaba que se condene al Estado Nacional a reparar el pozo. Finalmente, la Cámara Nacional ordenó de oficio, con el objeto de proteger la vida de los demás niños habitantes del lugar, condenar al Estado Nacional y a la Municipalidad a reparar el vicio a su costa.

La ley General del Ambiente, contiene disposiciones sobre la prevención del daño y facultades judiciales, que son de gran utilidad a la hora de aplicarla.

Los artículos 30, 32 y 33 hablan de la legitimación para accionar (Defensor del Pueblo, entidades Gubernamentales, Estado Nacional, Provincial y Municipal), las facultades del juez<sup>8</sup> (medidas cautelares, probatorias etc.) y efectos de la sentencia<sup>9</sup> respectivamente. Y establecen algunos parámetros orientadores de la actuación judicial. Por ejemplo, el artículo 32 dispone que “El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. 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. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. 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”.

#### 4.2. Actuación de oficio

Los jueces civiles pueden y *deben* actuar de oficio y dictar en su sentencia medidas para prevenir el daño. Sin embargo, la norma no establece los supuestos de hecho en los cuales esa actuación de oficio debe hacerse efectiva, todo lo cual parecería ser que dada la amplitud de los términos de la norma, en cualquier circunstancia los jueces podrían actuar de oficio.

Ahora bien, la actuación de oficio disminuye o cesa en la medida que el interés debatido en juicio sea privado y patrimonial (principio de disposición de la acción). No se justifica entonces que el juez intervenga en un proceso donde lo discutido versa sobre relaciones privadas entre sujetos *iguales* de neto corte patrimonial. En estos supuestos, la actividad judicial debe ser la típica del proceso civil clásico, un juez con un rol espectador que necesita de la petición de parte para actuar (*nemo iudex ex officio*). Esta exigencia surge como corolario del derecho de defensa en juicio, el debido proceso (artículo 18 CN) y el derecho a la igualdad (artículo 16 CN) que impiden al juez tutelar por sí mismo el interés privado de alguna de las partes.

Por el contrario, a medida que una conducta previsiblemente dañe intereses colectivos, derechos indisponibles, o ponga en riesgo la afectación del interés público, las facultades de los jueces se amplían en orden a la prevención de daños, pues el Estado no puede quedar expectante frente a la lesión de intereses considerados esenciales para la comunidad.

<sup>8</sup> El artículo 32 expresa que “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. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. 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”.

<sup>9</sup> Artículo 33 LGA: “La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”.

En un fallo dictado por la Cámara Primera Civil y Comercial de Córdoba se hizo lugar a una medida preventiva en base a la posible afectación del medio ambiente.

El caso se trataba de una acción reivindicatoria de cosa inmueble iniciada por Estado Provincial contra un particular en el que se solicitaba como medida cautelar el ingreso al predio, para evitar un foco de contaminación que ocasionaba riesgo de incendio y daño ambiental. La Cámara resolvió *extra petita* y a la par de hacer lugar a lo solicitado por el Gobierno de Córdoba, le permitió ingresar al predio de manera restringida para la eliminación de los riesgos al ambiente (a su costa) y le impuso el deber al juez a quo la tomar de medidas necesarias para implementar la medida<sup>10</sup>.

### 4.3. Medidas probatorias

Sostenemos que los jueces también están facultados para dictar medidas probatorias, ello así pese a que las normas no lo digan expresamente surgen de ellas de manera implícita.

La facultad de solicitar medidas probatorias de oficio surge como una norma implícita del deber de los jueces de detener la actividad probablemente dañosa. La iniciativa probatoria se justifica en tanto y en cuanto, si los jueces *deben* tomar las medidas necesarias -de oficio o a petición de parte- para prevenir el daño, necesariamente deben estar facultados para dictar medidas de prueba que le aporte datos de conocimiento acerca de la existencia del daño que exija prevención. Si ello no fuera así, sería un absurdo otorgarle a los jueces una facultad de oficio que no pueden ejercer por no estar en condiciones epistémicas de conocer si existe un daño probable.

El acto de conocimiento del juez es un *prius* acto de decisión. Sólo en conocimiento de la real existencia, entidad y demás características de las circunstancias del daño, la decisión del juez será eficiente.

En la mayoría de los supuestos el magistrado podrá estar en condiciones de dictar mandamientos de prevención del daño de acuerdo a las propias constancias comprobadas de la causa. Empero, si ello no fuera así, el juez podrá dictar alguna medida -siempre y cuando se respete el criterio de la menor restricción posible- para recabar la información preliminar que estime conveniente a los fines de que su resolución sea la más adecuada posible.

En un caso de la ciudad de Córdoba, la madre del menor fallecido inició acciones contra la Empresa Provincial de Energía Eléctrica, persiguiendo el resarcimiento de los daños padecidos con motivo del accidente que ocasionó la muerte de su hijo en virtud de haber pisado un cable pelado en un terreno baldío. La Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba<sup>11</sup> hizo lugar a la demanda y encomendó al juez de primer grado, a los fines de prevenir que el daño se repita, la realización de una inspección judicial en el lugar del hecho a los fines de verificar la subsistencia de la situación fáctica de autos y en tal supuesto, que se 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’”.

Como contrapartida de esta norma implícita surgen cuestiones debatidas que se presentarán con respecto a las facultades probatorias, como es la siguiente. ¿Qué pasará en aquellos casos donde el juez solicite una medida de prueba de oficio, y de la producción de ella se deriven elementos

<sup>10</sup> Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Primera Nominación. Cba. 31/8/2016. A. nro 246 “Superior Gobierno De La Provincia De Cordoba C/Figueroa Juan Aurelio - Acciones Posesorias - Reivindicación –(Expte N° 2647261).

<sup>11</sup> Cámara De Apelaciones Civil y Comercial de Cuarta Nominación. Cba. 28/4/16. Sent. Nro. 40 “M., M. M. E. C. Empresa Provincia De Energía De Córdoba (Epec)- Ordinario - Daños y Perj. - Otras Formas de Respons. Extracontractual – Recurso de Apelación (Expte. N° 1279260/36)”.

probatorios que perjudiquen a una u otra parte, independientemente de quien haya ordenado la medida?

Esta situación no está reglamentada por el CCCN ni el Código de Procedimientos de Córdoba, y generan inseguridad jurídica a los litigantes puesto que la plataforma fáctica de la *litis*, puede verse modificada por el material probatorio que ingrese al proceso por iniciativa del Juez.

La jurisprudencia ha dicho al respecto que “si del contexto fáctico del caso sometido a decisión se advierte que subsiste la génesis dañina, el Tribunal no puede permanecer indiferente y debe tender a evitar futuros posibles daños a terceros ajenos al proceso; en el caso, a los habitantes del lugar donde ocurrió el luctuoso accidente”<sup>12</sup>. Por esta razón, consideramos que si el Juez ha actuado dentro de sus límites probatorios, la prueba incorporada es del proceso, y puede –en consecuencia- perjudicar o beneficiar a cualquiera de las dos partes<sup>13</sup>.

#### 4.4. Principio de Congruencia

Como corolario de las facultades oficiosas del juez, su deber de actuar independientemente de la excitación de parte, y el mandato de prevenir daños atribuido por el legislador en el artículo 1710 del CCCN, los jueces no se ven *atados* a las reglas que rigen la congruencia (artículo 330 CPCC).

La sujeción estricta al principio de congruencia significaría restringir las decisiones judiciales a los hechos alegados y probados por las partes, lo cual es justamente lo que se procuró evitar. Una solución de tal tipo estaría abiertamente en pugna con la *ratio legis* de la figura, ocasionando problemas de sub y sobre-inclusión entre la interpretación de la regla formulada y las intenciones del legislador, lo cual genera nuevamente inseguridad jurídica<sup>14</sup>.

Por ello, existe una *contradicción axiológica* entre el artículo 330 del CPCC y el artículo 1713 del CCCN, por cuanto el primero dispone que la sentencia “deberá tomar por base en la sentencia la exposición de los hechos contenidos en los escritos de demanda y contestación o de ampliación, en su caso” y el segundo dispone que el juez “debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda”. Por consiguiente, esta *inconsistencia* debe solucionarse por imperio del criterio de que la ley jerárquicamente superior prevalece sobre la de menor jerarquía (*lex superior derogat lex inferior*), entonces deberá darse prelación normativa a la aplicación de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación.

Sobre la flexibilización al principio de congruencia nuestra jurisprudencia dijo “(...) Que lo resuelto en la presente resolución, no excede la competencia del tribunal de Alzada, ni infringe de modo alguno el principio de congruencia, desde que lo dispuesto, además de estar actualmente previsto en el nuevo Código Civil y Comercial, responde a poderes inherentes al juez que respaldan su actuación en la armoniosa aplicación de todo el ordenamiento y que, con responsabilidad social, le impele a ejercer activamente. Despliega así un régimen de obligaciones procesales y fijación de

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> No debemos olvidar que nuestro máximo TSJ ha dicho que la falta de alegación del eximiente culpa de la propia víctima no impide al Juez declararla de oficio, puesto que a ellos corresponde verificar la existencia de los presupuestos sustanciales de la responsabilidad civil. Siendo ello así, el control de la relación causal o su ruptura puede ser declarada de oficio cuando surja prueba de este hecho en autos. TSJ de Córdoba (Sala Civil y Comercial) .Cba. 25/4/17. Sent. Nro. 30: "Olmos, Lorena Paola c/ Parties SRL – Ordinarios – Otros – Recurso de Casación (Expte. N° 851611/36)". Semanario Jurídico. Número: 2117. 10/08/2017. Cuadernillo: 6. Tomo 116. Año 2017 - B. Página: 230.

<sup>14</sup> Puesto que existirán jueces formalistas que resuelvan de acuerdo a un modelo *atrincherado* y otros que resuelvan de acuerdo a un modelo *conversacional*.

competencias y prestaciones activas a cargo de una o varias de las partes, de terceros o de funcionarios públicos. Que revisten fuertes tintes de carácter preventivo, cautelar, de urgencia. Y cubren la finalidad de prevenir daños indeterminados o potencialmente colectivos, frente a la amenaza cierta de una causa productora de daños. Que ni el juez ni la sociedad deben correr el riesgo de que acontezcan si, jurídicamente, son y pueden (deben) ser evitados...”<sup>15</sup>.

#### 4.5. Competencia

La vaguedad de la regulación -en el sentido de que en la sentencia el juez debe tomar las medidas para prevenir el daño- y la ausencia de normativa específica provincial -lagunas técnicas- han abierto el paso a la flexibilización de las reglas de competencia de la magistratura.

En razón de dichas normas, tanto un juez de primera instancia como una Cámara e inclusive el Tribunal Superior, pueden advertir en cualquiera de esas instancias el riesgo de producción de un daño y deben actuar para evitarlo.

De acuerdo a una interpretación literal de los textos, allí donde la ley no distingue el intérprete no debe distinguir. El mandato del legislador no reconoce límites de grado, puesto que el deber se atribuye a todo el Poder Judicial, independientemente de qué funcionario sea el actuante, sin ninguna restricción normativa.

La competencia material también es susceptible de ser flexibilizada y por tal motivo, se resolvió que un juez puede dictar válidamente decisiones ajenas a su competencia con el fin de evitar daños, ya sea que invada las esferas propias del Derecho Penal, de Familia, Laboral y/o administrativo. Un ejemplo claro es el caso citado “Giemenez”, donde la Cámara basó su decisión en normas del Derecho Minero, ajenas a la competencia del Juez Civil.

### 5. Inseguridad jurídica. Aspectos relevantes

De conformidad a lo expuesto, los textos normativos sin duda dejan márgenes de inseguridad jurídica relevantes, al punto tal de casi no poder justificarse la reforma del nuevo CCCN.

El plexo normativo contiene distintos defectos normativos: lagunas técnicas (escasez de normas que indiquen el modo de ejercicio de esta acción); contradicciones axiológicas (carácter principal o accesorio de la acción preventiva); ineficiencia (tendencia del litigante a utilizar vías procesales no reguladas ante la escasa legislación procesal); vaguedad y textura abierta (de la redacción de aquellas disposiciones normativas que no permiten dilucidar un límite a esta función de oficio como así tampoco establece los supuestos de hecho en los cuales esa actuación de oficio debe hacerse efectiva); inconsistencias normativas (activismo o actuación de oficio: deber de actuar vs. proceso privado dispositivo: deber de no actuar); etc.

En primer lugar, los defectos enunciados *producen inseguridad jurídica objetiva*, por cuanto el derecho en sí no cumple con estándares mínimos de calidad (certeza, no vaguedad, no ambigüedad, consistencia, razonabilidad, etc.).

En segundo lugar, los problemas numerados generan *inseguridad jurídica subjetiva*, puesto que no es posible predecir el comportamiento de los jueces, a partir del texto normativo, o del

<sup>15</sup> Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Primera Nominación. Cba. 31/8/2016. A. nro 246 “Superior Gobierno De La Provincia De Cordoba C/Figueroa Juan Aurelio - Acciones Posesorias - Reivindicación – (Expte N° 2647261).

lenguaje común utilizado por el legislador: el ciudadano es incapaz de predecir razonablemente el carácter deóntico de sus acciones.

Consecuentemente, la imposibilidad de establecer el carácter deóntico de la conducta, impide que el ciudadano *ciertamente* pueda desarrollar su plan de vida en libertad e igualdad en la materia tratada. En otras palabras: ¿Cuándo prevenir?, ¿Cuándo está justificado prevenir?, ¿Cómo prevenir?, ¿Qué resultados obtendré de la acción preventiva?, ¿Qué vía he de utilizar? ¿Qué consecuencias jurídicas serán aplicadas a cierto estado de cosas? Todos estos interrogantes no pueden ser respondidos con un mínimo de razonabilidad, sujetándose la acción a estándares voluntaristas y arbitrarios de los órganos de aplicación del derecho del Estado.

## Conclusiones

El deber de prevenir daños alcanza -por imperio de los artículos 1710 y 1713 del CCCN- a la judicatura, siendo factible hablar de una verdadera Función Jurisdiccional Preventiva.

Este nuevo rol social atribuido a los jueces, produce una ampliación de sus facultades en el proceso, de tal manera que el proceso clásico es insuficiente para dar respuesta a la nueva exigencia de prevención de daños.

Nuestro Código Procesal Civil y Comercial no contiene regulación alguna respecto a los problemas que se plantean respecto del ejercicio de la acción preventiva -vías para ejercerla, armonización con otros derechos, plazos etc.- produciéndose así, diversos tipos de problemas normativos que generan inseguridad jurídica (falta de predictibilidad de las decisiones judiciales).

Asimismo, la lacónica redacción de las disposiciones normativas citadas, junto con la vaguedad de sus términos, producen lagunas de reconocimiento que generan indeterminación del derecho.

De acuerdo con una interpretación literal, las facultades de los jueces son de tal amplitud, que repercuten en cuestiones de competencia, principio de congruencia, iniciativa probatoria, actuación de oficio, etc.

El límite de las facultades de los jueces no surge de normas expresas, pudiendo encontrarse en principios y reglas jurídicas implícitas basadas en la afectación al orden público, intereses colectivos e individuales homogéneos.

A medida que el interés privado debatido en juicio sea más palmario, menor activismo judicial, y viceversa. De lo contrario se produce un desequilibrio en la igualdad procesal que afecta al debido proceso establecido en nuestra Carta Magna.

El texto normativo en materia de prevención de daños, resulta lógica y hermenéuticamente defectuoso, imposibilitando predecir las consecuencias que se siguen de los actos, o la calificación legal, promoviendo inseguridad jurídica tanto en el sentido objetivo como subjetivo.

## Bibliografía

- Alchurrón, Carlos, Buligyn, Eugenio (2012). *Sistemas Normativos*. Buenos Aires: Astrea.  
 Andruet, Armando Segundo (2013). *Teoría General de la Argumentación Jurídica*. Córdoba: Alveroni.

Barrera, Mónica. *La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, su impacto en el proceso civil y las facultades condenatorias e instructorias de los jueces*. Infojus. 16 de Julio de 2015. Id SAJ: DACF150372, publicado en [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar).

Bueres Alberto (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. Tomo II. Buenos Aires: Hammurabi

Cesar Rivera, Julio, Medina, Graciela (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo IV. Buenos Aires: La Ley.

GuastiniRiccardo (1999). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Méjico DF:Universidad Nacional Autónoma de Méjico.

GuastiniRiccardo (2016). *La sintaxis del derecho*. Barcelona: Marcial Pons.

Lorenzetti, Ricardo Luis (1995). *Las normas fundamentales del Derecho Privado*. .Santa Fe: RubinzalCulzoni.

Lorenzetti, Ricardo Luis (2009). *Teoría del Derecho Ambiental*. Buenos Aires: La Ley.

Lorenzetti, Ricardo Luis (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. T. VIII. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores

Malem Seña, Jorge (2017). *Pobreza Corrupción e Inseguridad Jurídica*. Madrid: Marcial Pons.

Shauer, Frederick (2004). *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons.

Zavala de González, Matilde (2015). *La Responsabilidad Civil en el Nuevo Código*. Tomo I. Córdoba: Alveroni

Zavala de González, Matilde (2011). *Función preventiva de daños*. Publicado en: LA LEY 03/10/2011 , 1 • LA LEY 2011-E , 1116.