

TRABAJO FINAL PRESENTADO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
MAGÍSTER EN DERECHO CIVIL
POR LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

**ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA
SOBRE LA TUTELA PREVENTIVA DEL DAÑO (PERIODO 2015-2020)
ALCANCES Y DELIMITACIONES DESDE EL TRIALISMO JURÍDICO**

MAESTRANDA: QUIMEY BÁEZ SEVILLA

DIRECTOR: GUSTAVO RAÚL ARBALLO

SANTA ROSA, LA PAMPA

ARGENTINA

2023

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN	6
§ 1. El tema y el objeto de este estudio	6
CAPITULO I.....	9
§ 2. Antecedentes de la tutela preventiva del daño.....	9
2.1. La aplicación de la tutela preventiva a través de la articulación de medidas cautelares.....	12
2.2. La incorporación de la tutela preventiva del daño en el Código Civil y Comercial: el contexto social y normativo de la reforma.	15
CAPITULO II.....	22
§ 3. El marco teórico: la teoría trialista del derecho.	22
3.1. La dimensión social de la sentencia preventiva del daño.	22
3.2. La dimensión normativa de la sentencia preventiva del daño.....	25
3.3. La dimensión axiológica de la sentencia preventiva del daño.	31
CAPITULO III.....	34
§ 4. El marco metodológico de la investigación.....	34
CAPITULO IV	40
§ 5. El marco normativo de la tutela preventiva del daño en el Código civil y comercial de la Nación.....	40
5.1. La reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.....	40
5.2. El deber general de prevención. El artículo 1710 del Código Civil y Comercial.....	44

5.3. El deber de neutralizar el daño como factor de atribución del deber de reparar.	53
5.4. La acción preventiva del daño. El artículo 1711 en el Código Civil y Comercial de la Nación.	55
5.5. El presupuesto de la antijuridicidad de la conducta.	58
5.6. El presupuesto de la previsibilidad del resultado nocivo.	60
5.7. El presupuesto de la posibilidad de impedir el daño.	62
5.8. El presupuesto de acreditación de la lesión a un interés razonable.	64
5.9. El presupuesto de la inexistencia del factor de atribución.	66
5.10. El presupuesto legitimación para el reclamo de la tutela preventiva del daño. El artículo 1712 del Código Civil y Comercial de la Nación.	69
5.11. Personas interesadas en la prevención.	70
5.12. Síntesis de los presupuestos de admisibilidad y procedencia de la tutela preventiva del daño.	71
CAPITULO V	73
§ 6. El marco jurisprudencial de la tutela preventiva del daño en Argentina (período 2015-2020): Análisis de las sentencias.	73
6.1. Análisis del marco formal de las sentencias: el título y la materia.	74
a) Título de la sentencia.	74
b) Materia.	77
6.2. Análisis del marco normativo de las sentencias: el deber de prevención, la antijuridicidad y el encuadre procesal.	78
6.2.1. Categoría deber de prevención.	78
a) sustrato social.	80
b) sustrato normativo.	86
c) sustrato axiológico.	90

6.2.3. Categoría antijuridicidad.....	93
a) sustrato social.....	94
b) sustrato normativo.	98
b.a) Sentencias con antijuridicidad formal.....	102
b.b) Sentencias con antijuridicidad no valorada.	111
c) sustrato axiológico: sentencias con antijuridicidad material.....	114
6.2.4. Propuesta para la construcción del concepto antijuridicidad.	121
6.2.5. Categoría encuadre procesal.	126
a) sustrato social.....	132
b) sustrato normativo.	135
CAPÍTULO VI	147
§ 7. La sentencia preventiva del daño: el artículo 1713 del código civil y comercial de la nación.	147
7.1. La configuración jurisdiccional de la tutela preventiva: la sentencia y el mandato preventivos. Análisis de las categorías a pedido de parte y de oficio, naturaleza de la obligación, criterios de menor restricción posible y medio más idóneo, justificación de la sentencia y tutela preventiva concedida y denegada.	150
7.2. La aplicación de la tutela preventiva de oficio y la afectación al principio de congruencia.	158
7.3. Los requisitos de la sentencia preventiva: obligaciones de dar, hacer o no hacer. La ponderación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo.....	162
7. 3. a) solicitud de parte o de oficio.....	163
7.3. b) medidas provisionales o definitivas.	164
7.4. Categoría naturaleza de la obligación: Las obligaciones de dar, hacer o no hacer.....	168

7.5. Categoría criterios de menor restricción posible y medio más idóneo.	172
7.6. Directivas para la ponderación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo	183
7.6. a) El criterio de “menor restricción posible”	183
7. 6. b) El criterio de “medio más idóneo”	185
§ 8. Categoría justificación de la sentencia preventiva del daño.	187
8.1. La eficacia de la sentencia preventiva del daño.	190
§ 9. Categoría tutela preventiva del daño: Concedida y denegada	193
CAPÍTULO VII	197
§ 10. Conclusiones.	197
10. 1. Alcances y delimitaciones de la sentencia preventiva del daño del Código Civil y Comercial en la jurisprudencia argentina (período 2015-2020).	197
10.2. Consideraciones finales sobre los perfiles y delimitaciones de la sentencia preventiva del daño.....	218

INTRODUCCIÓN

§ 1. El tema y el objeto de este estudio.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), vigente desde el año 2015, incorporó las funciones de prevención y reparación, ambas vinculadas al daño y dispuso que las disposiciones del Título V incluidas en el Libro Tercero referido a los derechos personales son aplicables a la prevención del daño y a su reparación (cfr. art. 1708).

La incorporación de la *función preventiva* al régimen de responsabilidad civil permite canalizar las demandas para prevenir el daño. Para ello el Código introdujo la acción preventiva como herramienta que se efectiviza como pretensión sustancial para reclamar y proteger un interés y que deriva en una sentencia (cfr. 1711).

La función preventiva implica una flexibilización del derecho de daños dado que, tradicionalmente, el Derecho de Daños se formulaba sobre la premisa de la reparación retrospectiva de daños ciertos y pasados con una lógica restitutiva-indemnizatoria. En cambio, con la función preventiva, cada una de esas variables se ve flexibilizada y reestructurada. La reparación ya no es retrospectiva sino prospectiva, los daños pueden no estar consumados, sino en proceso de consumación, y no se busca compensar sino evitar o minimizar el daño en curso.

Esta flexibilización y reestructuración del derecho de daños tiene implicancias que involucran cambios en las credenciales de legitimidad (tanto para quien reclama como a quien se reclama), los criterios probatorios y de admisibilidad y los dispositivos remediales. Es decir, el proceso queda abierto a nuevas hipótesis y actores (el *input*) y se flexibiliza la reacción (*output*) o “reparto de poder” que deriva de la sentencia judicial.

Para ello, es necesario que la sentencia preventiva se analice desde un marco teórico que permita visibilizar el cambio y su impacto en la realidad social por lo que se considera que el marco teórico que ofrece el trialismo jurídico, con su mirada analítica y abarcativa de las dimensiones *sociológicas*, *normológicas* y *axiológicas* (*dikelógicas*), permitirá analizar y comprender el cambio del fenómeno en todas sus dimensiones. Al mismo tiempo, posibilitará mostrar el funcionamiento de la tutela preventiva en la realidad social.

Sobre esa base, el objetivo de esta tesis es mostrar, determinar, descubrir y definir el alcance de la sentencia en la tutela preventiva a través del estudio de la casuística resuelta por la jurisprudencia argentina con posterioridad a la entrada en vigor del CCyC, concretamente entre los años 2015 y 2020, y verificar como hipótesis que:

(i) La ausencia de delimitaciones concretas acerca de la sentencia preventiva del daño disminuye el uso del instituto por parte de las personas que reclaman y a quienes reclaman, los profesionales del derecho y quienes ejercen la judicatura.

(ii) La imprecisión del término ponderación y la indefinición de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo, como pautas para la sentencia de la acción preventiva, dificultan la aplicación de soluciones preventivas por parte de quienes ejercen la judicatura.

Con el trabajo de investigación desarrollado y la constatación de las hipótesis mencionadas será posible determinar:

(i) si persisten los paradigmas clásicos (apego a la antijuridicidad formal, anclaje en daños ya ocurridos, etc.) en la forma en que el órgano judicial resuelve las demandas preventivas.

(ii) si a pesar de esa persistencia, y a tenor de la amplitud dada por el legislador, la praxis judicial muestra flexibilidad y adaptación a casuísticas heterogéneas, con ejemplos variados de aplicación de la tutela preventiva del daño y con las herramientas procesales disponibles que permitan encuadrar y canalizar la APD, y

(iii) si en el estado actual de la jurisprudencia, esa combinación de flexibilidad y heterogeneidad ha derivado en la carencia de criterios sistemáticos que suplan las indefiniciones normativas del legislador, lo cual explicaría y a la vez consolidaría la permanencia de los paradigmas clásicos de la responsabilidad civil en la forma de resolver las demandas preventivas.

La metodología utilizada para el relevamiento y el estudio de los datos obtenidos de las sentencias relevadas en base a las categorías aportadas por la teoría trialista permitirán verificar o refutar las hipótesis formuladas y comprobar las afirmaciones expuestas en los puntos anteriores.

CAPITULO I

§ 2. Antecedentes de la tutela preventiva del daño

Los antecedentes de la tutela preventiva del daño responden a la construcción del mundo jurídico de una época determinada. Ello es así en la medida en que la construcción del derecho, que puede concebirse como una perspectiva de toda la vida humana, nos incumbe de diversas maneras como individuos y como partes del complejo humano en un contexto histórico determinado.

Para comprender los antecedentes históricos de la prevención del daño hay que considerar el contexto social en el que se van gestando los cambios. Así, surge la necesidad de anticiparse a la producción de los daños porque la función resarcitoria de la responsabilidad civil es insuficiente para satisfacer las demandas sociales generadas por el acto lesivo.

Estos cambios van condicionando la manera en que se desenvuelven y adjudican los repartos de aquello que favorece o perjudica la vida humana (potencias e impotencias-derechos y obligaciones) (dimensión sociológica) que son captados por normatividades (la reforma del CCyC con la incorporación de la función preventiva es un ejemplo claro de esto) que los describen e integran (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión axiológica) (Ciuro Caldani, 2019).

Las potencias e impotencias se reparten por los repartidores (constituyentes, legisladores, jueces, administradores, gobernantes, etc.) y se reciben por los beneficiarios (el pueblo, las personas humanas, los actores y demandados, los administrados, los gobernados, etcétera).

En primer término, el reparto se dio en el marco del encuadre tradicional del régimen de responsabilidad civil. Dicho encuadre se desarrolló en el contexto social del Estado liberal clásico que no admitía la responsabilidad preventiva porque la

consideraba una indebida injerencia de los poderes públicos (repartidores) en la esfera privada de las personas (recipiendarios).

La captación normativa de la realidad social seguía los principios de la Revolución Francesa y la afirmación de la libertad individual frente a los avances del Estado concebía a los derechos como dotados de valor de cambio donde la tutela resarcitoria por el equivalente del valor del daño se consideraba suficiente ante la comisión de un ilícito (Marinoni, 2010).

Al mismo tiempo, el modelo de proceso clásico se caracterizó por un rol exegético del ejercicio de la función judicial en el que la sentencia, aún en su condición de reparto, reducía la actividad jurisdiccional a la mera aplicación de la ley, era solo declarativa del derecho y no admitía que la autoridad judicial diera órdenes, pues prevalecía la idea de una rígida delimitación de los poderes de intervención estatal en la esfera privada (De los Santos, 2016). En esta realidad el real repartidor era el legislador puesto que el juez solo replicaba lo regulado en la norma.

La prevención del daño solo se preveía derivada del proceso a través de las medidas cautelares y de las regulaciones aisladas de tutelas anticipadas (por ejemplo: alimentos provisorios). La pretensión meramente declarativa era la única acción preventiva autónoma en la que la intervención judicial se limitaba a la declaración de la existencia y alcances de un derecho o de una relación jurídica que suponía una vía preventiva indirecta.

Con la transformación y evolución de la sociedad y del Estado surgieron nuevas situaciones y relaciones (vinculadas a la protección de los derechos de contenido no patrimonial o predominantemente no patrimonial), que carecían de tutela normativa y jurisdiccional que impidiera su vulneración y de mecanismos que permitieran la remoción de los efectos concretos derivados de su agresión.

En los primeros años del siglo XX la teoría general de la responsabilidad civil comenzó a experimentar importantes cambios que se prolongaron durante toda esa centuria y los primeros años del siglo XXI. Esa compleja evolución se visibilizó como la traslación desde un sistema centrado en la sanción de la conducta subjetivamente reprochable de una persona hacia otra y que ponía el acento en el resarcimiento de todo perjuicio injustamente sufrido.

Por el contrario, el derecho de daños moderno se enfoca en la prevención del perjuicio como finalidad primordial. Se trata de revisar la función clásicamente otorgada a la función resarcitoria y enfocarse en actuar con anterioridad a que el daño se produzca (Picasso y Sáenz, 2015).

La necesidad de adaptar las normas a la realidad social cambiante se produce porque las adjudicaciones jurídicas de lo que favorece o perjudica la vida se desarrollan en marcos vitales que pueden resolverse en términos de lo que se considera justicia. La dimensión sociológica permite desenmascarar y dinamizar lo expuesto en las normas y lo considerado en términos de valor. Siempre es necesario “saltar” de las normatividades a la realidad social y a los valores para conocer la vida humana tal cual es (Ciuro Caldani, 2019).

En la legislación argentina, esto ocurre con la necesidad de protección de otros derechos, de naturaleza distinta a la patrimonial, y con la recepción de mecanismos de tutela preventiva incorporados en la legislación nacional e internacional introducida en la Constitución Nacional. En efecto, la prevención del daño encontró fundamento constitucional en el artículo 43 de la Constitución nacional con la regulación del derecho de amparo y el habeas data.

En el derecho internacional la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) brindó tutela a los derechos personales al establecer el derecho de toda persona al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad y que 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 agresiones ilegales a su honra o reputación y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques (art. 11, incs. 1 a 3, PSCR).

Antes de la reforma del CCyC, la tutela preventiva aparecía en el artículo 1067 del régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield (reformado por la ley 17.711), que establecía que existía responsabilidad civil cuando se había causado un daño y también por el que lo pudiera causar. La orden de cesar en la ejecución de una actividad ofensiva (que disponía el artículo 1083 del Código Civil) configuraba una regulación preventiva y, al mismo tiempo, fijaba como medio resarcitorio la

restitución de la situación al mismo o similar estado de cosas en que se hallaba antes del daño.

También existieron antecedentes legislativos de tutela preventiva en los interdictos y en las acciones posesorias, (en especial el legislado en el artículo 2499, 1er párrafo del Código Civil derogado que regulaba la turbación en la posesión que sufriese un menoscabo por una obra nueva en un inmueble que no fuese del poseedor); en el artículo 2500 que autorizaba al juez a ordenar la suspensión de la obra durante el juicio y a su terminación mandar a deshacer lo hecho, entre muchos otros. Con posterioridad, la Ley 21.173 incorporó al Código civil el artículo 1701 bis, que protegía el derecho a la intimidad en forma similar a como lo hace actualmente el artículo 1770 del CCyC.

La inclusión constitucional de los denominados derechos de tercera generación en el año 1994, también denominados derechos de la solidaridad como el derecho al ambiente, el patrimonio histórico y cultural, a la defensa de la competencia, a los derechos de usuarios y consumidores de bienes y servicios, la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (modificada por Ley 26.361) y la Ley General de Ambiente 25.675 fijaron tutelas preventivas específicas.

Se consolidó la idea de que los denominados derechos de tercera generación solo tendrían adecuado resguardo si se preveía la posibilidad de su tutela preventiva, puesto que la indemnización resarcitoria no compensaría el daño causado.

Paralelamente, en el ámbito del derecho procesal, la labor jurisprudencial y legislativa de la prevención del daño ya había iniciado hace más de veinte años con la elaboración doctrinaria de las denominadas tutelas materiales de urgencia o procesos urgentes (Morello, 1992), para distinguirlas típicamente como cautelares o asegurativas de la eficacia de la sentencia. La tutela preventiva comenzó a perfilarse y aplicarse a través de la articulación de las medidas cautelares.

2.1. La aplicación de la tutela preventiva a través de la articulación de medidas cautelares.

La tutela preventiva comenzó a aplicarse a través de las medidas cautelares autosatisfactivas y anticipadas (CPCC Chaco (art. 251), La Pampa (arts. 231 y 305), Formosa (art. 232 bis), Santiago del Estero (art. 37) y San Juan (arts. 242, 675 y 676), reguladas por los códigos provinciales como instrumentos idóneos para acordar una tutela preventiva y de urgencia de los derechos amenazados o vulnerados. También las acciones de amparo y de habeas data cumplían dicha función, con mayor o menor intensidad. En el caso del amparo su funcionalidad estuvo limitada por la Ley Nacional de Amparo 16.986.

La construcción de técnicas específicas de tutela preventiva era necesaria ante la ausencia de un proceso de conocimiento pleno que permitiera garantizar ese tipo de protección, en particular cuando la protección revestía carácter urgente.

Paulatinamente, fueron utilizándose medidas cautelares de naturaleza análoga que fueron adaptándose a las tutelas preventivas. Consecuentemente, comenzó a aplicarse extensivamente la medida cautelar genérica o innominada para supuestos ajenos a su ámbito y a su finalidad de asegurar la eficacia de la sentencia (De los Santos, 2010).

En efecto, a diferencia de la medida cautelar genérica o innominada, las tutelas preventivas y de urgencia procuraban evitar daños o su agravamiento por lo que los requisitos legales a los que se sujetaba la operatividad de las medidas cautelares no eran aplicables a las acciones preventivas ni a la tutela anticipada (De los Santos, 2010). Estas diferencias eran relevantes porque determinaban el radio de protección de los derechos y el encuadre procesal que correspondía asignarle en función de sus características propias.

La adaptación procesal de la tutela preventiva de los daños es consecuencia de un sustrato social que va cambiando y ese cambio se traduce en su captación lógica en las normatividades. Primero están los hechos y la realidad social y luego el derecho intenta adaptarse a ellos.

Desde la doctrina, y atendiendo a las estructuras procesales, las pretensiones preventivas han sido clasificadas según el origen de la amenaza de un ilícito en: a) pretensiones preventivas autónomas para evitar el daño o su agravamiento y b) en pretensiones procesales accesorias para evitar daños derivados del tiempo que

insume el proceso judicial, género que incluye a las medidas cautelares y a la tutela anticipada (De los Santos, 2010).

Las pretensiones autónomas de prevención y las medidas preventivas accesorias son tutelas autónomas y se aplican contra el ilícito, no son instrumentales ni accesorias y la decisión que se adopte, una vez firme, es definitiva. En cambio, las cautelares y anticipadas son accesorias de un proceso principal y esencialmente provisionales.

También han sido clasificadas según la urgencia involucrada en: a) acciones urgentes y b) acciones preventivas sin peligro en la demora. Las urgentes están signadas por la inminencia de la producción efectiva del daño que, al tiempo de su formulación, constituye una mera amenaza. Dentro de esta categoría encuadran como herramientas procesales las medidas cautelares y también las tutelas anticipadas. La tutela anticipada es la acción de protección sin peligro en la demora, en donde la amenaza de daño no es inminente, sino que transcurrirá un lapso considerable hasta que el riesgo de daño puede concretarse (Peyrano, 2016).

Por último, se las puede clasificar como: a) acciones preventivas o de protección indiferenciadas (arts. 2157 y 3158 del CC derogado) y b) acciones preventivas portadoras de una tutela especial. Las acciones preventivas o de protección indiferenciadas tutelan derechos que no conllevan especiales exigencias y suelen ser acciones con contenido patrimonial sobre derechos fungibles cuyas condenas son susceptibles de ser ejecutables por terceros o de ser sustituidas dinerariamente sin mayores inconvenientes (De los Santos, 2016).

A diferencia de las acciones preventivas o de protección indiferenciadas, las acciones preventivas portadoras de tutelas especiales se vinculan a la protección de derechos extrapatrimoniales (protección del ambiente, la intimidad, etc.) o a personas en situación de vulnerabilidad (niños, niñas o adolescentes (De los Santos, 2014), personas con restricciones a la capacidad, entre otros y las condenas que se dicten deben ser cumplidas sin admitir la ejecución por otro o la sustitución por prestaciones en dinero.

En la pretensión preventiva autónoma hay que diferenciar las finalidades inmediatas de las acciones preventivas (órdenes judiciales de hacer o no hacer), de las finalidades mediatas, que operan sobre la realidad y son muy variadas (cesar,

paralizar, impedir su continuación, rectificar, morigerar los efectos nocivos ya en curso, evitar la repetición de daños ya ocurridos, entre otros). En el desarrollo de este trabajo de investigación se mostrarán varios ejemplos de ambas finalidades.

Al mismo tiempo, la finalidad inmediata puede hacer reconocer finalidades mediatas que poseen características singulares. Por ejemplo, cuando se dispone a retirar un producto del mercado debe realizarse una adecuada difusión para advertir a los consumidores y lograr retirar los que contienen fallas (Zavala de González, 1999). Otro ejemplo puede verse en materia de polución ambiental en el que también las órdenes de hacer se pueden hacer efectivas a través de finalidades mediatas idóneas como es la de disminuir los daños ya producidos (Peyrano, 2014).

No obstante, si bien la variedad de acciones y medidas cautelares disponibles en los códigos de procedimientos locales lograban, en cierta medida, contener las demandas de naturaleza preventiva, las características propias de la prevención del daño requirieron que el sistema jurídico contemplara la construcción de un procedimiento autónomo y suficiente que garantizara su articulación.

Por ello, la legislación fue incorporando progresivamente herramientas concretas para cumplir con el objetivo de la tutela preventiva, cambio que fue propiciado por parte de la doctrina (Lorenzetti, 1995). Por su parte la jurisprudencia fue evolucionado favorablemente con el fin de lograr soluciones tendientes a priorizar la función preventiva, incluso flexibilizando la congruencia.

2.2. La incorporación de la tutela preventiva del daño en el Código Civil y Comercial: el contexto social y normativo de la reforma.

La sanción del CCyC, que incorporó la tutela preventiva del daño (específicamente en el Título V, Otras fuentes de las Obligaciones, Capítulo I, Responsabilidad Civil, Sección 1ª, artículos 1710 a 1715) y con ello el deber general de prevención, produjo un cambio significativo en el régimen de responsabilidad civil.

La incorporación de la tutela preventiva al CCyC se explica en el marco de un contexto y modelo político que pretende, en gran medida, invertir los objetivos sarmientinos. Observado en su conjunto, el Código promueve la igualdad entendida

como el opuesto a la no discriminación e incrementa la referencia a la comunidad como ocurre con la recepción de la atención constitucional a los derechos colectivos (Ciuro Caldani, 2015).

El Anteproyecto también subrayó que se distingue normativamente el derecho de la ley. Se especifica que una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica y se plantea un panorama de fuentes. Deroga varias normatividades y se destacan los principios que exigen la necesidad de preparación de los operadores jurídicos (Ciuro Caldani, 2015).

Sobre esa base, el CCyC será, como toda norma, lo que los encargados de su funcionamiento, de modo principal los jueces y las personas que reclaman, lo hagan ser, condición que tiene relevancia especial por las facultades nuevas que se asignan a los jueces en el curso de los neoconstitucionalismos, el razonamiento por principios y la consideración de que la injusticia extrema no es derecho. También influirán las categorías jurídicas relevantes, como las de distribuciones y los repartos de la dimensión sociológica, la exactitud, el impacto y la eficiencia de las normas en la dimensión normológica y las consideraciones de justicia de la dimensión dialógica, que, tal vez, hubieran requerido un debate mayor (Ciuro Caldani, 2015).

Antes de la reforma del 2014, el Código pretendía contener la regulación completa y sistemática de todas las relaciones civiles. Sin embargo, dicho sistema entró en crisis durante el siglo XX; entre otras razones, por la complejidad creciente de las relaciones sociales y económicas, y la necesidad de intervenir en las relaciones privadas para imponer determinadas medidas de política económica o para proteger a la parte débil. El CCyC vigente, en particular en el ámbito del derecho de daños, establece una prelación normativa para armonizar esas complejas relaciones que pueden establecerse en el sistema general del Código y entre este y otros “microsistemas” normativos.

La realidad en la que se asienta el Código es muy distinta de la que existía al momento de sancionarse los códigos decimonónicos del siglo XIX. En efecto, dichos cuerpos legales, que fueron producto de la Revolución Francesa, tenían por objeto poner fin a la dispersión legislativa y de fuentes que existía en el antiguo régimen y centralizar todo el sistema jurídico en un cuerpo único, claro y accesible (Picasso y Sáenz, 2015).

Sin embargo, con el advenimiento de las revoluciones industrial y tecnológica, además de las importantes transformaciones sociales que se produjeron durante el siglo XX, la pretendida completitud de los códigos resultó insuficiente, lo que produjo una importante dispersión legislativa. Este último proceso de descodificación estuvo marcado por la sanción, al margen de los códigos, de diversas normas especiales relativas a aspectos del derecho privado; (de ahí su denominación de “microsistemas”) que abordan sectores puntuales de las relaciones humanas de manera coherente y sistemática (Picasso y Sáenz, 2015).

El CCyC captó dicho fenómeno y es por ello por lo que no pretende ya condensar todo el derecho privado, sino únicamente sus principios generales. En este contexto normológico se incorpora la tutela preventiva que da origen a la función de prevenir anexada a la función de reparar originaria de la responsabilidad civil, ambas ensambladas alrededor del daño. El Anteproyecto de 2012 tenía otra redacción y establecía que las disposiciones del título referido a la responsabilidad civil eran aplicables a la prevención del daño, a su reparación y a los supuestos en que era admisible la sanción pecuniaria disuasiva y así asignaba tres funciones a la responsabilidad. No obstante, se mantuvo la modificación legislativa con la redacción actual fundada en la necesidad de que la autoridad de aplicación mantenga sus potestades y le impida a la autoridad jurisdiccional resolver estas cuestiones (Zavala de González, 2015).

El CCyC señala que las disposiciones del Título V, sobre “otras fuentes de obligaciones” (inserto en el Libro Tercero sobre “derechos personales”), son aplicables a la prevención del daño y a su reparación. Las normas de responsabilidad no se encuentran solo en este título sino en otros artículos referidos a afectaciones a la dignidad, a la responsabilidad del tutor por daños causados al niño, niña u adolescente, en materia de responsabilidad precontractual, entre otros (cfr. arts. 52, 118 y 991) (Zavala de González, 2015).

La función preventiva de la responsabilidad civil se encuadra en la necesidad de reestructurar el régimen de responsabilidad que se volvió ineficaz ante nuevas situaciones frente a las que la reparación era insuficiente. De este modo, la tutela preventiva contempla la protección preventiva de derechos e intereses que se consideran prioritarios (vg.r: el derecho a la salud, a gozar de un ambiente sano,

equilibrado y apto para el desarrollo humano, a la seguridad, a la información, a condiciones de trato equitativo y digno, a no soportar ninguna forma de discriminación, entre otros), (arts. 41 a 43 de la Constitución Nacional).

El cambio introducido implicó la declinación de determinados fundamentos y objetivos del régimen de responsabilidad civil tradicional, la reformulación de otros y la incorporación de algunos distintos o complementarios. Comenzaron a cuestionarse aspectos como la culpa (elemento fundamental de la responsabilidad civil); el resarcimiento como única respuesta del derecho de daños (excluida la prevención), el criterio restrictivo e individualista que demandaba la acreditación de un derecho subjetivo vulnerado y una afectación particular (sin contemplar la afectación de intereses simples o colectivos).

También se cuestionaron otros principios clásicos como el de plena reparación de daños y su sustitución por indemnizaciones tarifadas por leyes o prefijadas en cláusulas limitativas del resarcimiento o el de los seguros obligatorios, técnicas de seguridad social y fondos de compensación, entre otros.

No podía afirmarse entonces, que todos los daños y los conflictos pudieran ser resueltos con el pago de una indemnización, por lo que se reformula la antigua idea sobre responsabilidad civil, que era figura de carácter estrictamente privado y ceñida a la indemnización de daños, se borran fronteras entre derecho público y privado y la prevención de los daños comienza a visibilizarse como la protección de intereses comunitarios (Echevesti-Stigitz, 1991).

Con la prevención emerge la concepción comunitaria del daño que excede la mera afectación privada. La incolumidad física de las personas no es asunto exclusivo de ellas mismas porque sus afectaciones repercuten contra todos, aunque sea de modo difuso, ya sea porque se sacrifican recursos tendientes a su atención o por la pérdida de aptitudes que eran necesarias o útiles también para los demás (Zavala de González, 2015).

Si bien la función preventiva de la responsabilidad se orienta a evitar la producción total o parcial de los daños o su continuidad o agravación, no excluye la aplicación de la responsabilidad civil resarcitoria. En sentido coincidente, se sostiene que es posible un derecho de daños pluralista, que se integra a un sistema general de constitucionalización del derecho y, al mismo tiempo, se completa con otros

sistemas (o “microsistemas”) como el ambiental y el de los consumidores que contribuyen a enriquecer su regulación originaria para sus ámbitos de aplicación específicos (Hernández – Sozzo, 2011).

La prevención del daño brinda la posibilidad de contribuir a una tutela suficiente y a dar mejores respuestas a las víctimas de daños, presentes o potenciales y, al mismo tiempo, atender a las actividades legítimas y al derecho de defensa de potenciales dañadores, aunque el sistema requiere mayores ajustes para hacer esa tutela eficaz.

Precisamente, el grado de satisfacción de esa tutela está vinculado al grado de eficacia con la que opera para que no se produzcan daños o que, los que lamentablemente ocurran, tengan la menor entidad posible (Foglia, 2013).

La construcción justificada de las sentencias preventivas (que operan como repartos proyectados para el cumplimiento de las normatividades) y que integran el derecho a la vida humana es fundamental para garantizar la eficacia. Y, si bien podría afirmarse que la importancia de prevenir se reafirma frente a daños que no tienen una compensación equivalente en dinero (por los derechos que vulneran o porque suelen ser irreversibles), también ante bienes patrimoniales es más importante prevenir que reparar. La posibilidad de resarcir no deslegitima la finalidad de custodiar intereses valiosos porque siempre es prioritario prevenir antes que recomponer. Es preferible evitar un daño injusto, en cuanto no represente costos o sacrificios excesivos, en lugar de repararlo.

Entonces, es posible sostener que corresponde priorizar la responsabilidad preventiva en la medida en que tiene como objetivo anticiparse a la producción del daño o evitar que continúe produciendo efectos si está en vías de ejecución.

Esta prioridad se confirma en el CCyC en cuanto dispone que, ante cualquier conflicto sobre prelación normativa entre el CCyC y leyes especiales, debe aplicarse la disposición que mejor contribuya a prevenir los daños (conf. art. 1709, CCyC). En efecto, una función denota actuación al servicio de un fin, con enlaces entre las figuras del sistema que tornan factible realizarlo. Los fines atraen e imponen actividades congruentes para su logro, revelando como elaborar y dirigir los elementos estructurales (Acciarri, 2013).

La reforma del Código Civil acompañó el desarrollo doctrinario y jurisprudencial con el fin de encauzar el enfoque preventivo del daño como complemento de la naturaleza reparadora que caracterizó al régimen de responsabilidad civil. Y la tutela preventiva forma parte del derecho de daños como consecuencia de la incorporación como garantía del derecho a la tutela ante la mera amenaza de daño en el artículo 43 de la Constitución Nacional y de la inclusión como derecho fundamental de la tutela judicial efectiva y oportuna que, para ser preventiva, debe impedir (o anticiparse) al agravamiento del daño o su producción frente a la eventualidad de que se lesionen derechos o intereses.

El concepto “preventivo” responde a una noción amplia de daño que abarca el daño causado y la amenaza de un daño injusto entre los resultados lesivos que generan responsabilidad, con la idea de que la responsabilidad por daños no es solo reparadora y que de haberse producido algún daño debe evitarse su continuidad o agravación que constituye el objetivo de la teleología jurídica (Zavala de González, 2015).

Esta prevención colabora con el resguardo constitucional del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que también deriva del derecho internacional, en particular de los artículos 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica-, ratificado el 2 de febrero de 1984 e incorporado al derecho interno en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional vinculado a las garantías constitucionales involucradas en la prestación del servicio de justicia en materia civil y penal.

En efecto, la garantía de la tutela judicial efectiva no se circunscribe a la acción, sino que se extiende durante toda la sustanciación del proceso hasta la etapa de ejecución del mandato judicial a fin de resguardar el derecho sustancial. Para ser efectiva la tutela, también debe ser oportuna y, en algunos casos, deberá ser preventiva ante la mera amenaza a un derecho y para impedir su vulneración (De los Santos, 2010).

La tutela judicial para ser efectiva ha de ser preventiva pero la protección jurídica no se concreta únicamente con su recepción legal. Es necesario que las normas sean acordes y coherentes con la realidad social, que expresen con acierto el contenido de la voluntad de sus autores y de la comunidad respecto del orden de

repartos deseados y que esto se verifique en los hechos. Es decir, se requiere el cumplimiento de las normatividades en la vida humana.

Si bien el Derecho es direccionador de repartos proyectados que han de lograr su realización (Ciuro Caldani, 2015) la tutela preventiva se concreta a través de la admisibilidad de soluciones preventivas que construyen las sentencias.

El órgano jurisdiccional se convierte en repartidor de repartos que proyectan obligaciones preventivas y cumplen una función prioritaria en la construcción de los perfiles de la tutela preventiva y en el modo en que lo reglado (el régimen de prevención incorporado por el CCyC) se plasma en la realidad social y en una comunidad determinada.

La construcción eficaz de la tutela preventiva requiere la comprensión de las dimensiones sociales, normativas y axiológicas que subyacen en cada controversia judicial y también que las sentencias sean analizadas (y comprendidas) a partir de los aportes de la teoría trialista del mundo jurídico que constituye el marco teórico de este trabajo de investigación.

CAPITULO II

§ 3. El marco teórico: la teoría trialista del derecho.

3.1. La dimensión social de la sentencia preventiva del daño.

La teoría trialista del mundo jurídico permite integrar el derecho en la problemática de la vida humana. La vida humana es difícil de delimitar, su concepto genera múltiples discrepancias, pero es imposible prescindir de su consideración en todo lo que hacemos.

Para el trialismo, el Derecho es una perspectiva de la vida humana que nos incumbe de diversas maneras a todos como individuos y como partes del complejo humano. Propone que hay que reconocerse jurídicamente dentro de la vida humana, en particular dentro del juego de los intereses, (no siempre económicos), y la fuerza que no debe entenderse siempre como la fuerza sobre otros.

Sobre esa base considera que la vida humana puede abordarse tridimensionalmente, atendiendo a hechos de la realidad social (dimensión sociológica), normatividades (dimensión normológica) y valores (dimensión axiológica). Construye su modelo en una complejidad pura e incluye repartos de potencia e impotencia (dimensión *sociológica*), captados por normatividades que los describen e integran (dimensión *normológica*), valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión axiológica; también denominada *dikelógica*) (Ciuro Caldani, 2019). Las tres dimensiones existen y funcionan de manera integrada y simultánea y los problemas y las soluciones son tridimensionales.

La *dimensión sociológica* se constituye con referencia a *adjudicaciones* de lo que favorece o perjudica a la vida humana que se producen en el desenvolvimiento de energías, fuerzas e intereses. En esta dimensión, el Derecho se centra en los *repartos* que son adjudicaciones de potencias e impotencias –de lo que favorece o

perjudica al ser y a la vida- provenientes de la conducta de seres humanos determinables, pero también existen distribuciones en las que las adjudicaciones de potencia e impotencia que provienen de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar. Para el desarrollo de este trabajo de investigación se tomarán como referencia las adjudicaciones que provienen de la conducta de seres humanos determinables.

Los *repartos* contienen determinados elementos: *repartidores* (o conductores), *recipiendarios* (beneficiados o gravados), *objetos* que se reparten, *formas* (camino previos, más procesales o de mera imposición, más negociales o de mera adhesión) y *razones* (móviles de los repartidores, razones alegadas generalmente por los propios repartidores y razones sociales que atribuye la sociedad a los repartos cuando considera que son valiosos) (Ciuro Caldani, 1998). Estas categorías permiten visibilizar la tutela preventiva que se concreta en la sentencia entendida como un reparto del deber de prevención cuya conducción es ejercida por los repartidores jueces.

Desde la dimensión normativa es posible detectar el reparto en el mismo CCyC en cuanto establece 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; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (art. 1713).

Así, bajo el prisma trialista es posible definir a la sentencia preventiva como un *reparto*, dado por el juez (*repartidor*) al demandado (*recipiendario*) que consiste en una obligación de dar, hacer o no hacer (*objeto*), a través de los medios (*formas*), que considere más idóneos y menos restrictivos para cumplir con la finalidad de prevenir, disminuir o evitar el agravamiento del daño. Además, el juez ha de justificar su decisión (*razones alegadas*) para dar fundamento y fuerza de convicción a la sentencia.

Las *razones alegadas* tienen una base de justificación jurídica pero también hay una justificación sociológica que se materializa a través de la elección de medidas preventivas adoptadas en base a los criterios de menor restricción posible y del medio más idóneo y que producen un impacto social, v.gr. una sentencia que dispone que el municipio limpie un arroyo natural que recorre una zona urbana y que

es utilizado como depósito de residuos domésticos generará un impacto social positivo en la comunidad circundante dado que reducirá el riesgo de mayor contaminación y el riesgo de eventuales enfermedades que pudieran contraer los habitantes que residen en cercanías al arroyo.

La justificación sociológica también implica que las órdenes preventivas impartidas por el juez deben respetar la libertad de quienes ejercen regularmente sus derechos, sin abusos ni excesos que suspendan o afecten actividades necesarias y útiles o que puedan provocar un daño adicional del que pretende evitarse. Esto es así, dado que las medidas no siempre se dictan a favor de quien ejerció la acción sino a fin de preservar intereses difusos de terceros, en carácter de víctimas potenciales (Zavala de González, 2015).

Otro elemento que ha de considerar el juez es la magnitud de los costos preventivos o de precaución que deben guardar proporcionalidad con los beneficios de su eliminación o reducción y equilibrarse con la entidad de daños potenciales y de ventajas del responsable (Zavala de González, 2015).

En la tutela preventiva es posible aplicar la noción de desarrollo sostenido o sustentable, que procura satisfacer necesidades económicas, sociales, culturales y ambientales de la actual generación, sin poner en peligro la satisfacción de esas necesidades para las generaciones futuras.

Con estas variables, las razones que se aleguen en la sentencia preventiva, y que se desenvuelven en el terreno del discurso para apoyar las decisiones ante terceros, constituyen la justificación jurídico sociológica en sentido más propio y las razones sociales son la justificación que las decisiones repartidoras poseen ante la sociedad (Ciuro Caldani, 1998).

Es por ello por lo que la delimitación del deber de prevención en la sentencia requiere una base de justificación sociológica sólida que le otorgue la fuerza de convicción necesaria para ser cumplida y le permita proyectarse en forma positiva en la vida comunitaria en la que se inserta. Del mismo modo, el beneficio social que trae aparejada la prevención del daño, su disminución o impedimento de agravamiento permitirá que la sociedad le atribuya un carácter valioso a la sentencia preventiva en su condición de reparto.

Las categorías del trialismo permitirán visibilizar cómo se construyen los perfiles de la tutela preventiva y como se concreta dicha tutela en la realidad social.

3.2. La dimensión normativa de la sentencia preventiva del daño

En la *dimensión normativa*, las normas son captaciones lógicas de repartos proyectados que deben ser fieles, exactas y adecuadas, es decir, captar con acierto el contenido de la voluntad de sus autores, cumplirse y estar construidas del modo que más sirva a los fines de estos últimos. Es por eso por lo que la justificación puede ser útil para el logro de estos objetivos (Ciuro Caldani, 1998).

La justificación y las razones alegadas de las decisiones judiciales suelen expresarse formalmente en *vistos*, de característica más fáctica y *considerandos* con referencia más positivizada y axiológica. Asimismo, las decisiones judiciales, como *repartos* suelen ser, en general, *autoritarios*, desenvueltos mediante ordenanzas seguidas de obediencia o por ejecución directa y realizadores del valor poder.

En las decisiones judiciales, la justificación es muy importante porque puede contribuir a captar de un modo más eficiente la auténtica voluntad de los jueces, a lograr su cumplimiento y a una construcción normativa más apropiada. En el caso de la sentencia preventiva la justificación permite construir legitimidad y fuerza de convicción en aquellos a quienes se dirige.

Al mismo tiempo, los repartos proyectados que son captados en las normatividades procuran su realización, su concreción en las vidas de los seres humanos. Esta concreción se produce a través de un complejo de tareas denominado *funcionamiento de las normatividades* (Ciuro Caldani, 2019).

El *funcionamiento de las normatividades* incluye el de sus fuentes reales (formales y materiales) y el de los valores de referencia. Así, las fuentes reales pueden ir convirtiéndose socialmente de proyectos de repartos en realizaciones, los valores pueden llegar a ser requerimientos satisfechos, pero, desde esta perspectiva, las construcciones normativas, en su nivel lógico, van transformándose de captaciones de repartos proyectados en captaciones de repartos realizados.

Al mismo tiempo, las normas pueden ser *generales* o *individuales*, según se refieran a sectores sociales futuros y supuestos o pasados y descriptos, realizando respectivamente los valores predictibilidad e inmediatez (Ciuro Caldani, 1998). Las decisiones judiciales se expresan normalmente en normas individuales, y a su justificación le corresponde demostrar la realización de predictibilidad de las normas generales que se tengan en cuenta y evidenciar la realización de la inmediatez en la que se produce el contacto entre las abstracciones de las normas y la realidad de los casos. Una de las manifestaciones más claras de la búsqueda de la inmediatez son los vistos, en que se relatan los casos y los considerandos, donde se muestran las razones de derecho positivo y las razones axiológicas.

Para que los repartos proyectados en las normas se conviertan en repartos realizados es necesario que las normas funcionen y para ello las decisiones judiciales tienen que justificarse. En la sentencia preventiva se reparte el *poder* de prevenir que, en los casos en concreto, también puede ser comprendido como el *deber* de prevenir. El funcionamiento y la eficacia de la tutela preventiva dependen, en gran medida, de la forma en que los jueces adjudiquen estos repartos y de cómo justifiquen esa decisión.

Al mismo tiempo, la justificación contribuye también a esclarecer la interpretación y la aplicación de las mismas decisiones. Cuando las decisiones judiciales captan la realidad de las normatividades suelen incorporarle significados distintos de los que normalmente le corresponden, es decir, producen materializaciones. Esto suele ocurrir también con las justificaciones normativas y, en concreto, con la justificación de las decisiones judiciales. A través de su justificación, estructurada principalmente en vistos y considerandos, los jueces modifican los sentidos de la realidad convirtiendo, por ejemplo, hechos en pruebas apreciadas con un significado específico (Ciuro Caldani, 2019). La sentencia es la fuente formal más importante y su justificación formal es a menudo la expresión de una búsqueda de razonabilidad (Ciuro Caldani, 1998).

En suma, el funcionamiento normativo se traduce en el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la síntesis y la argumentación. También ha de incluir la aplicación y existe entre ellas una relación dialéctica funcional.

En la tarea del *reconocimiento*, el juez (como encargado del funcionamiento) establece que hay una normatividad que debe considerarse porque es válida, no nula, está vigente, no ha sido derogada por otra norma o por derecho consuetudinario contrario, y es constitucional y no inconstitucional. A los encargados del funcionamiento les corresponde la posibilidad del reconocimiento y el desconocimiento, correctos o no. Con la tarea de reconocimiento se debate la aplicabilidad de las normatividades (Ciuro Caldani, 2019).

En la sentencia preventiva esta tarea se traduce en el reconocimiento que hace el juez de que el asunto traído a su consideración resulta encuadrable en los artículos del CCyC que regulan las condiciones de admisibilidad de la tutela preventiva.

En la *interpretación* se le da contenido a la normatividad. Puede referirse a la interpretación que le atribuye la comunidad (interpretación literal), a la voluntad de la comunidad (interpretación social) o a la voluntad del autor (interpretación histórica). El *trialismo* originario orienta la interpretación a la auténtica voluntad del autor a fin de delimitar quien es el repartidor. Esta posición se corresponde con el sentido estricto de referencia a la realidad social de los repartos proyectados, aunque en la actualidad predominan las remisiones a la voluntad de la comunidad, que son en gran medida las referencias a la voluntad del encargado del funcionamiento.

La *determinación* se configura cuando hay una normatividad incompleta. Según el grado de incompletitud de la normatividad existente es necesario precizarla o reglamentarla o desarrollar principios (Ciuro Caldani, 2019).

Por su parte, la *elaboración*, es aquella que se produce frente a la carencia de normatividades. Elaborar es integrar el ordenamiento normativo y para ello han de emplearse elementos propios o ajenos, es decir, producir *autointegración* o *heterointegración*. La primera se vincula con la justicia formal mientras que la segunda refiere a la justicia material. La *autointegración* del ordenamiento se hace con materiales del mismo ordenamiento mientras que la *heterointegración* se hace con materiales ajenos. En este último caso se genera una *recepción normativa* (Ciuro Caldani, 2019). Asimismo, la *autointegración* y la *heterointegración* pueden producirse por analogía o por recurso a principios generales.

La *determinación* y la *elaboración* presentan nuevos desafíos que han de ser superados por el juez como intérprete de las normas. La interpretación normativa se complejiza frente a la diversidad de métodos de interpretación y la multiplicidad de resultados posibles a que esa diversidad conduce ante la imposibilidad de una metodología de métodos.

En efecto, hay muchos métodos de interpretación, incluso de interpretación constitucional y según se aplique un método (o una combinación de ellos) se llegará a uno u otro resultado (o proposición normativa aplicable al caso para su resolución). También suele ocurrir que la teoría del derecho no proporciona al intérprete ninguna jerarquía entre los métodos y los intentos solo han conducido al surgimiento de un nuevo método (es decir, la propuesta acerca de cómo relacionar distintos métodos entre sí no es más que otro método al que atender) y esto complejiza el problema (Cianciardo y Romero, 2015).

La normatividad de la tutela preventiva contiene algunas indeterminaciones: la ausencia de encuadre procesal específico de la acción preventiva que es regulada por el CCyC como pretensión sustancial y que requiere encuadre procesal, la *antijuridicidad* del daño y los *criterios de menor restricción posible* y de *medio más idóneo* que el juez debe *ponderar* para resolver la admisibilidad de la prevención en la sentencia.

Estas indeterminaciones podrían contribuir en el uso reducido de la tutela preventiva por parte de las personas, abogados y jueces que es una de las hipótesis que se intentará demostrar en este trabajo de investigación.

Al mismo tiempo, la indeterminación genera la necesidad de completar e integrar las normas. La elaboración, entendida como integración del ordenamiento en sus dos variantes (autointegración y heterointegración), contribuye a la determinación y la tarea fundamental de elaboración es encauzada por el juez a fin de lograr determinar las normas indeterminadas.

El relevamiento y análisis de las sentencias permitirá mostrar como los jueces solucionan los problemas de indeterminación normativa que subyacen en la regulación que el CCyC contiene respecto a la prevención del daño y como redefinen y elaboran los elementos antijuridicidad, la ponderación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo y la ausencia de encuadre procesal

específico. Todas estas tareas realizadas por el juez contribuyen al funcionamiento de la normatividad preventiva.

El proceso de funcionamiento también contiene la *aplicación*, que es la tarea compuesta por dos subtareas, la subsunción o encuadramiento del caso en la normatividad y la realización de la consecuencia jurídica (Ciuro Caldani, 2019).

En la decisión judicial preventiva, la aplicación se da cuando el juez que analiza el caso entiende que encuadra en el marco de la tutela preventiva del daño, decide su admisibilidad y proyecta una sentencia que obliga a una persona (humana o jurídica) a dar, hacer o no hacer algo para prevenir, disminuir o impedir el agravamiento del daño que es la consecuencia jurídica que considera aplicable. En la aplicación está el mayor poder del juez traducido en facultades jurisdiccionales, (en la decisión judicial preventiva puede actuar de oficio y también con relativo margen de flexibilidad respecto a lo requerido por las partes), y el mayor desafío.

Con la puesta en funcionamiento de las diversas tareas también se desarrolla la *realización* (efectivización) de la consecuencia jurídica que exige el cambio de los hechos (en la sentencia preventiva el juez determina la forma de concretar el deber preventivo). Cuando la sentencia preventiva es cumplida por la persona obligada (a quien va dirigido el deber de prevenir) se concreta la efectivización.

Si los repartos proyectados captados en las normas orientan su realización, la decisión judicial (que también es un reparto en sí mismo) procurará la realización del reparto proyectado captado en la norma. Dicho de otro modo, si la norma que regula la tutela preventiva orienta el reparto del deber de prevenir, la sentencia preventiva tiene que estar dirigida a materializar ese deber de prevención. Al mismo tiempo, la prevención se concreta cuando el daño es prevenido, disminuido o no agravado y se proyecta socialmente en la vida humana a través del complejo de tareas denominado funcionamiento de las normatividades.

El funcionamiento de las normatividades se refleja en la justificación de la sentencia que se ensambla al ordenamiento normativo general, construido en una estructura piramidal con relaciones verticales y horizontales, de producción y contenido que realizan respectivamente los valores de subordinación, ilación, infalibilidad y concordancia y que busca satisfacer el valor coherencia. En la medida que este último se encamina a la justicia, proyecta la armonía (Ciuro Caldani, 1998).

En la sentencia preventiva, el juez tiene el objetivo de encauzar la decisión judicial hacia la justicia. Por eso deberá examinar todos los medios disponibles, no solo el que cause la menor restricción a la libertad del obligado, sino también el remedio más eficaz para asegurar el cometido preventivo. La decisión preventiva se convierte en un instrumento de la constitución del ordenamiento normativo y de sus valores, que solo puede materializarse cuando la sentencia es eficaz.

Hay otros supuestos en los que es necesario adaptar los requerimientos, sintetizarlos, producir preferencias en las pretensiones o síntesis en sentido estricto que las modifican. De cierto modo la adaptación o *síntesis* es una reelaboración que impregna profundo en las jurisdicciones que se manejan. Esta problemática se refleja cuando se requieren los principios como mandatos de optimización a ponderar y sobre todo en las exigencias conflictivas de las normas, las instrucciones y los imperativos (Ciuro Caldani, 2019).

Otra de las tareas del funcionamiento es la de *argumentar*, de alegar para convencer, puede estar presente en todas las otras tareas del funcionamiento: se argumenta con miras al reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación y síntesis (Ciuro Caldani, 2019).

Para la teoría trialista, la argumentación se configura como una práctica discursiva que se dirige a demostrar y justificar eficazmente las soluciones jurídicas y que por eso constituye una tarea operativa sustentable del Derecho. Desde la dimensión normológica la argumentación posee carácter racional y explicativo que sustenta el mundo jurídico y desde la perspectiva valorativa, es una tarea discursiva sustanciadora del mundo jurídico que lo legitima social e institucionalmente (Dabove, 2015).

En la sentencia preventiva la argumentación debe brindar razones que justifiquen la adopción de la medida preventiva con apoyo en el derecho, pero también en valores y principios que permitan construir y consolidar una decisión más justa.

La argumentación es importante pero también lo son las adjudicaciones y los valores. En este sentido, la ciencia del Derecho debe esclarecer la argumentación, pero no debe considerarla su principal objetivo porque lo realmente relevante son las potencias e impotencias adjudicadas y sus valores. El verdadero sentido y razón de

la argumentación ha de ser la construcción de justicia. El trialismo, con su amplia perspectiva tridimensional de alcances, dinámica y posiciones y su culminación estratégica brinda diversos enfoques para la argumentación que han de ser receptados como marcos de referencia para la proyección de la decisión judicial (Ciuro Caldani, 2019).

El análisis de la prevención del daño desde la dimensión normológica permitirá determinar y delinear los perfiles normativos de la tutela preventiva, la manera en que los jueces superan los problemas de indeterminación, elaboran y sintetizan la tutela preventiva del daño y mostrar si estos problemas de indeterminación influyen en la disminución de las pretensiones que se canalizan a través de la tutela preventiva del daño.

3.3. La dimensión axiológica de la sentencia preventiva del daño.

La *dimensión axiológica* de la propuesta de construcción trialista se integra con un complejo de valores y los repartos y sus captaciones normativas deben concretarse en el valor justicia. Con ese objetivo, la justificación de la decisión judicial preventiva debe considerar si se halla de acuerdo con el complejo axiológico y con la justicia.

Al mismo tiempo, si la justificación es alegada contribuye a demostrar la justicia del reparto justificado y le agrega despliegues de justicia en cuanto a su razón. De hecho, el propio significado de la palabra justificación indica conformidad con lo justo (Ciuro Caldani, 1998).

La justificación implica presentar la verdad respecto de los hechos, las normas y los valores de la sentencia preventiva. Por otra parte, la justificación alegada es útil para el desarrollo de lo justificado y la justificación de la decisión judicial ha de serlo para lo decidido. También construye seguridad y legitimidad para sus beneficiarios, le otorga fuerza de convicción a la decisión y colabora para su seguimiento. Ello explica por qué los jueces (repartidores) suelen temer a la necesidad de justificación y en cambio los obligados por la sentencia o aquellos en quienes se proyecta la

decisión (recipiendarios) frecuentemente defienden su existencia (Ciuro Caldani, 1998).

Sin embargo, en la tutela preventiva la imprecisión de los conceptos de “ponderación”, “antijuridicidad”, “menor restricción posible” y “medio más idóneo” puede configurar un obstáculo para la construcción de repartos justificados.

Al mismo tiempo, hay que diferenciar la sentencia (reparto) justa de la sentencia justificada. La sentencia justa es el más justo de los repartos posibles, mientras que la sentencia justificada es el más justo de los repartos posibles para el repartidor (juez) de que se trata. Si nos enfocamos en el reparto aislado (la sentencia preventiva en su condición de reparto) lo más importante es la justificación, pero en realidad lo que se pretende es la justicia (Ciuro Caldani, 1998), es decir, el cumplimiento de la finalidad preventiva que es la de prevenir el daño.

La justificación es uno de los elementos más importantes en la construcción de la decisión judicial preventiva porque comprende a las dimensiones sociológica (a mayor justificación, mayor legitimidad en el reparto del deber de prevención), a la normativa (justificar permite captar el reparto proyectado en la norma y materializarlo) y a la dimensión axiológica (la construcción de la justificación, más allá de las razones alegadas, debe proyectar la justicia del reparto en el caso). La justicia del reparto justificado implica analizar la justicia del reparto de justificación.

Al mismo tiempo, justificar es un objeto digno de ser adjudicado (es un objeto repartidero) y en las decisiones judiciales permite demostrar, sobre todo, si existe verdadero proceso. También permite disminuir la distancia entre los repartidores jueces, los recipiendarios y la comunidad lo que permitirá concretar la igualdad (Ciuro Caldani, 1998).

La sentencia preventiva, si bien presenta la característica de reparto autoritario, debe ser comprendida y perfilada con arreglo a las dimensiones sociológica, normativa y axiológica para facilitar una mejor y mayor inserción en el tejido social, una mejor captación normativa del reparto del deber de prevenir proyectado en la norma y una mayor permeabilidad de las demandas preventivas y del impacto y proyección comunitaria de la prevención del daño.

Esta investigación tiene como objetivo mostrar si los jueces construyen sentencias preventivas justificadas en lo social y lo normativo y en los valores que subyacen de la tutela preventiva y si las imprecisiones e indeterminaciones normativas obstaculizan la construcción de decisiones axiológicamente justificadas.

CAPITULO III

§ 4. El marco metodológico de la investigación.

El trabajo de investigación se basó en el relevamiento de sentencias de la jurisprudencia argentina que resolvieron pretensiones preventivas en el marco de las regulaciones contenidas en el CCyC.

Para ello, se llevó a cabo una búsqueda segmentada en los buscadores de jurisprudencia argentina de La Ley, Microjuris y Rubinzal-Culzoni que se dividió en los años 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020. El año 2015 se consignó como referencia para el inicio de la búsqueda porque es el año de entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación.

El relevamiento se realizó hasta el año 2020 considerando que el estudio de los cinco primeros años de la aplicación judicial de la tutela preventiva del daño permitirá mostrar la construcción de los perfiles del instituto por parte de las personas que forman parte de los procesos judiciales y de los jueces.

Al mismo tiempo, para cada una de las búsquedas se asignaron las voces correspondientes a *acción preventiva*, *tutela preventiva*, *mandato preventivo* y *artículo 1711* (este último referido a la regulación de la acción preventiva del daño en el CCyC). Este sistema de búsqueda se repitió en los tres buscadores de jurisprudencia y se obtuvieron un total de 385 sentencias.

De las 385 sentencias se seleccionaron aquellas que resolvieron en base al marco normativo regulado por el CCyC para admitir o denegar la pretensión preventiva. De la selección se obtuvieron 96 sentencias que se distribuyeron según el año consignado por cada una de ellas en función de los años considerados como referencia de investigación para el relevamiento.

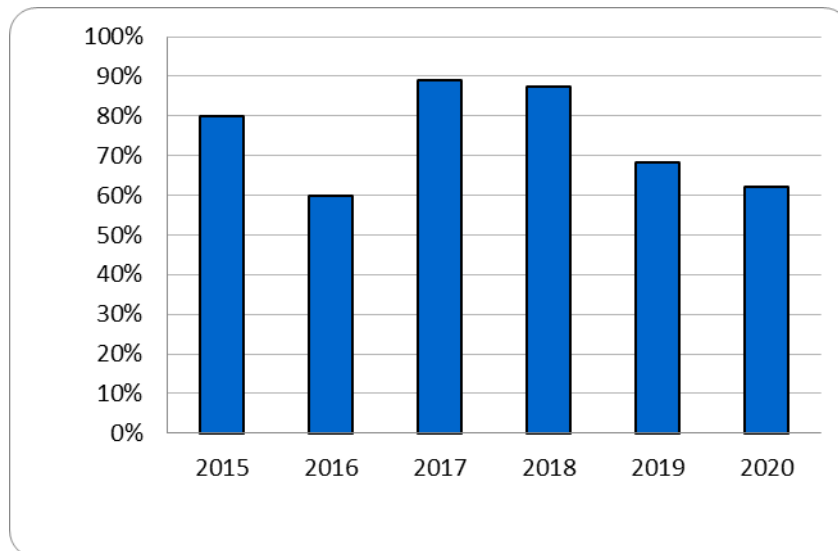
Del total de 96 sentencias relevadas, 19 de ellas corresponden a tribunales de primera instancia, 74 a tribunales de segunda instancia, 2 a tribunales de tercera instancia (Superior Tribunal o Suprema Corte provincial) y 1 a la Corte Suprema de la Nación. A los efectos de la investigación se considera que 96 sentencias constituyen una muestra suficiente que permitirá realizar un análisis de cada una de ellas en base a las categorías elaboradas para el trabajo de investigación.

A continuación, los cuadros n° 1 y 2 muestran la distribución de sentencias por años relevados expresados en cantidades y en porcentajes.

Cuadro N° 1: Distribución de sentencias por años relevados expresados en cantidades

Año	Sentencias
2015	5
2016	15
2017	9
2018	16
2019	22
2020	29
Total	96

Cuadro N° 2: Distribución de sentencias por años relevados expresados en porcentaje



Con los datos obtenidos se organizó el relevamiento en distintas secciones de análisis en una planilla en formato *Excel* que puede consultarse en este enlace <https://bit.ly/Base-Sentencias>.

Estas secciones de análisis se eligieron teniendo en cuenta el marco *formal* (en referencia a la estructura de cada sentencia) de cada sentencia. Se incluyeron así la sección denominada *a) título de la sentencia* (en esta sección se extrajeron los datos referidos al tribunal, la fecha y las partes de la sentencia) y *b) materia* (civil, penal, comercial, laboral y de las familias) según mostraron las sentencias.

Luego se incorporaron secciones de análisis en función del *marco normativo* regulado por el CCyC. Así, del contenido de cada una de las 96 sentencias se extrajo la información conforme a la siguiente división en categorías:

c) Deber de prevención: este punto de análisis deriva del artículo 1710 del CCyC vinculado al alcance del deber de prevención. El deber de prevención es comprensivo de las siguientes conductas: 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, o disminuir su magnitud y c) no agravar el daño, si ya se produjo. Esta sección de análisis se refiere a la persona a la que se le atribuye la obligación de prevenir según lo determina la sentencia. Puede ser una persona humana o una persona jurídica (pública o privada).

d) *Antijuridicidad*: comprende la verificación o la no verificación de la antijuridicidad del daño y la interpretación que hacen los jueces de este requisito en las sentencias.

e) *Encuadre procesal*: en esta sección se analizó si la demanda encuadró en una acción preventiva en los términos del artículo 1711 del CCyC o en otra figura procesal (medida precautoria, medida cautelar autónoma, amparo, medida de no innovar). La identificación de cada una de ellas se basó en los datos obtenidos del relevamiento y análisis de las sentencias.

f) *Acción u omisión*: se refiere a si la conducta que hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento se origina en una acción u omisión. Este criterio de análisis se basó en lo dispuesto en el artículo 1711 del CCyC.

g) *Pedido de parte o de oficio*: esta categoría se refiere a si la solicitud de tutela preventiva derivó de una persona física o jurídica o si el juez la dispuso sin requerimiento de parte. Estos elementos se basaron en lo dispuesto en el artículo 1713 del CCyC que regula la sentencia preventiva.

h) *Configuración jurisdiccional de la tutela preventiva*: en referencia a si la decisión se dispuso en una sentencia o en el marco de un mandato preventivo.

i) *Naturaleza de la obligación*: esta categoría de análisis tuvo en cuenta si la sentencia dispuso obligaciones de dar, hacer o no hacer según lo dispone el artículo 1713, del CCyC.

j) *Menor restricción posible o medio más idóneo*: en esta sección del relevamiento se determinó si en la sentencia se constató la valoración de los criterios menor restricción posible y de medio más idóneo como pautas de la decisión que fija el artículo 1713 del CCyC que regula los requisitos de la sentencia preventiva.

k) *Justificación de la sentencia*: esta categoría se refirió a si la justificación de la decisión de la sentencia preventiva, que admitió o denegó la tutela preventiva, derivó de elementos normativos, axiológicos o sociológicos.

l) Concedida o denegada: en este punto de análisis se determinó si la decisión admitió o denegó la tutela preventiva.

Los datos obtenidos del relevamiento fueron analizados en base a las categorías señaladas, teniendo en cuenta el sustrato social, normativo y axiológico de cada una de ellas.

La metodología adoptada para el análisis de las sentencias relevadas mostrará el perfil y funcionamiento de la función preventiva en la casuística resuelta por la jurisprudencia argentina. También permitirá determinar los perfiles de la sentencia preventiva desde las dimensiones social, normativa y axiológica y permitirá verificar si:

(i) La ausencia de delimitaciones procesales concretas de la acción preventiva del daño disminuye el uso del instituto por parte de las personas que intervienen en el proceso judicial y el órgano jurisdiccional representado por el juez.

(ii) La imprecisión del término ponderación y la indefinición de los criterios de menor restricción posible y medio más idóneo, como pautas para la sentencia de la acción preventiva, dificultan la aplicación de soluciones preventivas por parte de los jueces.

Con el trabajo de investigación desarrollado y la constatación de las hipótesis mencionadas será posible determinar:

(i) si persisten los paradigmas clásicos (apego a la antijuridicidad formal, anclaje en daños ya ocurridos, etc.) en la forma en que los jueces resuelven las demandas preventivas.

(ii) si a pesar de esa persistencia, y a tenor de la amplitud dada por el legislador, la praxis judicial muestra flexibilidad y adaptación a casuísticas heterogéneas, con ejemplos variados de aplicación de la tutela preventiva del daño y con las herramientas procesales disponibles que permitan encuadrar y canalizar la APD, y

(iii) si en el estado actual de la jurisprudencia, esa combinación de flexibilidad y heterogeneidad ha derivado en la carencia de criterios sistemáticos que suplan las indefiniciones normativas del legislador, lo cual explicaría y a la vez consolidaría la

permanencia de los paradigmas clásicos de la responsabilidad civil en la forma de resolver las demandas preventivas.

Para mostrar los perfiles de la tutela preventiva en la jurisprudencia argentina, es necesario considerar y analizar el marco normativo dado por la reforma del CCyC.

Este marco normativo será desarrollado en el siguiente capítulo y permitirá visibilizar los requisitos de procedencia y los criterios de admisibilidad que proyectó el legislador para la prevención del daño y en base a los cuales los jueces, como repartidores, adjudican los repartos y trazan los perfiles de la tutela preventiva en las sentencias analizadas.

CAPITULO IV

§ 5. El marco normativo de la tutela preventiva del daño en el Código civil y comercial de la Nación.

5.1. La reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

La reforma del CCyC muestra una tendencia a lograr la igualdad y al mismo tiempo incrementa la referencia a la comunidad, en especial, con la recepción de los derechos colectivos (Ciuro Caldani, 2015).

El Anteproyecto subrayó que se distingue normativamente el derecho de la ley, se especifica que una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica y se plantea un panorama de fuentes. Al mismo tiempo, deroga varias normatividades y se destacan los principios que exigen la necesidad de preparación de los operadores jurídicos (Ciuro Caldani, 2015).

Antes de la reforma del 2014, el CCyC pretendía contener la regulación completa y sistemática de todas las relaciones civiles. Sin embargo, dicho sistema entró en crisis durante el siglo XX; entre otras razones, por la complejidad creciente de las relaciones sociales y económicas y la necesidad de intervenir en las relaciones privadas para imponer determinadas medidas de política económica y proteger a la parte débil que derivaron en la creación de otros microsistemas legales al margen de los Códigos (Picasso y Sáenz, 2015).

El CCyC reformado, por el contrario, parte de la preservación de dichos microsistemas con los que además interactúa. En el ámbito del derecho de daños, trata de establecer reglas de prelación normativa que armonicen las complejas relaciones que pueden establecerse entre el sistema general del Código y los diversos microsistemas normativos (Picasso y Sáenz, 2015).

La reforma se asienta en una realidad muy distinta de la que existía al momento de sancionarse los códigos decimonónicos del siglo XIX. En efecto, dichos cuerpos legales, que fueron producto de la Revolución Francesa, tenían por objeto poner fin a la dispersión legislativa y de fuentes que existía en el antiguo régimen y centralizar todo el sistema jurídico en un cuerpo único, claro y accesible .

Con el advenimiento de las revoluciones industrial y tecnológica, además de las importantes transformaciones sociales que se produjeron durante el siglo XX, la pretendida completitud de los códigos resultó insuficiente, lo que produjo una importante dispersión legislativa. Este último proceso de descodificación estuvo marcado por la sanción, al margen de los códigos, de diversas normas especiales relativas a aspectos del derecho privado; que se acoplan en estos “microsistemas” que abordan sectores puntuales de las relaciones humanas (Picasso y Sáenz, 2015).

El CCyC no pretende ya condensar todo el derecho privado, sino únicamente sus principios generales. En este marco normológico, se incorpora la tutela preventiva del daño en el Título V sobre Otras fuentes de las obligaciones, Capítulo 1, Responsabilidad civil, artículos 1708 a 1715, aunque las normas de responsabilidad no se encuentran solo en este título sino en otros artículos referidos a afectaciones a la dignidad, a la responsabilidad del tutor por daños causados al niño, niña u adolescente, en materia de responsabilidad precontractual, entre otros (cfr. arts. 52, 118 y 991, CCyC).

Paralelamente al cambio introducido, declinaron determinados fundamentos y objetivos del régimen de responsabilidad civil tradicional, se reformularon otros y se incorporaron algunos distintos o complementarios.

Se reguló con carácter general una tutela preventiva que contempla la protección de derechos e intereses que actualmente se consideran prioritarios y otros de naturaleza comunitaria (vg.r: el derecho a la salud, a gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, a la seguridad, a la información, a condiciones de trato equitativo y digno, a no soportar ninguna forma de discriminación, entre otros), (conf. arts. 41 a 43 de la Constitución Nacional).

Comenzaron a cuestionarse aspectos como la culpa, entendida como aquella que conceptualmente reabsorbía todo el fundamento de la responsabilidad civil; el resarcimiento como única respuesta del derecho de daños (excluida la prevención), el criterio restrictivo e individualista que demandaba la acreditación de un derecho subjetivo conculcado y una afectación particular (quedando fuera de la afectación de intereses simples y grupales colectivos) (Echevesti-Stiglitz, 1991).

También se cuestionaron principios clásicos como el de plena reparación de daños y su sustitución por indemnizaciones tarifadas por leyes o prefijadas en cláusulas limitativas del resarcimiento o el de los seguros obligatorios, técnicas de seguridad social y fondos de compensación, entre otros.

Los daños y los conflictos no podían ser resueltos con el pago de una indemnización por lo que se reformula la antigua idea sobre responsabilidad civil, que era figura de carácter estrictamente privado y ceñida a la indemnización de daños, se borran fronteras entre derecho público y privado y la prevención de daños privados comienza a visualizarse como la salvaguarda de intereses comunitarios (Zavala de González, 2015).

La concepción comunitaria del daño implica considerar que la incolumidad física de las personas no es asunto exclusivo de ellas mismas en la medida en que sus afectaciones repercuten contra todos, aunque sea de modo difuso, ya sea porque se sacrifican recursos tendientes a su atención o por pérdida de aptitudes que eran necesarias o útiles también para los demás (Zavala de González, 2015).

Esta concepción y la función preventiva de la responsabilidad no implican excluir el sistema de responsabilidad civil resarcitorio sino que se orientan a evitar menoscabos, en forma completa o parcial o su continuidad o agravamiento. Como complemento, se sostiene que es posible un derecho de daños pluralista, que se integra a un sistema general de constitucionalización del derecho y, al mismo tiempo, se completa con otros sistemas como el ambiental y el de los consumidores que contribuyen a enriquecer su regulación originaria para sus ámbitos de aplicación específicos (Hernández y Sozzo, 2011).

Entonces, la adopción de la tutela preventiva no implica escindirla del resarcimiento, ni corresponde limitar la responsabilidad civil a esta última función, según ha sido su formulación tradicional .

Al mismo tiempo, la prevención brinda la posibilidad de dar tutela suficiente y respuestas satisfactorias a las víctimas de daños injustos, presentes o potenciales, sin desproteger actividades legítimas y el derecho de defensa de potenciales dañadores se vuelve más plausible.

Sin embargo, el grado de satisfacción de esa tutela se mide por la eficacia con la que opera en la realidad para que no se produzcan infortunios o que, los que lamentablemente acaezcan, tengan la menor entidad posible (Foglia, 2013). Las normas funcionan como verdaderas captaciones de repartos proyectados pero el cumplimiento de las normatividades que lo integran en la vida humana es fundamental para lograr su realización.

La eficacia de prevenir se torna importante ante daños que no pueden repararse en forma equivalente y que suelen revestir el carácter irreversible pero también ante bienes patrimoniales. La posibilidad de resarcir no deslegitima la finalidad de custodiar intereses valiosos porque siempre es prioritario prevenir antes que recomponer. Es preferible evitar un daño injusto, en cuanto no represente costos o sacrificios excesivos, en lugar de repararlo.

Esta prioridad se confirma en la prelación normativa que establece el artículo 1709 del CCyC en cuanto dispone que, ante cualquier conflicto sobre prelación normativa entre aquél y las leyes especiales, debe aplicarse la disposición que mejor “contribuya a prevenir los daños” (el destacado es propio).

La función preventiva del daño, además, denota actuación al servicio de un fin y permite enlazar otras normatividades que tornan factible realizarlo. Los fines atraen e imponen actividades congruentes para su logro y revelan como elaborar y dirigir los elementos estructurales (Acciarri, 2013).

El CCyC brinda el marco normativo para la puesta en funcionamiento de la tutela preventiva pero los perfiles de dicha tutela y el grado de eficacia dependerán de la aplicación que hagan los jueces a través de las sentencias.

Por eso, como toda norma, el Código será lo que los encargados de su funcionamiento lo hagan ser, de modo principal los jueces al interpretarlo y aplicarlo, pero también las personas parte de un proceso judicial, condición que tiene relevancia especial por las facultades nuevas que se asignan a los jueces en el curso de los neoconstitucionalismos, el razonamiento por principios y la consideración de que la injusticia extrema no es derecho (Ciuro Caldani, 2015).

También influirán las categorías jurídicas relevantes, como las de distribuciones y los repartos, la exactitud, el impacto, la eficiencia de las normas y las consideraciones de justicia.

5.2. El deber general de prevención. El artículo 1710 del Código Civil y Comercial.

El deber general de prevención tiene marco normativo en el artículo 1710 del CCyC que describe el deber de toda persona, en cuanto dependa de ella de: a) evitar causar un daño, b) adoptar medidas razonables para evitar que se produzca o para que disminuya un daño y c) no agravarlo, si ya se produjo.

Este deber requiere ser de cumplimiento posible puesto que la imposición de deberes preventivos no debe suponer sacrificios desmedidos, conductas heroicas ni un peligro excesivo o injustificado para el principio de libertad que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional. Es preciso que las circunstancias concretas impongan a la persona un deber inequívoco de actuar, sea expreso o tácito (Conclusiones unánimes de las XXVI Jornadas de Derecho Civil, La Plata, 2017).

La persona es entonces autora o coautora del perjuicio sobreviniente o del intensificado por no evitar el peligro de que surja o empeore (incs. a y c). Salvo matices

atinentes a la existencia o al alcance del daño (causación del menoscabo o con una superior magnitud que la preexistente), aquel es un potencial dañador porque gobierna un peligro dentro de algún ámbito de su incumbencia y por eso garantiza que no genere perjuicios (Zavala de González, 2015).

Las conductas tendientes a evitar causar un daño, adoptar medidas razonables para evitar que se produzca o para que disminuya y no agravarlo si ya se produjo son repartos proyectados en la norma cuyo objetivo normativo es su concreción en la realidad social en la que se inserta.

En la hipótesis intermedia consignada en la norma, y que refiere a adoptar medidas razonables para evitar que se produzca o para que disminuya un daño, el origen del riesgo no se refiere a quien debe adoptar medidas impeditivas, sino a otra persona o a un fenómeno natural. Se presupone que el destinatario del deber preventivo no ha creado el peligro, el cual reconoce una fuente ajena (Zavala de González, 2015).

La normatividad evidencia la diversidad de personas alcanzadas por cada hipótesis: a) un posible dañador, quien debe evitar dañar a otros o a intereses colectivos, por causar el daño o por su intensificación, b) un tercero que no generó el peligro pero que puede eliminarlo, desviarlo o atenuar sus efectos perjudiciales y c) la propia víctima que no debe agravar el daño experimentado.

No puede hablarse de un deber jurídico (que necesariamente presupone alteridad) sino de una carga como imperativo del propio interés, cuyo incumplimiento genera efectos desfavorables y acota el alcance de su derecho indemnizatorio (Zavala de González, 2015).

Al mismo tiempo, el deber de no dañar tiene una proyección general en la realidad que deriva en que todos los miembros de la sociedad soportan un imperativo de prevenir daños en cuanto se encuentran constreñidos a: (i) no dañar, (ii) impedir perjuicios de proveniencia ajena y, (iii) de ser víctimas, a desplegar gestiones para que los perjuicios sufridos no aumenten.

Esta proyección de la tutela preventiva, que conlleva al resguardo de intereses de dañadores y de víctimas, trasciende positivamente en la sociedad sobre la que repercute directa o indirectamente el menoscabo y construye la idea de daño comunitario.

Cuando el daño es injusto siempre representa un mal comunitario. En ocasiones la reparación puede eliminarlo o reducirlo para la víctima al trasladar la carga resarcitoria hacia el responsable, pero mantiene en la sociedad el valor negativo anexo al desmedro. Ello no significa que esa traslación sea indiferente, sino que es exigida por un imperativo de justicia, cuando el daño es inmerecido para la víctima y el obligado soporta un factor de atribución que lo obliga a su reparación (Zavala de González, 2015).

El deber de prevención alcanza a los daños no justificados por lo que la causa o la no evitación de daños debe provenir de una conducta antijurídica (art. 1710, inc. a), CCyC). La justificación o su ausencia se refiere al acto lesivo, según indican los artículos 1717 y 1718 del CCyC. En cambio, el daño es injusto cuando es causado por una conducta injustificada.

Los artículos 1717 y 1718 y el artículo 1749 del CCyC se refieren a un daño injustificado que deriva de un obrar sin justificación (según se especifica en el enunciado inicial del art. 1718 del CCyC). Esta observación es importante porque solo habría un deber de evitar daños derivados de actos ilícitos; no en cambio cuando estos son legítimos (Zavala de González, 2015).

Incluso, aunque es injusto el daño causado por una conducta injustificada, puede provenir también de un hecho lesivo justificado, que los terceros no deben impedir (v.gr.: un acto perjudicial realizado en estado de necesidad). Como regla, un obrar dañoso se reputa antijurídico excepto que medie una causa de justificación (art. 1717, CCyC).

De ello deriva que una persona no tiene el deber de abstenerse de dañar si su actividad está amparada por algún motivo legitimante (v.gr.: cuando implica ejercicio regular de un derecho propio o la reacción defensiva contra una agresión ilegítima). Al

mismo tiempo, los terceros solo soportan la carga de detener cursos causales nocivos si no están justificados por alguna norma.

En efecto, ninguna persona tiene atribuciones, ni soporta deberes para interferir en un ejercicio regular de los derechos, ni para coartar una conducta legítima, aún cuando afecte a otras personas. En caso contrario, la actuación impeditiva es ilícita y puede dañar a quien procuraba actuar legítimamente, aun cuando medie equivocación excusable sobre el carácter del obrar evitado, considerado erróneamente como menoscabo ilícitamente impedido con fundamento en la equidad (art. 1750, CCyC) (Zavala de González, 2015).

Además, no es suficiente una causa teórica de justificación cuando se transgreden sus límites (v.gr: una actuación dañosa es injustificada si un derecho se ejerce con abuso o exceso o cuando el defensor reacciona contra una agresión ilegítima por medios desproporcionados o bien si ante el peligro de un mal actual o inminente la persona causa otro igual o mayor) (cfr. arts. 9 a 11 y 1718, CCyC). A la vez, es lícita la reacción contra tales excesos y puede surgir el deber de impedirlos si la persona se encuentra en condiciones de hacerlo (Zavala de González, 2015).

Por otra parte, la víctima soporta cargas preventivas respecto de daños que le han sido causados ilícitamente pero también de los provocados legítimamente que le confieren derecho resarcitorio por ser injustos. Por ejemplo, en daños producidos en estado de necesidad, la persona afectada por el mal menor soporta la carga de desplegar gestiones razonables a su alcance para que no se intensifique. Dicho de otro modo, aunque los daños deriven de actos ilícitos o justificados no deben ser irrazonablemente agravados por omisión de quien los padece (Conclusión unánime de las XXVI Jornadas de Derecho Civil, La Plata, 2017). También la víctima debe, cuanto de ella dependa, evitar agravar un daño ya producido.

Del CCyC también surge que el deber preventivo de daños atañe a toda persona en cuanto dependa de ella (art. 1708). Dicha previsión deriva de un principio general de derecho del que se desprende que ninguna persona está constreñida a lo imposible, o a lo que representa un deber o carga desmesurados. Solo están obligadas a evitar daños si hay reales posibilidades físicas e intelectuales de hacerlo con algún grado de eficacia

y si la posibilidad preventiva excede la esfera de control o las aptitudes de las personas, imponerle un deber en tal sentido se convertiría en una carga excesiva que afectaría la esfera de libertad (fundamentos del Anteproyecto de 2012).

La imposición de deberes preventivos no implica un peligro injustificado ni excesivo para el principio de libertad del artículo 19 de la Constitución Nacional, pues es preciso que las circunstancias concretas impongan a la persona un deber de actuar efectivo, de lo contrario se desnaturaliza la esencia misma de la antijuridicidad por omisión con grave riesgo para la libertad (Tobía y Pizarro, 2000).

Por eso, la atribución del deber preventivo de daños que resultarían de un peligro ajeno presupone a su vez la ausencia de riesgos anormales o excesivos con motivo de afrontarlo, sobre todo para la propia persona o para los terceros. Cuando se traspasa este límite desaparece un deber de obrar y se ingresa dentro del ámbito de actos de abnegación que implican exposición voluntaria a una situación de peligro. Incluso, la exposición al peligro puede no ser voluntaria, sino derivada de un acto de cortesía, con ignorancia sobre el riesgo que se afronta, lo cual no altera las soluciones indemnizatorias a favor del damnificado que prestó ayuda (Zavala de González, 2015).

A su vez, el deber de prevención general de daños ajenos, impuesto a toda persona en cuanto de ella dependa, según la buena fe y conforme con las circunstancias, se diferencia de una obligación legal o contractual de impedirlos, con motivo de funciones o desempeños con riesgos típicos (v.gr.: las fuerzas de seguridad, los médicos, los bomberos profesionales, los guías de turismo de aventura).

Las gestiones de resguardo deben ser soportadas por las personas que se encuentren en mejores condiciones para prevenir el daño. Se trata necesariamente de potenciales dañadores y de posibles víctimas que quieren autoprotegerse, o de quienes ya son damnificados, cuando pueden adoptar gestiones adecuadas para hacer cesar o atenuar el daño sufrido (Zavala de González, 2015).

Ello presupone responsabilizar o bien dejar inamovible la carga del daño en el situado de manera conveniente, más sencilla y menos onerosa, para evaluar una relación costo-beneficio entre el disvalor del suceso nocivo y el de su prevención. Esa

persona puede ser la víctima eventual, (v.gr.: cuando tiene que optar entre un medicamento altamente eficaz para alcanzar el efecto deseado, aunque con ciertos riesgos colaterales y otro producto que no presenta estos riesgos, pero no es tan eficaz para lograr el fin terapéutico). También puede serlo la persona que puede contratar seguros para cubrir pérdidas mayores con mejores ventajas o aquella que puede soslayar los daños de un modo mas económico.

El deber general de prevención implica que las personas no deben crear peligros injustificados para otros y, si surgen, deben eliminarlos, disminuirlos o desviarlos y la infracción preventiva se convierte en una causa de responsabilidad indemnizatoria. Ciertamente, la obligación de resarcir se transforma en justa cuando hubo posibilidades reales de impedir el daño y opera como motivación para coartarlos o hacerlos cesar.

Además, la actuación protectora de intereses ajenos no solo protege a las eventuales víctimas, sino que también repercute en interés del potencial dañador, quien ve excluida o aminorada su responsabilidad por los daños total o parcialmente impedidos.

Los terceros también se encuentran obligados a prevenir cuando las circunstancias les permiten actuar para evitar un daño o aminorar su magnitud. La solidaridad acentúa la relevancia causal de omisiones, incluso ante procesos desatados por otras personas o por fenómenos naturales:

De ello deriva que, si la buena fe lo exige, la obligación preventiva se extiende incluso a peligros de daños que la persona no ha generado (arts. 9 y 10, CCyC). Una injustificada prescindencia apareja la responsabilidad por el perjuicio no evitado cuando es verosímil que sobrevendrá si se pospone el actuar (Zavala de González, 2015).

Para que opere un deber de prevenir, no es necesario la certeza de que el daño ocurrirá, sino una razonable previsibilidad. Las personas, ante contingencias riesgosas, se deben asistencia recíproca, aun sin seguridad sobre una futura nocividad y solo alcanza con que existan ciertas posibilidades de que el daño se produzca, al alcance de la percepción de la persona obligada .

En ciertos casos, cuando una omisión, aún sin provocar el daño, no lo impide por pasividad de la persona que asiste a un curso nocivo de origen ajeno, corresponde flexibilizar la antijuridicidad y activar la posterior obligación resarcitoria.

En el sistema actual de responsabilidad civil se disipan las diferencias entre omisiones puras y las que inequívocamente provocan el daño por inacción en cuanto a que también las primeras pueden generar una obligación indemnizatoria por el perjuicio que pudo evitarse mediante una acción eficaz y sin riesgos especiales. La responsabilidad se decide por una consecuencia mediata y con carácter concurrente con el autor del peligro no impedido (Zavala de González, 2015).

Es decir, no solo hay un deber de prevenir daños, sino de impedirlos y cuando no es ejercido se convierte en factor de atribución de una obligación indemnizatoria, así no se demuestre culpa en la omisión de medidas de seguridad ni concurra un riesgo creado.

Ese poder preventivo puede configurar un factor de atribución objetivo, autónomo o complementario de otros que también apartarían a la culpa, al riesgo creado, a la garantía y a la obligación de seguridad. Esta interpretación es coherente con lo dispuesto respecto al abuso del ejercicio de los derechos, cuya infracción también es fuente de responsabilidad indemnizatoria (art. 10, CCyC).

Lo expuesto se aplica ante daños que la persona puede anticipar, controlando la fuente de riesgos que ella misma ha creado y también cuando se encuentra en situación de peligro, que alguien puede impedir, (sin riesgos personales ni para sujetos distintos), pero omite hacerlo.

Aunque la contingencia que genera el daño haya sido generada por una persona o por un fenómeno de la naturaleza, quien prescinde de actuar puede ser responsabilizado por los daños cuya producción fue permitida por tal inactividad. Aunque no haya autoría en el tramo anterior de los acontecimientos, surge a título de concausa en el desenvolvimiento posterior de la cadena nociva cuando la acción omitida, previsiblemente, habría evitado que sobreviniera el daño. Este representa una

consecuencia mediata previsible de esa inacción y por eso es plenamente indemnizable por la persona omitente (arts. 1726, 1727 y 1740, CCyC) (Zavala de González, 2015).

La interpretación de que la persona omitente no es autora del daño, por no ser autora del peligro originario, prescinde de que su inacción colabora después con el desenvolvimiento o activación ulterior de la situación peligrosa. Por eso, cuando era significativa la probabilidad de impedir el daño, su responsabilidad debe ser declarada a título de causalidad concurrente, por el total indemnizatorio, junto a la que incumbe a la persona autora del peligro, quien eventualmente puede ser también generadora inmediata del daño.

Cuando hay reales e importantes posibilidades de prevenir una injustificada inactividad de la persona la convierte en cocausante del perjuicio resultante junto a la persona autora del peligro y ambos pueden ser responsabilizados a título concurrente (arts. 1749 y 1751, 1er supuesto, CCyC). El tercero, si bien no es copartícipe en el peligro que origina el daño, a través de su inactividad inserta un curso causal coadyuvante de su desenvolvimiento.

Al mismo tiempo, las obligaciones del autor del peligro, y de la persona ajena que también soporta un deber preventivo, pueden concurrir con el incumplimiento de una carga impeditiva por la víctima potencial respecto de la amenaza de sufrir un daño propio o la agravación del inferido. En efecto, quien soporta el riesgo de convertirse en damnificado soporta el imperativo de desplegar gestiones razonables para autodefensa, y el que ha sido perjudicado, de adoptar medidas también apropiadas para reducir el menoscabo o frenar su intensificación.

Según las circunstancias, las gestiones preventivas se encuentran a cargo no solo de potenciales dañadores sino también de víctimas eventuales con el fin de autoprotección o sobre quienes ya han sido damnificados con el objeto de paralizar o aminorar el curso nocivo en cuanto de ellos depende (Zavala de González, 2015).

La influencia causal de la inactividad en la autoprotección genera que el demandante demuestre haber cumplido al menos aquellas medidas insoslayables según la ley. Por ejemplo, el uso de casco protector por un motociclista o de cinturón de

seguridad en un automotor, más aún cuando las características del accidente acentúan la relevancia de tales precauciones (golpe en la cabeza del motociclista o expulsión de los pasajeros del vehículo con motivo de la colisión).

En la etapa ulterior, es jurídicamente relevante la conducta del damnificado que después de ocurrir el daño originario mantiene injustificada pasividad sin intentar medidas razonables para paliarlo cuando las omisiones sobrevinientes favorecen el desenvolvimiento del perjuicio inicial y por pueden ser concausa de esta agravación.

Sin embargo, hay una excepción referida a gestiones donde se halla comprometida la integridad psicofísica de la víctima y que no se enderezan a prevenir el evento lesivo sino a enmendar sus secuelas. De este modo, una persona herida en un accidente no se encuentra constreñida a aceptar terapias en las que no confía o no está inclinada a arriesgarse. La víctima goza de plena libertad para someterse o no a determinados tratamientos médicos y complementarios, no rige en este caso una carga de impedir la permanencia o agravación de sus daños psicofísicos.

La persona damnificada no puede constreñir al responsable a indemnizar un perjuicio en la extensión subsanable porque la obligación indemnizatoria no alcanza la continuidad o intensificación del daño que, sin motivos válidos, el afectado no intenta mitigar. Consecuentemente, no puede peticionar por daños derivados de la incapacidad permanente que pudo revertirse con una intervención quirúrgica mínimamente riesgosa, ni por daño psíquico irreversible que habría superado o atenuado con un aconsejable tratamiento psiquiátrico.

Surge una salvedad cuando no se trata de decisiones potestativas o incausadas, sino de situaciones de difícil pronóstico, escasas perspectivas de éxito o un margen significativo de riesgos personales. En estas situaciones, la reticencia de la víctima no es caprichosa ni abusiva y por eso debe poder reclamar por lesiones permanentes o prolongadas así existiese una probabilidad de atenuación.

En conclusión, puede haber multiplicidad de personas responsables preventivas: el potencial dañador, un tercero en condiciones de actuar preventivamente que puede soportar el deber de impedir o de mitigar el daño ajeno (aunque el tercero sea ajeno al

peligro, no es un mero testigo, sino que se encuentra constreñido a actuar para impedir el menoscabo) y la propia víctima, quien no debe agravar el daño experimentado.

Aquellos a quienes se dirige el deber de prevención expresado en las conductas señaladas son todos aquellas personas que forman parte de la sociedad en su conjunto y este es el alcance del deber general de prevención plasmado en la norma. Al mismo, estos repartos permiten identificar a la persona autora del daño, al tercero y a la víctima potencial o eventual.

La proyección general del deber de no dañar es un elemento trascendente de la tutela preventiva que, si bien ha sido receptado positivamente por la normatividad, solo se concreta cuando se verifica en la realidad social y en conjunción con el complejo de valores que finaliza en la justicia.

5.3. El deber de neutralizar el daño como factor de atribución del deber de reparar.

El poder preventivo se sustenta en factores de atribución objetivos y subjetivos y la obligación preventiva puede coexistir con una fundada en el comportamiento subjetivo de la persona autora del daño. En este sentido, debe tenerse en cuenta la atribución de negligencia para quien, teniendo amplia aptitud para prevenir eventos dañosos, omitió irrazonablemente invertir en seguridad en desprecio de la víctima y, también desde la teoría de la responsabilidad civil porque es una regla válida para detectar supuestos de negligencia en concreto (Avalle, 2005).

La posibilidad de prevenir los daños puede ser entendida como factor de atribución que se recepta a través de la directiva según la cual “cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas” también es mayor la valoración sobre la “previsibilidad de las consecuencias” (art. 1725, CCyC, con antecedente en el art. 902 del Código de Vélez Sársfield). Esta regla debe aplicarse para medir los efectos nocivos que se imputan y también para atribuir la responsabilidad civil cuando la persona tenía dominio para evitar daños a terceros (Zavala de González, 2015).

En su configuración normativa actual, la tutela preventiva implica que, quien crea un riesgo para la incolumidad ajena, soporta el imperativo de realizar gestiones para preservarla, ante un peligro que puede y debe controlar; según se verifica respecto del titular de actividad peligrosa o el dueño y guardián de una cosa riesgosa o viciosa (Zavala de González, 2015). La obligación de reparar es particularmente justa hacia reales potencialidades para impedir los daños y funciona como motivación para evitarlos o hacerlos cesar.

En efecto, aunque una persona no haya creado ningún riesgo, el poder y deber de neutralizar peligros nocivos se perfila como factor de atribución del deber de reparar cuando quien podía actuar mantuvo una actitud pasiva ante un curso nocivo aun producido por peligros causalmente ajenos. Esto se vincula con el abuso en la libertad de abstenerse de obrar de los artículos 1710 y 1723 del CCyC.

Afirmar que el deber de neutralizar peligros nocivos podría perfilarse como factor de atribución del deber de reparar permitiría responder a las objeciones de quienes no conciben la responsabilidad civil sin la coexistencia de un factor de atribución. En efecto, la víctima soporta una carga probatoria sobre la situación de peligro y las posibilidades del sujeto pasivo para coartarlo sin necesidad de acreditar una actitud negligente o imprudente. Como los costos de prevención contrapesan los del resarcimiento la eficacia disuasoria de condenas presupondría montos justos. Si son exagerados no hay interés en gastar para prevenir y si son escasos tampoco se cumple con este objetivo.

Además, si los montos indemnizatorios son excesivos y se desplegaron medidas costosas de prevención el detrimento es doble: antes del daño, que no pudo impedir a pesar del mejor esfuerzo, y después de causado a través de una indemnización desproporcionada que desalienta la aparición o existencia de emprendimientos necesarios o útiles.

Por el contrario, si en comparación con la entidad del daño, los importes son reducidos o simbólicos, no reparan y tampoco disuaden de invertir en prevención (Zavala de González, 2015).

El factor de atribución no es exigible por el CCyC como requisito de admisibilidad y procedencia de la tutela preventiva pero se encuentra implícito en la forma en que se resuelven las demandas preventivas, en la responsabilidad (también traducida en *poder*) que se reparte y entre quienes se reparte. Al mismo tiempo, la adjudicación del reparto del deber de prevención a través de la sentencia preventiva determina a quien se le atribuye la responsabilidad de prevenir el daño.

5.4. La acción preventiva del daño. El artículo 1711 en el Código Civil y Comercial de la Nación.

La acción preventiva del daño procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento y no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución (art. 1711, CCyC).

No se trata de una “acción” en un sentido procesal, sino de una pretensión de carácter inhibitorio que una persona (humana o jurídica) puede promover para proteger un interés que se ejerce mediante una actuación que puede ser judicial o extrajudicial.

Tiene como objetivo que el juez le ordene u obligue a otra persona (humana o jurídica) a que realice determinadas conductas tendientes a evitar un daño o a cesarlas o disminuirlas si ya las hubiera iniciado (art. 1713, CCyC). Frente a conductas antijurídicas y peligrosas esa finalidad se hace efectiva a través de la llamada tutela sustancial inhibitoria que puede brindarse *a petición de parte o de oficio*.

En el primer supuesto, la tutela se despliega a partir de una *acción preventiva de daños* cuyo objeto directo reside en impedir que se produzcan (en caso de amenaza de lesión) o que cese su continuidad o agravación (si la actividad nociva se ha iniciado y es previsible su permanencia o reiteración).

En el segundo supuesto, la orden inhibitoria es equivalente a prohibir, suspender, estorbar, hacer cesar o paralizar el factor detonante de una lesión actual o futura reprobada por la normatividad. Esa tutela se concreta en un *mandato* que dispone la

abstención de un comportamiento ilícito y peligroso o bien la realización de conductas (obligaciones de hacer o no hacer o de incluso entregar dinero u otros bienes como lo dispone el artículo 1713 del CCyC) que eliminan un riesgo injusto de lesión o su continuidad (Zavala de González, 2015).

La protección judicial de carácter inhibitorio es una institución de fondo que protege intereses sustanciales de las víctimas potenciales, referidos a su legítima aspiración a permanecer indemnes y que, correlativamente, limitan la libertad de posibles dañadores. En sentido coincidente, se ha perfilado la acción de prevención sustancial como aquella que persigue evitar la producción, continuación o agravamiento de un daño, en forma provisoria o definitiva, principal o accesorio.

El CCyC si bien se refiere a la “acción preventiva”, este instituto tiene encuadre sustancial y no procesal por lo que requiere adecuación en los códigos provinciales. Sin embargo, es posible articular demandas preventivas a través de las herramientas procesales disponibles que resulten más adecuadas a los fines preventivos (v.gr.: la acción de amparo, las medidas cautelares en su rol preventivo y las llamadas medidas autosatisfactivas y de tutela anticipatoria, Conclusión unánime en las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros desarrolladas en octubre de 2012).

A la vez, el CCyC facilita el encuadre procesal en función de los siguientes indicadores:

- a) extiende la legitimación activa a favor de quien acredite un interés razonable,
- b) amplía los objetos de la acción, que pueden coartar la causa del perjuicio o las secuelas de permanencia o intensificación,
- c) las decisiones pueden disponerse provisoria o definitivamente, lo cual comprende a los procesos cautelares, sustanciales y a las medidas cautelares en los litigios principales y
- d) permite disponer de oficio gestiones con estas finalidades.

Estos indicadores facilitan la articulación de demandas preventivas a través de variadas herramientas procesales que están disponibles hasta tanto se regule una herramienta específica para la tutela preventiva.

La pretensión preventiva también puede abarcar la aplicación del principio general de “no dañar” a aquellos supuestos en que un comportamiento ilícito está llamado a producir con certidumbre un daño, aun cuando todavía no hubiere comenzado por lo que el no dañar obliga, al mismo tiempo, a hacer cesar en la conducta que con certeza puede provocarlo y a reparar el daño producido (Nicolau, 1996).

Quienes se pronuncian en forma contraria a la prevención del daño argumentan que, como la libertad es la regla, las responsabilidades (que de algún modo implican un recorte o restricción a esa libertad) configuran excepciones, (más aún ante daños no producidos), y que dichas excepciones requerirían normas expresas que admitan técnicas específicas de prevención, traducidas en un elenco determinado con tipicidad. Al mismo tiempo, cabría considerar si la complejidad de la realidad social permitiría captar normativamente, de un modo integral y general, cada supuesto.

Una respuesta a dichas objeciones se erige en el principio predominante de no dañar intereses ajenos salvo causas de justificación (arts. 19 y 43, CN y 1717, CCyC) También podría sostenerse que la indemnización del daño causado es excepcional puesto que, quien sabe que deberá indemnizar los daños que cause su accionar, se esmerará en no producirlos y limitará también su libertad individual (Zavala de González, 2015).

Disponer que una persona se abstenga de un determinado comportamiento o cese en su conducta significa limitar el ejercicio de sus derechos y, salvo en determinadas condiciones y excepciones, no podría considerarse justo poner límites al desarrollo de la persona.

En la tutela preventiva la conducta objeto de la prevención es solo aquella que produce un daño injusto, por lo que su ilicitud torna legítima la intervención judicial. En este sentido, la doctrina moderna de la reparación del daño y la preventiva priorizan el

derecho de una persona a no sufrir la amenaza o el daño y no la libertad de quien amenaza injustamente el derecho de otro (Nicolau, 1996).

En definitiva, si bien podría existir cierto grado de prioridad de la prevención sobre la restricción de la libertad, quedará condicionada al caso concreto puesto que lo que materializa la prevención del daño de una persona (y, consecuentemente, la restricción de la libertad de otra) es la sentencia preventiva que atribuye la obligación preventiva a la persona obligada a prevenir (y restringida en su libertad).

De un modo u otro, y aún estando pendiente un encuadre procesal local específico, la tutela preventiva tiene una importancia axiológica que exige una interpretación amplia, flexible y abarcativa que priorice la prevención como objetivo principal y directo de los reclamos sobre daños.

Debe proyectarse hacia una obligación institucional de afianzar la justicia y exige a los jueces encauzar el sistema en el sentido más favorable para resguardar derechos e intereses de las personas. En este sentido, el CCyC regula los presupuestos insoslayables que brindan las bases para estos objetivos y para el ejercicio de una pretensión preventiva.

5.5. El presupuesto de la antijuridicidad de la conducta.

Uno de los requisitos de admisibilidad de la tutela preventiva es la verificación de una conducta antijurídica. Esta exigencia deriva de la regulación de la acción preventiva del daño en el CCyC cuando dispone que procede ante *acciones* u *omisiones antijurídicas* que hacen previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento (art. 1711).

En principio, parecería que las acciones u omisiones lícitas no podrían ser impedidas preventivamente, aunque causen daños, porque su producción estaría justificada (normativamente) siempre que no se generen menoscabos excesivos. No obstante, si la actividad lícita generara un daño excesivo, devendría antijurídica por

tratarse de un ejercicio irregular de un derecho no amparado por una causa de justificación (arts. 10 y 1718, del CCyC).

No existe unanimidad sobre el alcance del requisito antijuridicidad al que alude el artículo 1711 del CCyC. Por un lado, se ha dicho que debe ser aprehendida según el ámbito sea contractual o extracontractual. Así, en el ámbito de lo contractual debería interpretarse en un sentido formal mientras que en el ámbito extracontractual en un sentido material. Otra de las opiniones entiende que la antijuridicidad material comprendería ambas órbitas (Conclusión por mayoría en las XXVI Jornadas de Derecho Civil, La Plata, 2017, despacho A).

En oposición, una minoría considera que la acción preventiva, conforme a la regulación actual, solo procedería frente a una situación de antijuridicidad formal. La conducta antijurídica consistiría en una acción o en una omisión ante un riesgo de procedencia ajena que la persona puede eliminar (Conclusión en minoría en las XXVI Jornadas de Derecho Civil, La Plata, 2017, despacho B). De este modo, si el acto peligroso se encuentra justificado, los demás estarían obligados a respetarlo, aunque aparejara perjuicios directos o colaterales, como ocurre en los casos de competencia industrial o comercial.

A las acciones u omisiones antijurídicas se le equipararían las situaciones abusivas, que no deben soportarse, aun cuando no se visualicen conductas puntuales del sujeto pasivo o de personas bajo su incumbencia. También podría ocurrir que una actividad, inicialmente lícita, se convierta en antijurídica por una excesiva continuidad o repetición.

También hay casos en los que, aún frente a actividades regladas y justificadas, corresponde adoptar medidas tendientes a prevenir los daños. Un ejemplo de lo expuesto puede visibilizarse en los procesos de elaboración de sustancias farmacológicas cuando se verifican sucesos lesivos con probable origen causal en fallas del producto o en efectos colaterales no anticipados. En estos casos correspondería retirarlos del mercado, a título preventivo de daños que previsiblemente se reiterarán a otras víctimas, o suspender la introducción en el mercado.

Por eso se ha dicho que un límite esencial de cualquier acción preventiva radica en el ejercicio regular de derechos que prevé el CCyC como causa de justificación (art. 1718, inc. a), CCyC) (Zavala de González, 2015).

También habría antijuridicidad cuando se ejerce un derecho respetando la ley pero su ejercicio contraría los fines de la normatividad o es adversa a la buena fe, la moral y a las buenas costumbres porque no corresponde crear riesgos prohibidos y amenazas de perjuicios injustos (arts. 9 y 10, CCyC).

La prohibición de no dañar a otros también abarca la prohibición de no generar un peligro indebido como antecedente causal o concausal de una lesión a derechos ajenos. Esta situación es la que puede presentarse entre la persona autora de una conducta ilícita y riesgosa y la persona que reclama una acción judicial preventiva. También es factible que dicha acción preventiva se dirija contra un tercero que no causó el peligro en cuestión pero que, con motivo de particulares circunstancias fácticas, se encuentra en exclusiva, prioritaria o preferente situación para impedir que se convierta en daño (Zavala de González, 2015).

Según lo señalado, la antijuridicidad de la conducta comprendería acciones u omisiones que no tienen justificación normativa o que, aún estando justificadas normativamente, son contrarias a la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Entonces, la antijuridicidad también estaría determinada por la ausencia de justificación del acto que genera el peligro y no exclusivamente por la injusticia del daño que amenaza.

Por otra parte, la interpretación de la antijuridicidad de la conducta también depende de las circunstancias fácticas del caso real que requiere tutela preventiva y de las reales pretensiones, efectos y alcances. La interpretación del elemento *antijuridicidad* dependerá de diversos factores que el juez deberá analizar y ponderar en el caso concreto como encargado del funcionamiento de la normatividad.

5.6. El presupuesto de la previsibilidad del resultado nocivo.

La previsibilidad del resultado nocivo es otro de los presupuestos de admisibilidad de la tutela preventiva el cual implica que la actividad antijurídica debe hacer *verosímil y previsible* la producción, intensificación o continuación de un daño injustificado y que, para que el daño sea previsible, la acción u omisión debe ser idónea para producir el daño temido.

Al mismo tiempo, la procedencia de la reclamación preventiva prescinde de la previsibilidad subjetiva de la persona a cargo de la actividad riesgosa, salvo que, por su mayor información, situación dominante o experticia tenga un mayor conocimiento de las cosas (art. 1725, CCyC).

En este caso, puede disponerse una acción judicial para que suministre los datos de los que dispone y que son inaccesibles para las víctimas potenciales. En otro supuesto, aunque la víctima no haya advertido ni podido anticipar que su acción o la actividad bajo su control creó el peligro y que no le es reprochable, estará constreñida a adoptar las medidas requeridas para que ese peligro no se transforme en daño (Zavala de González, 2015).

A diferencia de la precaución, que funciona ante un riesgo potencial y sin información suficiente que lo respalde, la prevención lo hace frente a un riesgo actual y conocido (Andorno, 2002). La gravedad del daño que amenaza no constituye recaudo inexorable para ejercer una acción preventiva porque puede interponerse para evitar daños leves y también individuales de escasa entidad, como la cesación de molestias vecinales excesivas o la eliminación de publicidad indeseada que perturba la intimidad.

De ello deriva que nunca es jurídicamente mínima la nocividad injusta porque tampoco es mínima humanamente. Gran parte del desarrollo personal transita en pequeñas cosas por lo que no cabe subestimar lo exiguo porque puede ser valioso (Zavala de González, 2004).

La previsibilidad del daño y la configuración y entidad deben ser evaluadas por el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la condición de las víctimas. Como repartidor adjudica el poder de prevenir en la sentencia que se traduce en

obligaciones de dar, hacer o no hacer. El poder de prevenir y las obligaciones son repartos adjudicados en la sentencia.

También debe tener presente que, cuanto más frágiles y vulnerables son los eventuales damnificados, más firme y concreta debe ser la prevención y la adecuada protección del daño injusto (a partir del redimensionamiento del *alterum non laedere*), que impone prioritariamente la adopción de medidas de corte evitatorio en el desarrollo de actividades peligrosas o riesgosas (art. 43 CN., arts. 9, 10 y 1770, CCyC) (Conclusión unánime de las XXVII Jornadas de Derecho Civil, Santa Fé, 2019). Igualmente, nada impide adicionar la acción indemnizatoria por los perjuicios ya acaecidos, en caso de que así sea, y otra inhibitoria por los daños previsibles en adelante.

5.7. El presupuesto de la posibilidad de impedir el daño.

La posibilidad de impedir el daño o de subsanar la omisión productora del daño constituye otro de los requisitos de admisibilidad de la tutela preventiva. Deriva del precepto contenido en el artículo 1710 del CCyC que dispone que toda persona tiene el deber, “en cuanto de ella dependa”, de evitar causar un daño no justificado, adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; y de no agravarlo si ya se produjo.

Entre la omisión del deber de prevención y el daño probable debe existir una relación de causalidad potencialmente adecuada. La expresión “de en cuanto ella dependa” se refiere al control de la causalidad (Conclusión unánime de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017).

La tutela preventiva procede frente a ataques o injerencias ya emprendidos con el fin de evitarlos o impedir su continuación siempre que sean antijurídicos e impliquen un sacrificio desmedido en comparación con la importancia del interés en peligro.

Una directiva clásica sostiene que ninguna persona se encuentra obligada a lo imposible. Por eso el CCyC señala que el deber de prevenir se impone a una persona “en cuanto de ella dependa”. A la imposibilidad se equipara una dificultad significativa, como cuando media excesiva onerosidad, de lo contrario la pretensión preventiva se traduciría en un ejercicio abusivo del derecho a defender el interés amenazado por la situación de peligro.

Esas pautas, enunciadas como condicionantes para un reintegro específico en lugar de una indemnización dineraria del daño causado, se extienden al ejercicio de una pretensión preventiva ante un perjuicio que esté en proceso de producirse. Del mismo modo, la vigencia del deber de prevenir en cuanto dependa de la persona es extensible a una obligación preventiva impuesta por el juez.

La víctima tiene derecho a que el responsable neutralice el origen del daño cualquiera sea la conducta necesaria a ese fin. Cuando no se trata de obligaciones de cumplimiento personalizado (*intuitu personae*) es indiferente quien es la persona que ejecuta lo debido. Lo fundamental es que la prestación adeudada se satisfaga, sea por el propio deudor o por aquellos a quienes procede recurrir para que así se concrete (Zavala de González, 2015).

La carga probatoria suele tenerla la persona pretensora de la prevención, pero puede ocurrir que la persona a quien reclama se encuentre en mejores condiciones de acreditar que su actividad es inocua, o que no presenta los riesgos alegados por quien reclama, en cuyo caso debe demostrarlo por ser quien dispone de los elementos cognitivos que dilucidan el conflicto.

Al respecto, se precisa que la carga de la prueba sobre el carácter ofensivo o inocuo se adjudica a quien propone la actividad potencialmente dañosa a quien se beneficia con ella o ha tenido acceso a la información pertinente (Lorenzetti, 2008).

Al mismo tiempo, el juez posee la potestad de distribuir la carga de la prueba que el Código recepta en el artículo 1735, a propósito de los factores de atribución del daño, que es transversal a las tres funciones de la responsabilidad civil y comprensivo a las reclamaciones con objeto preventivo (Zavala de González, 2015).

El dinamismo probatorio también se aplica para los casos de quienes propugnan una determinada actividad y que deben demostrar que ella no causara un daño indebido a la salud humana o a los ecosistemas porque tienen el poder, el control y los recursos para actuar y prevenir los daños (Cerutti-Plovanich-Junyent, Bas-Loustau Bidaut, 2011).

En concreto, la posibilidad de prevenir un daño, o su continuidad o intensificación, está condicionada a probar que la persona a quien se le atribuye el deber de prevenir un daño pudo o puede impedir su ejecución, su continuidad o que se agrave en la medida en que depende de ella. La carga probatoria, en principio, es dinámica pero dependerá de las circunstancias fácticas de cada caso y de la actividad que se intenta impedir o mitigar con el reclamo preventivo.

5.8. El presupuesto de acreditación de la lesión a un interés razonable.

Otro de los presupuestos de admisibilidad de la tutela preventiva es el que requiere la lesión a un interés razonable. Esto deriva de lo dispuesto en el artículo 1712 del CCyC que le otorga legitimación para reclamar a quienes acreditan un “interés razonable” en la prevención del daño.

El interés que pretende resguardarse mediante la tutela preventiva debe ser interpretado con la misma amplitud que el perfilado para el concepto de daño (art. 1737, CCyC) y satisfacer los siguientes recaudos:

a) *basta un interés simple o no reprobado por el ordenamiento jurídico.* No es necesario que sea el núcleo de un derecho subjetivo o que tenga reconocimiento normativo y la ausencia de reprobación parece indicar una calidad jurídicamente indiferente del interés.

La norma del artículo 1737 dispone que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. Con ello procura marcar que puede

tratarse de cualquier interés, aun sin aprobación legislativa, siempre que no sea contrario a la normatividad.

b) *el interés puede ser individual o de incidencia colectiva o ambos.* Si la situación que pretende tutelarse versa sobre una afectación proveniente de titulares de una actividad cuyo cese o rectificación se pretende es irrelevante la cantidad de los promotores de una acción preventiva. A la inversa, puede ser una sola persona la reclamante que esgrime la protección de intereses respetables o apremiantes y con repercusión en varias personas aun a nivel difuso (Conclusión unánime de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017).

c) *los intereses individuales pueden versar sobre la protección de las personas o de sus patrimonios.* También de ambos a la vez.

d) *la ausencia de abuso.* En cualquier alternativa, la razonabilidad del interés es incompatible con distorsiones en el ejercicio de pretensiones preventivas (arts. 9 y 10, CCyC). El Código dispone que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando puedan afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general (art. 14). Tampoco los derechos individuales se resguardan frente a otros del mismo carácter, si el ejercicio de estos es regular y por tanto se encuentran justificados los daños que puede inferir (art. 1718 inc. a), CCyC) (Zavala de González, 2015).

Del mismo modo, no corresponde receptar pretensiones preventivas frente a daños imaginarios alegados por las supuestas víctimas, o con fines espurios, adversos a una adecuada convivencia social. De allí que las razones que fundamentan la tutela preventiva, expuestas en la reclamación, deben diferenciarse de los móviles que inspiran a quien la solicita. El juez *repartidor*, encargado del *reparto* de una medida preventiva, debe prestar atención a los móviles encubiertos de la persona que reclama y en caso de ser antifuncionales, rechazar la pretensión (Nicolau, 1996). Por el contrario, si la petición es funcionalmente apropiada, cualquiera sea la subjetividad que haya impulsado a quien la solicita, corresponde admitirla.

e) *el interés de la persona que reclama la tutela preventiva debe prevalecer sobre el interés de la persona a la que se le reclama el deber de prevención.* Dicha

característica se encuentra implícita en la razonabilidad ya que no es aconsejable, ni compatible con la normatividad, acoger una pretensión preventiva para resguardar algún interés por sobre oro también razonable de la persona obligada que aparece como más valioso o incluso de igual jerarquía. Por eso, se enfatiza en que el juez debe efectuar una *prudente valoración comparativa* entre la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien pueda imputarse tal peligro (Morello-Stiglitz, 1987).

La afectación a un interés razonable es un recaudo inexorable para reconocer legitimación activa al reclamante de tutela preventiva. Esta exigencia se relaciona directamente a la existencia de un factor de atribución de responsabilidad propio de la responsabilidad civil tradicional de naturaleza resarcitoria.

Los recaudos señalados visibilizan la relevancia del interés razonable para la admisibilidad de la pretensión preventiva y la norma contenida en el CCyC que regula la legitimación y que exige la “acreditación” de tal interés. Al respecto, habría que considerar cuáles serían las formas (o pruebas) que permitirían acreditar dicho interés en cuanto dependerán de la naturaleza de la pretensión preventiva y de la vinculación de esa pretensión con el daño que se intenta prevenir.

Estas circunstancias, bajo el riesgo de recaer en cierto relativismo, quedarán condicionadas a las posibilidades del caso concreto y cuya interpretación, que puede ser compleja, le corresponde al juez.

5.9. El presupuesto de la inexistencia del factor de atribución.

Los factores de atribución son elementos propios de la responsabilidad civil resarcitoria por el daño causado con fundamento subjetivo (culpabilidad) u objetivo (riesgo creado, garantía, equidad o abuso del derecho, entre otros) (arts. 1721 a 1724, CCyC).

También las sanciones civiles disuasivas requieren un factor de atribución que consiste en una culpabilidad calificada (dolo o culpa grave), aún cuando nada se diga en normas que admiten su imposición.

A diferencia de la responsabilidad civil resarcitoria, en la responsabilidad preventiva no es necesaria la existencia de un factor de atribución de responsabilidad dado que, para impedir daños verosímiles, basta una conducta peligrosa y antijurídica. Tales requisitos y la existencia de un interés razonable que sustente la reclamación de la persona que reclama son suficientes para la tutela preventiva.

Lo expuesto no implica que sea imposible evaluar actitudes subjetivas en una conducta futura (Lorenzetti, 2003) puesto que es factible si ya se ha emprendido como tentativa o en actividades continuadas o repetitivas con alguna certeza de prosecución. Ciertamente, el acto puede ser o no voluntario o culpable, pero si quien lo ejecuta no tiene derecho a obrar dañando, la víctima no tiene el deber de soportarlo, sin importar cuáles sean las aptitudes y actitudes de los dañadores potenciales.

En cambio, es necesario la concurrencia de algún motivo racional y valioso para el surgimiento de una obligación preventiva frente a daños que la persona puede y debe impedir por razones que le conciernen por su relación con el origen del peligro que puede generar el daño o con la factibilidad de eliminarlo.

Por ello, aunque coincida con la normatividad del Código, y si bien en la tutela preventiva no es exigible la verificación de un factor de atribución, la imposición de un deber preventivo a una persona debe sustentarse en una razón o fundamento axiológico que justifique, adecuadamente, que la prevención del daño sea asumida por otra persona (Conclusión mayoritaria y minoritaria en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011).

Asimismo, la persona demandada de prevenir, puede ser obligada a realizar una obligación preventiva, eventualmente, de ejecución forzada. Ninguna obligación se concibe sin una razón que la fundamente, no hay obligación sin causa que no derive de un hecho idóneo para producirla y sin fuente legítima (arts. 1713, 724, 726 y 727, CCyC).

Lo expuesto es diferente a negar que el factor de atribución sea subjetivo o que se requiera prueba directa de una actitud reprochable dado que, si mantiene algún nexo relevante con el sujeto pasivo de la acción, puede surgir de manera manifiesta ante un peligro prohibido. Por otra parte, los factores de atribución objetivos operan para imponer una obligación de compensar por los daños causados y para evitar aquellos que amenazan.

Además, en la tutela preventiva deben concurrir imperativos de buena fe y solidaridad que obliguen a terceros cuando están en condiciones de evitar el menoscabo. Es por ello por lo que una obligación preventiva puede surgir, sin conducta previa riesgosa, de la conducta posterior que corresponde asumir frente a un peligro de origen ajeno vinculada a evitar un daño creado por causas naturales o por hechos de otras personas.

De este modo, sin la exigencia de un factor de atribución, la orden u obligación de impedir daños se justifica sobre la base de las siguientes directivas:

a) el deber preventivo es particularmente justo cuando había reales posibilidades de impedir perjuicios o hacerlos cesar.

b) las gestiones de incolumnidad deben ser soportadas por las personas que se encuentren en mejores condiciones para prevenir menoscabos y su infracción puede fundamentar responsabilidad indemnizatoria.

c) el riesgo creado importa para decidir el resarcimiento y para imponer estrictas disposiciones de preservación al titular de la actividad riesgosa o al dueño de la cosa peligrosa o a quien ejerce sobre ella potestades de control.

d) la buena fe y la solidaridad pueden determinar el surgimiento de gestiones preventivas incluso a cargo de quienes no fueron autores del peligro, en interés de potenciales damnificados, sean determinables o difusos (Zavala de González - González Zavala, 2011).

5.10. El presupuesto legitimación para el reclamo de la tutela preventiva del daño. El artículo 1712 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La legitimación es otro de los presupuestos de admisibilidad de la tutela preventiva y tiene regulación normativa en el CCyC que dispone que están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712).

De este modo, todas las personas que posean un interés razonable en proteger un derecho amenazado con carácter particular, o porque tienen autorización para preservar intereses colectivos, o a título de representación de los que pertenecen a una determinada comunidad tienen legitimación activa para reclamar la tutela preventiva de un daño. En las dos últimas alternativas, la legitimación sustancial se le reconoce al grupo de la comunidad representada.

La tutela preventiva se caracteriza por una legitimación amplia por lo que se encuentran legitimados para reclamar el titular de intereses individuales (amenaza de lesiones contra personas o sus patrimonios) y también quienes comparten el goce de un interés comunitario con carácter indivisible (derechos de incidencia colectiva).

El ejercicio de acciones preventivas guarda coherencia con el concepto de daño referido a la lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva, solo que en la presente hipótesis no se despliega ante una lesión consumada sino ante el peligro de que suceda (art. 1737, CCyC) (Zavala de González, 2015).

En las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en La Plata en 2017 se sostuvo, por unanimidad, que la legitimación activa implica que puede accionar toda persona que acredite un interés razonable no contrario a derecho en la prevención del daño, sea el mismo patrimonial o extrapatrimonial, individual o colectivo.

En cuanto a la legitimación pasiva se dijo que el deber de prevenir recae tanto sobre personas humanas como personas jurídicas públicas o privadas y se concluyó en que la acción preventiva contra el Estado, sus organismos y funcionarios públicos, tiene

fundamento en la Constitución Nacional y en la aplicación análoga de las normas (arts. 1764 a 1766 y 2 del CCyC)

5.11. Personas interesadas en la prevención.

En la tutela preventiva, del reconocimiento de la legitimación amplia surge que, como el perjuicio no ha ocurrido o bien su producción, continuidad o agravación pueden difusamente lesionar intereses de personas distintas del damnificado potencial, también puede promover una acción preventiva cualquiera de los probables afectados, aunque el principal legitimado sea la única víctima potencial. Por ejemplo, la existencia de un pozo ubicado en una vereda amenaza la integridad de una cantidad indiscriminada de transeúntes fortuitos, no solo de las personas que habitan en cercanías del lugar.

De ello resulta que estarían legitimados activamente para obrar “todas aquellas personas que acrediten un interés mínimo pero razonable, individual o colectivo” (Conclusión unánime en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011). Además, la protección de la víctima puede disponerse sin solicitud de ella y en interés de terceros que no son parte en el litigio (Zavala de González - González Zavala, 2011).

En principio, parecería poco razonable permitir que un tercero reclame la adopción de medidas de seguridad para proteger un interés ajeno amenazado. Sin embargo, aquella limitación se relativiza si se tiene en cuenta que la protección preventiva puede disponerse incluso de manera oficiosa y que el fundamento de la tutela preventiva deriva de un deber general de prevención (arts. 1708 y 1713, CCyC).

Aunque el peticionante no sea considerado como legitimado, la inadmisibilidad de su pretensión no impide que el juez ingrese al conocimiento del asunto para conocer sobre el peligro del daño denunciado y dirigir las órdenes impeditivas del daño. Por ejemplo, puede suceder que una persona que ocasionalmente atraviesa un parque público perciba desperfectos en juegos infantiles y promueva una acción preventiva para que se retiren o corrijan.

Cuando se trata de daños a las personas, no puede adoptarse una posición restrictiva solo porque el interés en peligro concierne a otros. La naturaleza comunitaria que caracteriza al daño en la tutela preventiva exige el ejercicio de roles solidarios para ayudar incluso a damnificados potenciales (Echevesti. – Stiglitz, 1991).

5.12. Síntesis de los presupuestos de admisibilidad y procedencia de la tutela preventiva del daño.

A modo de resumen, es posible señalar que el CCyC exige determinados presupuestos para la procedencia y admisibilidad de la tutela preventiva, a saber:

- a) una acción u omisión que origina el peligro de daño,
- b) la antijuridicidad de la conducta riesgosa,
- c) la previsibilidad del resultado nocivo,
- d) la lesión a un interés razonable de la persona reclamante y
- e) la posibilidad de detener el emprendimiento nocivo.

Según el Código, de ello deriva que:

f) es necesaria una acción u omisión peligrosa conectada con la producción, continuación o agravación de un daño (arts. 1711 y 1712 del CCyC),

g) se presupone una conducta positiva o negativa de la persona obligada a prevenir (que no siempre radica en la creación originaria del peligro) dado que puede consistir en no eliminar el riesgo creado por otro o por un suceso natural,

h) la identidad de la persona es indiferente dado que la tutela preventiva se brinda tanto contra actos de personas físicas como de personas jurídicas, según resulta de la Constitución Nacional (art. 43, CN),

i) no siempre existe coincidencia entre la persona que soporta un deber preventivo y aquella contra quien puede dirigirse una acción judicial o administrativa orientada a la prevención del daño. Aunque afronte una carga preventiva, no puede promoverse una reclamación contra la víctima, a pesar de que se encuentra constreñida a adoptar medidas razonables para atenuar el perjuicio experimentado o abreviar su prolongación. Al mismo tiempo, la omisión de estas gestiones la desfavorece porque disminuye la obligación resarcitoria del responsable (Zavala de González, 2015).

Los presupuestos expuestos y su explicación son el resultado del análisis de las normas contenidas en el CCyC que regulan la tutela preventiva y de los aportes doctrinarios que posibilitan su interpretación.

Al mismo tiempo es posible visibilizar la captación y la interpretación del contenido normativo de la tutela preventiva y como funciona en la realidad social en que se inserta, a través de la aplicación que hacen los jueces en las sentencias que resuelven.

En el capítulo siguiente, a través del análisis de las sentencias preventivas, se mostrará el funcionamiento de la tutela preventiva en base a las categorías seleccionadas de la normatividad regulada en el CCyC.

CAPITULO V

§ 6. El marco jurisprudencial de la tutela preventiva del daño en Argentina (período 2015-2020): Análisis de las sentencias.

En los capítulos anteriores se hizo referencia a la regulación normativa de la tutela preventiva introducida por la reforma del Código Civil y Comercial y se mostraron los presupuestos de procedencia y admisibilidad de la tutela en base a los aportes e interpretaciones realizadas por la doctrina.

Puede ocurrir que se constaten diferencias entre las normas reguladas (elaboradas por el legislador como primer repartidor) y la interpretación que realiza el juez como repartidor último cuando desglosa el contenido normativo, lo interpreta y lo aplica para resolver los casos. En ocasiones, incluso, pueden existir diferencias también con las interpretaciones que realiza la doctrina.

En este capítulo, el objetivo es mostrar la interpretación, los lineamientos y delimitaciones que han hecho los jueces de la normatividad a través de la construcción de las sentencias preventivas. Para ello, se analizarán las sentencias preventivas de los períodos 2015-2020 en base a las siguientes secciones de análisis: **a) el marco formal (estructural):** a) título de la sentencia y b) materia y **b) el marco normativo (CCyC):** c) Deber de prevención, d) Antijuridicidad, e) Encuadre procesal, f) Acción u omisión, g) Pedido de parte o de oficio, h) Configuración jurisdiccional de la tutela preventiva, i) Naturaleza de la obligación, j) Menor restricción posible o medio más idóneo, k) Justificación de la sentencia, l) Concedida o denegada.

Los datos obtenidos del relevamiento en este punto fueron analizados en base a las categorías señaladas y al sustrato social, normativo y axiológico considerando los aportes de la teoría trialista.

6.1. Análisis del marco formal de las sentencias: el título y la materia.

a) Título de la sentencia.

En esta sección se exponen los datos del tribunal, la fecha y las partes de la sentencia. Se organizaron las sentencias en función de la carátula, el año en que fueron dictadas y el tribunal. Los cuadros n° 1, 2 y 3 muestran los datos obtenidos expresados en cantidades y en porcentaje.

Cuadro N° 1: Distribución de sentencias por instancias.

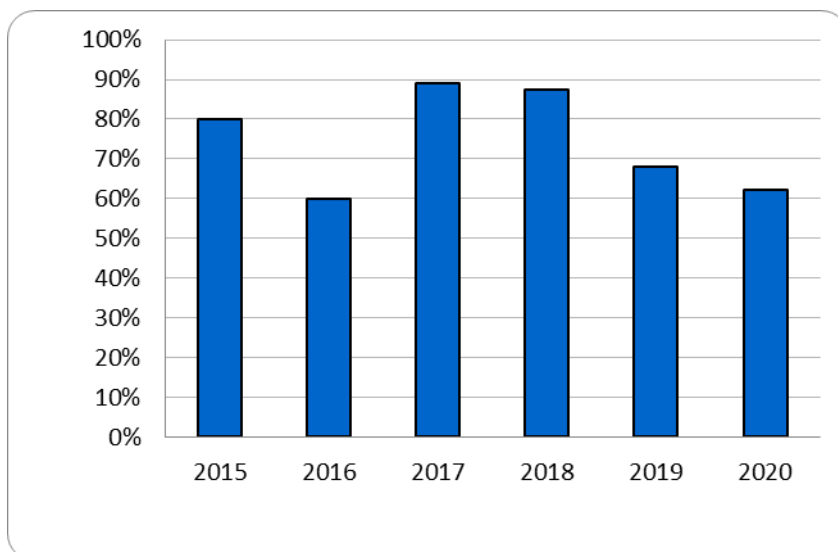
Cantidad de sentencias	Instancia Tribunal
19	Primera instancia
74	Segunda instancia
2	Superior Tribunal - Corte Provincial
1	Corte Suprema de Justicia de la Nación
96	Total

Para esta investigación, las 96 sentencias constituyen una cantidad suficiente que permitirá realizar un análisis de las categorías que se han seleccionado para trabajar y por ello se le dio prioridad al contenido y no al tribunal que emitió las sentencias.

Cuadro N° 2: Distribución de sentencias por años relevados expresados en cantidades.

Año	Sentencias
2015	5
2016	15
2017	9
2018	16
2019	22
2020	29
Total	96

Cuadro N° 3: Distribución de sentencias por años relevados expresados en porcentaje



Sentencias por año relevado

El cuadro n° 1 muestra una mayor proporción de sentencias dictadas por tribunales de segunda instancia (Cámaras de Apelaciones) seguido por los tribunales de primera instancia. En proporción inferior se muestran sentencias de Superiores Tribunales o Cortes Provinciales y una única sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La jurisprudencia relevada exhibe un perfil heterogéneo en cuanto a los tribunales y que la mayor cantidad de sentencias preventivas dictadas se advierte en segunda instancia.

Ello podría explicarse porque en esta instancia se consolidan los presupuestos de admisibilidad de la tutela preventiva mientras que los tribunales de primera instancia son menos receptivos en materia de prevención del daño. También puede generarse por la insistencia de los reclamos que se canalizan a través de los recursos y que exigen un estudio y análisis mayor. El objetivo de esta investigación es mostrar los perfiles, las determinaciones y lineamientos que construyen los jueces de la tutela preventiva del daño a través de la sentencia.

Por otra parte, los cuadros n° 2 y 3 muestran las sentencias distribuidas por años relevados e indican que los años 2017 y 2018 son los años de mayor cantidad de sentencias preventivas mientras que en los años 2019 y 2020 se muestra una disminución de la casuística.

A partir de la incorporación de la tutela preventiva en el CCyC cabría esperar que la aplicación en la realidad fuera progresiva y un mayor uso y funcionamiento del instituto por las personas, abogados y jueces, principalmente por la necesidad de atender el riesgo del daño antes de que se concrete.

Sin embargo, los datos muestran que, a través de los años, el uso de la prevención del daño para canalizar los reclamos ha descendido y una de las razones podría deberse a la ausencia de encuadre procesal específico que dificulta su articulación, la interpretación de los presupuestos de admisibilidad y procedencia de la tutela (v.gr: antijuridicidad de la conducta, ponderación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo). En el desarrollo de este trabajo se analizarán cada uno de estos presupuestos.

b) Materia.

La clasificación por materias se llevó a cabo en función de las que mostraron las sentencias relevadas. Así, se obtuvieron sentencias en materia preventiva que fueron resueltas en los procesos civil, penal, comercial, laboral y de las familias.

Cuadro N° 4: Distribución de las materias de las sentencias expresadas en cantidades

Materia	Cantidades
Civil	77
Comercial	12
Familias	3
Laboral	2
Penal	2
Total	96

Cuadro N° 5: Distribución de las materias de las sentencias expresadas en porcentaje

Materia	Porcentaje
Civil	80 %
Comercial	13 %
Familias	3 %
Laboral	2 %
Penal	2 %
Total	100 %

Los cuadros n° 4 y 5 exhiben una preponderancia de la materia civil en relación con las materias comercial, de las familias, laboral y penal que podría porque la tutela preventiva del daño se encuentra en el marco de la responsabilidad civil.

También revelan un uso inferior de la prevención en materia de las familias, laboral y penal. Esto puede deberse a que no son el ámbito propio de la prevención y en que las regulaciones del derecho de las familias, laboral y penal poseen institutos propios para canalizar los reclamos.

6.2. Análisis del marco normativo de las sentencias: el deber de prevención, la antijuridicidad y el encuadre procesal.

6.2.1. Categoría deber de prevención.

La categoría deber de prevención se basa en lo dispuesto en el artículo 1710 del CCyC que les asigna a todas las personas el deber de prevenir, eludir la causa de un daño no justificado e impone la obligación de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca, o disminuir su magnitud. La norma regula la pretensión preventiva y la extensión de la obligación (Baracat, 2016).

El deber de prevención abarca las siguientes conductas que corresponde asumir con relación al daño: 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 o c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Estas tres modalidades de conductas alrededor del daño permitirán mostrar el encuadre de la pretensión preventiva y la extensión de la obligación en cada una de las sentencias relevadas.

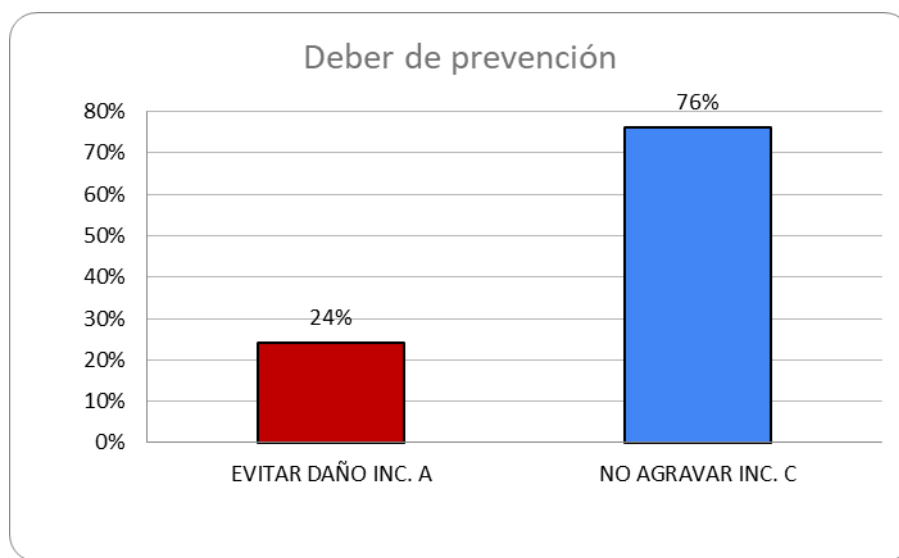
Los Cuadros n° 13 y 14, muestran que hay un 76 % de sentencias cuya pretensión preventiva y extensión de la obligación encuadrarían en el inciso c) denominado *no*

agravar mientras que un 24 % de las sentencias refieren a *evitar el daño* comprendida en el inciso a). Al mismo tiempo, el relevamiento no muestra casos que circunscriban la pretensión y extiendan la obligación a adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño al que refiere el inciso b).

Cuadro n° 13: Categoría *Deber de Prevención (evitar el daño inc. a y de no agravar inc. c expresada en cantidades y porcentajes)*

Deber de Prevención	Cantidad	Porcentajes
EVITAR DAÑO INC. A	23	24%
NO AGRAVAR INC. C	73	76%
Total	96	100 %

Cuadro n° 14: Categoría *Deber de Prevención (evitar el daño inc. a y de no agravar inc. c, expresada porcentajes)*



Los datos obtenidos muestran el alcance del deber de prevención en función de las conductas que despliega u omite desplegar una persona alrededor del daño y según las previsiones normativas del CCyC. A continuación, se mostrará cómo encuadra la normatividad en la realidad social en función de la interpretación y el alcance que le atribuyen los jueces y las dimensiones social, normativa y axiológica que subyacen en las sentencias.

a) sustrato social.

El deber de prevención contiene implícito un deber general de responsabilidad referido a una imputación normativa que capta una realidad social de reparto en la que los repartidores (en este caso los jueces) la establecen como un “recuestionamiento” de potencialidades y, que, al mismo tiempo, tiene que ser justa. La noción de responsabilidad tiene un sentido *estricto* como deber de responder por algo indebido y otro *reflejo* cuando se tiene responsabilidad de que suceda lo debido (Ciuro Caldani, 1989).

En el caso de la responsabilidad civil resarcitoria debemos “responder” por una circunstancia negativa (v.gr. por un daño); somos “responsables” (en sentido positivo) si lo evitamos, y, en consecuencia, tenemos responsabilidad en el área respectiva. Como complemento, la responsabilidad se refiere a un juicio de valor que, referido al doble sentido (negativo-estricto y positivo-reflejo) advierte el carácter bifronte de los valores donde lo negativo de la insatisfacción va acompañado de la jerarquía de la satisfacción (Ciuro Caldani, 1989).

En cambio, en la responsabilidad preventiva ese “algo indebido” por el que se debe responder (sentido estricto) es la infracción del deber de prevención y la responsabilidad de que suceda “lo debido” (el deber de prevención) (sentido reflejo) se logra con el encauce de las modalidades de conductas alrededor del daño y

ensambladas en el CCyC (evitar, adoptar medidas razonables y no agravar), (art. 1710).

Al mismo tiempo, el sentido *estricto* y *reflejo* de la responsabilidad preventiva revelan la pretensión y el alcance o extensión de la obligación preventiva, es decir, aquello que una persona “pretende” a través de la demanda preventiva y lo que la otra persona (que suele ser la demandada, pero también un tercero ajeno) debe hacer (alcance o extensión de la obligación preventiva) y tiene responsabilidad de que suceda.

En la prevención alguien tiene el deber de evitar un daño, realizar acciones razonables para evitarlo o disminuirlo o de no agravarlo si ya se produjo y, simultáneamente, el juez puede indicar que la persona a quien considera responsable encauce su conducta en alguna de las tres modalidades y transformarla en obligación, extensión o alcance de la obligación en la sentencia. La infracción de las *conductas debidas* deriva en imputación de la *obligación* de asumir alguna de esas conductas por parte de las personas obligadas por la sentencia y en beneficio de la tutela preventiva.

La decisión del juez, si bien tiene un rol relevante porque resuelve la admisibilidad o rechazo de la tutela preventiva (tiene injerencias máximas en la distribución de potencia o impotencia), a la vez tiene limitaciones condicionadas por el encuadre de la conducta (la pretensión en concreto) requerida por la persona (humana o jurídica) hacia otra persona (humana o jurídica) obligada a prevenir. El juez se encuentra, en cierta forma, obligado a decidir en correspondencia con lo pretendido por las partes, aunque luego pueda haber variaciones o reconducciones de esa pretensión como ocurre con los mandatos preventivos.

De los datos obtenidos surge que el reclamo de tutela preventiva, en una mayor proporción de los casos, se judicializa cuando el daño ya se produjo y se encuentra causando o generando efectos. La pretensión preventiva se circunscribe a que el daño disminuya, no se agrave o tenga un alcance menor. En efecto, la casuística revela que en un 76 % por ciento de los casos la pretensión se circunscribe a “no agravar” el daño acaecido definiendo el marco de acción del juez al encauce de aquella conducta por parte de la persona obligada.

En las conductas referidas a “evitar el daño” y “no agravarlo” la persona es autora o coautora del perjuicio sobreviniente o del intensificado, por no enervar el peligro de que surja o empeore. Salvo matices atinentes a la existencia o al alcance del efecto lesivo (causa del menoscabo o con una magnitud superior que la preexistente), aquella es una potencial dañadora porque gobierna un peligro dentro de algún ámbito de su incumbencia y por eso garantiza que no genere perjuicios (Zavala de González, 2015).

Por el contrario, en la hipótesis intermedia consignada en la norma y referida a “adoptar medidas tendientes a evitar o disminuir el daño”, el origen del riesgo no se referiría a quien debe adoptar medidas impeditivas, sino a otra persona o a un fenómeno natural. Se presupone que el destinatario del deber preventivo no ha creado el peligro, el cual reconoce una fuente ajena (Zavala de González, 2015).

Lo expuesto permitiría explicar por qué el relevamiento no muestra casos cuya pretensión encuadre en la adopción de medidas tendientes a adoptar para evitar que se produzca o para que disminuya un daño. Precisamente, si el aparente destinatario del deber preventivo no es quien ha creado el peligro (que tiene fuente ajena) es muy difícil que el reclamo se efectivice puesto que, para la persona que reclama, siempre ha de existir otra persona a quien reclamar, esto es, tener un destinatario identificado a quien asignarle el deber preventivo.

Esto parecería indicar que, pese a las modificaciones e inclusiones del CCyC, la tutela preventiva continúa judicializándose en base a los parámetros de la responsabilidad civil resarcitoria que conecta al responsable previamente individualizado con el daño y requiere la existencia de un factor de atribución (art. 1721, CCyC).

Esto explicaría por qué los reclamos preventivos se circunscriben a “evitar” y “no agravar” el daño y se efectivizan cuando la situación dañosa ya se produjo y por qué en ningún caso se reclama por la adopción de medidas tendientes a evitar el daño o disminuirlo.

Igualmente, las conductas que deben adoptarse alrededor del deber de prevención señaladas en el artículo 1710 del CCyC sirven de base para el encuadre de

la pretensión preventiva, para fijar el objeto de la pretensión y también como parámetro para definir la obligación preventiva en la sentencia. Por ejemplo, el reclamo puede incluir que otra persona adopte, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud, y, al mismo tiempo, también puede atribuirlo el juez como obligación preventiva a la persona obligada en la sentencia y para determinar la extensión de la obligación.

Las sentencias relevadas también muestran que los hechos que dan marco a la pretensión preventiva, al igual que las pretensiones, son heterogéneos y las materias disímiles y que no dependen del tipo de daño que se pretenda prevenir (personal, patrimonial, colectivo, entre otros).

Por consiguiente, es suficiente que una persona, (humana o jurídica, pública o privada), demande tutela preventiva en base a las conductas que describe la norma del CCyC alrededor del daño y que derivan del comportamiento de otra persona (humana o jurídica, pública o privada), para activar la tutela preventiva.

El desenvolvimiento de las tres categorías de conductas derivadas del deber de prevención genera una casuística heterogénea y compleja. La casuística revela reclamos dirigidos a prevenir el daño para la protección de todos los aspectos de la persona: la vida, la salud, la dignidad, el honor, la intimidad, el trabajo, el patrimonio, entre muchos otros, tendientes a: 1) evitar el incendio de un terreno que se encuentra en una zona incendiable de abundante vegetación y que se encuentra en cercanías de una vivienda habitada, 2) el control de artefactos de gas en un edificio para evitar fugas, 3) a que se restrinjan las fumigaciones con agroquímicos cerca de una escuela, 4) que se cumpla con la prestación del servicio eléctrico, 5) que se eviten los daños que pueden producir las protestas en una estación de servicio que es zona de riesgo, 6) que se informe en forma cierta y detallada a la totalidad de los asegurados el alcance voluntario del seguro y se explique el contenido de la cláusula de exclusión por uso de motocicletas cobertura por accidentes personales en caso de utilización de motocicletas o vehículos similar, 7) que se garanticen los suministros para el tratamiento hidrocefalia, 8) que se evite el daño derivado del eventual incumplimiento de las cláusulas societarias, 9) que se eviten los daños que podrían derivarse de no inscribir en el

Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas al niño concebido por una pareja por transferencia de embriones a través de gestación por sustitución, 10) que se establezcan medidas urgentes para proteger a los niños, niñas y adolescentes, maestros y personal no docente que concurren a las escuelas rurales de la Provincia contra uso de fumigadores, 11) que el Banco, como medida de prevención del daño, se abstenga de formular reclamos telefónicos —por WhatsApp— a un cliente a fin de reclamarle el cobro de un crédito cuya ocurrencia y particularidades están siendo debatidas en un proceso judicial, 12) medidas preventivas orientadas a remover obstáculos en el acceso peatonal a las estaciones contra la empresa prestataria del servicio de ferrocarriles, 13) medida de prevención de daños solicitada por una asociación de consumidores contra una empresa proveedora del servicio de cable, telefonía e internet, relacionada a la entrega en soporte físico de los productos a sus clientes, entre muchos otros.

De la pretensión encauzada en los reclamos y la extensión de la obligación, ambas en base a lo que establece el artículo 1710 del CCyC, es posible extraer algunas características generales:

a) *homogeneidad*: los reclamos preventivos muestran homogeneidad en las pretensiones preventivas que se circunscriben a las conductas referidas a "evitar el daño" y "no agravarlo".

b) *heterogeneidad*: los reclamos preventivos muestran heterogeneidad y diversidad en los objetos sobre los cuales recaen los daños ya que comprenden roturas edilicias, construcciones de obra pública, contratos de seguros, cobertura de obra social para tratamiento médico, riesgo de incendio, impedimento a protestas, entre muchos otros.

c) *inminencia*: los casos muestran la urgencia de obtener una respuesta favorable frente a la eventualidad de que los daños se produzcan o sean irreversibles. La inminencia se advierte en la mayoría de las sentencias relevadas (76 %) porque el daño ya se produjo y por eso la pretensión se circunscribe a "no agravarlo".

d) *identificación del destinatario del deber de prevención*: en todos los casos la persona alcanzada por la obligación preventiva se identifica en la sentencia. Puede ser la misma definida en el reclamo preventivo y luego pueden identificarse otras personas a las que el juez le atribuya la obligación preventiva.

En su función preventiva la responsabilidad se impone sobre un sujeto considerado responsable por la ley para actuar de modo de prevenir el daño al no encontrar otro que soporte la carga en la forma y medida que lo exige la política social. Lo que se tiende es a no dejar a la víctima inocente librada al azar, buscando en la sociedad al obligado a soportar la carga. De este modo, para la búsqueda de soluciones más justas los jueces deben decidir teniendo la certeza de que detrás del daño no está el azar o la desgracia impersonal, sino el actuar de una persona o la creación de un riesgo (Garrido Corberá, 2020).

En definitiva, con la prevención se tiende a evitar la consolidación del daño y es por eso por lo que el juez ha de mostrar flexibilidad en las soluciones preventivas y analizar diferentes alternativas para encontrar una mejor solución al requerimiento. Al mismo tiempo, la labor jurisdiccional se complejiza y exige una mayor preparación y abordaje de los casos desde las dimensiones normativa, social y axiológica.

El alcance del deber de prevención sobre la base de las categorías: a) evitar el daño, b) adoptar medidas tendientes a evitarlo o disminuirlo y c) de no agravarlo, revela los repartos asignados por el legislador que luego serán redistribuidos y reconducidos por el juez en su carácter de repartidor. Al mismo tiempo, los repartos distribuidos por el juez están condicionados, en algún sentido, a las referencias asignadas por el legislador. El juez tiene la tarea de interpretarlos según cada caso concreto y garantizar que los repartos sean justificados. La justificación le da la fuerza de convicción necesaria a la persona obligada (recipiendario) para cumplir con la obligación. En la tutela preventiva se reparte la obligación de prevenir, evitarlo o disminuir el daño que también esta predeterminada por el legislador.

También se advierte que, si bien el legislador le otorgó al juez amplias facultades para redireccionar los repartos (a través de la posibilidad de adoptar medidas de oficio) al mismo tiempo, condicionó su accionar al definir el alcance del deber de prevención a

través de las conductas descritas en el artículo 1710 que corresponde asumir frente al daño.

A la vez, las sentencias muestran homogeneidad en el encuadre jurídico, pero heterogeneidad en los objetos que exhiben los reclamos, lo cual transforma a la tutela preventiva en un instituto cuyo desarrollo y consolidación requiere un abordaje desde la realidad social, que tenga especial consideración de las circunstancias de cada caso concreto.

b) sustrato normativo.

El deber de prevención estructurado en el CCyC marca una diversidad de sujetos pasivos alcanzados por las situaciones que describe (evitar causar un daño, adoptar medidas razonables para evitar que se produzca o para que disminuya un daño, no agravarlo si ya se produjo), (art. 1710).

En la normatividad es posible identificar:

a) un *posible dañador*, quien debe evitar dañar a otro o a intereses colectivos, por causación originaria del menoscabo o de su intensificación del menoscabo o de su intensificación.

b) un *tercero* que no generó el peligro, pero que puede eliminarlo, desviarlo o atenuar sus efectos perjudiciales.

c) la propia *víctima*, quien no debe agravar el daño experimentado. Sólo que entonces no puede hablarse de un deber jurídico –que necesariamente presupone alteridad- sino de una carga como imperativo del propio interés, cuyo incumplimiento genera efectos desfavorables, acotando el alcance de su derecho indemnizatorio (Zavala de González, 2015).

La diversidad de personas pasivas alcanzadas por cada hipótesis plasmada en el CCyC contribuye a una mayor extensión de la obligación preventiva, aún en los casos

en los que no estén individualizadas en la pretensión. El poder de actuar, si bien se traduce en la pretensión procesal que puede esgrimir el legitimado activo (Galdós, 2015), no acota la extensión de la obligación que puede ser determinada por el juez de acuerdo con las circunstancias de cada caso conforme surge de las sentencias relevadas.

En “E.M. I. y otro contra Apilar S.A” (17/11/2016), también denominada “Espil”, se condenó al dueño del inmueble en el cual existía una laguna conocida como “Cava de Cerro Leones” en la que falleció ahogada una persona que ingresó clandestinamente al lugar, pero se extendió la obligación preventiva a la Municipalidad de Tandil para que, a través de sus organismos técnicos, y dándole intervención a otras autoridades provinciales, presente una propuesta de trabajo para suprimir el peligro de las cavas. La extensión de la obligación preventiva se hizo a través de un mandato preventivo en base a los criterios de menor restricción posible y medio más idóneo (art. 1713, CCyC).

En “Torres, Luis Ángel contra. Caja de Seguros S.A” (19/12/2017) el actor había sufrido un accidente en motocicleta y se quebró el radio del brazo izquierdo que le produjo una incapacidad del 16,95 %. La Caja de Ahorro y Seguro no cubrió el accidente e invocó dos supuestos de exclusión de cobertura, uno en cada póliza contratada. En la póliza de seguro de vida adujo que la cobertura se limitaba a la “amputación del miembro o pérdida funcional total del hombro, o del codo o de la muñeca”, mientras que en la póliza de accidentes personales sostuvo, como supuesto de exclusión, el “uso de motocicleta o vehículo similar”.

Los jueces consideraron abusiva la exclusión de cobertura en la póliza de accidentes personales sufridos por el “uso de motocicletas o vehículos similares” porque que el actor desconocía la existencia de dos pólizas, la exclusión de cobertura por sufrir un siniestro circulando en motocicleta y porque la demandada agregó la póliza de accidentes personales hasta el momento de la sentencia de primera instancia. Sostuvieron que la cláusula era sorpresiva porque en el contrato se ubicaba entre los supuestos de exclusión como picaduras de insectos, terremotos, radiación,

inundaciones, etcétera. Además, la demandada tampoco había cumplido con la carga de fundar la razonabilidad del supuesto de exclusión.

Como consecuencia de la cláusula abusiva, los jueces extendieron colectivamente la obligación preventiva y dispusieron un mandato de prevención colectivo dirigido a la Superintendencia de Seguros de la Nación (autoridad de aplicación) para que presente un estudio detallado para reformular la cláusula o exprese los motivos que imposibilitarían la modificación. Al mismo tiempo, como la cláusula abusiva afectaba a 11.740 agentes del Servicio Penitenciario Bonaerense ordenaron notificar a la Superintendencia de Seguros de la Nación, a la Caja de Ahorro y Seguros y al Servicio Penitenciario Bonaerense para que procedan a notificar a todos los empleados alcanzados por la póliza respectiva, el carácter voluntario del seguro y de la cláusula abusiva que contenía y que se analice y disponga su reformulación.

En ambas sentencias, la obligación preventiva se hizo extensiva a personas jurídicas (públicas y privadas) que no habían tenido intervención en el proceso judicial. En efecto, eran sujetos pasivos alcanzados por el deber de prevención según la pretensión de la persona reclamante.

Además, la extensión de la obligación preventiva se hizo a través de mandatos preventivos de naturaleza oficiosa. En “Espil” en forma de mandato preventivo individual dirigido a la Municipalidad de Tandil y en “Torres” en forma de mandato colectivo a la Superintendencia de Seguros de la Nación, a la Caja de Ahorro y Seguros y al Servicio Penitenciario Bonaerense.

Si pudieran circunscribirse los mandatos preventivos a las conductas indicadas en el artículo 1710 del CCyC, podría decirse que las obligaciones preventivas contenidas en ellos encuadrarían en el supuesto del inc. b) en cuanto encomiendan o exhortan a personas a adoptar medidas razonables para evitar que se produzcan nuevos daños o para que disminuyan. En “Espil” estas medidas tienden a evitar que se produzcan nuevos ahogamientos o afectaciones a la salud de las personas y por eso exhorta a la Municipalidad de Tandil a que presente un plan de trabajo en base a dichos objetivos.

En “Torres” el mandato colectivo se dirige a los organismos encargados de notificar a los empleados alcanzados por la póliza abusiva, el carácter voluntario del seguro, de la cláusula abusiva que contiene y a las autoridades obligadas a fiscalizar los seguros y la posibilidad de analizar su reformulación o eliminación para que cumplan con esas finalidades.

Al mismo tiempo, ambas decisiones tienen impacto social en personas indeterminadas en quienes repercutirán, positivamente, las obligaciones preventivas. En efecto, la decisión, en el caso de “Espil”, previene nuevas víctimas de ahogamiento o de otros daños en las personas y en el caso “Torres” impide la vulneración de los derechos por parte de la cláusula abusiva y generada por la aseguradora demandada. Además, en este último caso, la decisión podría proyectarse en otros casos si la aseguradora revisa la existencia de este tipo de cláusulas en otros contratos para prevenir eventuales demandas.

Ambas sentencias permiten mostrar el alcance del deber de prevención proyectado en la norma y como la reformulación y síntesis que llevan a cabo los jueces colabora para que se cumplan los fines para las que han sido creadas.

Para que los repartos proyectados en las normas se conviertan en repartos realizados es necesario que las normas funcionen y para ello las decisiones judiciales tienen que justificarse ya que ello contribuye también a esclarecer la interpretación y la aplicación de las decisiones.

El artículo 1710 del CCyC, como norma jurídica, constituye una captación lógica de repartos proyectados y, en su condición, se espera que sea fiel, exacta y adecuada, es decir, que capte con acierto el contenido de la voluntad de sus autores, que se cumplan y que se construyan del modo que más sirva a los fines de estos últimos. La justificación de las decisiones judiciales preventivas puede contribuir a captar de un modo más eficiente el contenido de las normas y a lograr su cumplimiento.

Sin embargo, cuando las decisiones judiciales captan la realidad de las normatividades suelen incorporarle significados distintos de los que normalmente le

corresponden. A través de la sentencia los jueces modifican los sentidos de la realidad convirtiendo, por ejemplo, hechos en pruebas apreciadas con un significado específico (Ciuro Caldani, 1998). Esa modificación de la realidad se concreta en las sentencias preventivas a través de la admisibilidad y la extensión del deber de prevención. El juez realiza el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la síntesis y la argumentación (Ciuro Caldani, 2019) en cada sentencia y contribuye al funcionamiento de las normas y a su legitimidad.

Cuando las sentencias preventivas están justificadas reafirman el imperativo de que todas las personas que integran la sociedad tienen el deber de prevenir, pues se encuentran constreñidos a no dañar, a impedir perjuicios de proveniencia ajena y, de ser víctimas, a desplegar gestiones para que los perjuicios sufridos no aumenten.

También refuerzan la concepción de que el daño injusto siempre representa un mal comunitario; la reparación puede borrarlo o aminorarlo para la víctima, incluso no siempre porque hay detrimentos que son irreversibles, pero la extensión de la obligación preventiva mantiene en la sociedad el valor negativo anexo al desmedro (Zavala de González, 2015).

c) sustrato axiológico.

El artículo 1710 del CCyC brinda los parámetros de conducta a través de los cuales debe ser ejercido el deber de prevención, perfila la pretensión y la extensión de la obligación, pero también se vincula al principio axiológico de “dar lo suyo a la víctima” quien fue privada de ello porque otra persona transgredió la prohibición de dañar o por crear un peligro de que así ocurra.

Al mismo tiempo, para comprender el sustrato axiológico del deber de prevención hay que concebir al daño como un mal comunitario que se proyecta en la idea de que las personas no deben crear peligros injustificados para otros y, si surgen, deben enervarlos o desviarlos de manera inocua (Zavala de González, 2015). También corresponde considerar que la protección de intereses ajenos protege a las víctimas

eventuales y también a los potenciales dañadores quienes ven excluida o aminorada su responsabilidad por los daños total o parcialmente impedidos.

Algunas de las sentencias relevadas han receptado esta concepción del deber general de prevención y del daño comunitario y han marcado los perfiles del deber preventivo. Así, en “Zabaloy Ana Maria c/ Marchi Luis Miguel (31/10/2019)” los jueces dijeron que “el no dañar a otros” (*alterum non laedere*) se erige en una directiva esencial en pos de la prevención de los daños, ya que más allá de estar referido al daño ya ocasionado, alcanza también a la amenaza de un daño injusto, lo que justifica la intervención de la justicia para determinar directivas preventivas para evitar, de tal modo, la producción del daño.

En “Teves, Alberto Ariel contra Ferrosur Roca S.A” (16/5/2016), los jueces sostuvieron que se consagra el deber general de actuar para evitar causar a las personas y a las cosas un daño no justificado, es decir de adoptar las conductas positivas o de abstención conducentes para impedir su producción o agravamiento. Ello así, en la medida que esa conducta dependa de la persona (“en cuanto de ella dependa”, según dice la norma) y en base a los parámetros de la buena fe y la razonabilidad, lo que implica analizar las circunstancias de cada caso.

También han interpretado que el inciso a) sienta la regla y el inc. b) proporciona las pautas para su evaluación, teniendo en cuenta que existe un derecho general a no actuar y que únicamente cuando se configure un abuso de ese derecho (lo que se relaciona con el parámetro de lo razonable y la buena fe) puede haber responsabilidad por omisión. De lo contrario se estaría exigiendo el despliegue de conductas heroicas.

Las sentencias “Zabaloy” y “Teves” muestran variaciones en la forma de interpretar el alcance del deber de prevención, pero, aun cuando la interpretación se realiza sobre la base de lo normativo y el soporte fáctico del caso a resolver es innegable el componente axiológico que subyace en el análisis, el abordaje y la interpretación.

En “Zabaloy” los jueces resolvieron la prohibición de fumigar con agroquímicos en los predios cercanos a una escuela teniendo en cuenta que la introducción del riesgo en la sociedad obliga a efectuar una confrontación entre los intereses en juego ya que si el riesgo a introducir no resulta útil para la sociedad, o si el mismo representa un peligro potencial de una magnitud que no justifique su introducción, puede ser impedido, y en consecuencia, la prevención del daño operaría sin problema alguno. En esta interpretación se ponderan componentes sociales y subyacen elementos axiológicos que derivan en que la prevención y el deber preventivo se extienden aun a las amenazas de los daños injustos.

En “Teves” se había debatido la responsabilidad de una empresa de ferrocarriles por el fallecimiento de una persona que había ingresado al predio de la demandada y accedido al interior de un vagón torva del que luego no pudo salir. Los jueces interpretaron que el deber general de actuar tiene un alcance más restrictivo porque se encuentra condicionado a que las conductas de prevención dependan de la persona y en base a la buena fe y la razonabilidad, lo que implica, según sostuvieron, analizar las circunstancias de cada caso y que no puedan exigirse conductas heroicas.

Ambas sentencias, si bien perfilan el deber de prevención en forma disímil, muestran la relevancia de cómo se lleva a cabo el abordaje y la interpretación de este instituto para resolver sobre la prevención del daño y el alcance de la obligación preventiva.

En “Zabaloy” subyace una interpretación que prioriza lo social y axiológico mientras que “Teves” muestra un abordaje más restrictivo que prioriza la responsabilidad desde lo individual y condicionado a la buena fe y a la razonabilidad de la persona obligada a prevenir.

La tutela preventiva en clave axiológica obliga a los jueces a apartarse de los criterios de atribución en base a la causalidad y la culpabilidad y a que se reciban influencias más sociales con proyección al bien común.

La prevención tiene una naturaleza social-comunitaria que requiere una mayor redistribución de las obligaciones y fraccionar las consecuencias haciendo extensiva a unos la responsabilidad que corresponde a otros. Esto permite distinguir entre sentencias (entendidas como repartos) justos y justificados. El marco de las responsabilidades por justificación es muy amplio y útil para indicar cuales son las conductas o actitudes debidas para remediar (según este a nuestro alcance) las situaciones injustas (Ciuro Caldani, 1989).

El deber de prevenir nos interpela a “no dañar a otros” y en la convivencia social todos somos garantes de nuestros hechos lesivos contra otras personas, también por los hechos de las personas a las que estamos vinculados (como dependientes o respecto a quienes nos confieren intervención en sus asuntos) y por actividades de las que somos titulares o por cosas o bienes bajo nuestro control.

Los jueces deben definir la responsabilidad preventiva y la extensión de la obligación del deber de prevención advirtiendo la profunda relación interpersonal entre las personas afectadas por la situación “disvaliosa” y las personas convocadas a responder. Para ello, es importante que tengan en cuenta los objetos del reparto (la vida, la libertad, la propiedad, la dignidad, entre otros) y que garanticen que toda adjudicación de responsabilidad no debe desconocer los despliegues sociales y axiológicos de las personas a las que involucra.

6.2.3. Categoría antijuridicidad.

La antijuridicidad es uno de los presupuestos de admisibilidad de la tutela preventiva y uno de los elementos más relevantes de la tutela en general y del deber de prevención en particular.

Si bien la normatividad preventiva parece determinar un perfil formal de la antijuridicidad, las sentencias relevadas muestran perfiles disímiles de este elemento

derivados de la interpretación que hacen los jueces en cada caso concreto que deben resolver.

Del relevamiento se desprenden tres criterios o posturas interpretativas adoptadas por los jueces alrededor del requisito antijuridicidad que han sido denominadas *antijuridicidad formal* y *antijuridicidad material*; teniendo en cuenta si una conducta o acción es antijurídica por transgredir una norma (ley, reglamento, etc.) o por infringir el deber general de prevención y un tercer criterio que se denominó *antijuridicidad no valorada*

La *antijuridicidad formal* reveló una ponderación del elemento por parte de los jueces teniendo en cuenta si el daño que motivó la pretensión preventiva infringió una norma jurídica.

La *antijuridicidad material* mostró que, aunque el daño tenga origen en una causa que justifique su producción, es injusto y por ello vulnera el deber de prevención.

La *antijuridicidad no valorada* exhibió que los jueces no hacen una valoración o ponderación del elemento y condicionan su decisión a la verificación de otros requisitos o circunstancias, aún en los casos en los que la referencia al requisito "antijuridicidad" se visibilice en las sentencias.

Esta categoría de análisis, que será abordada desde lo social, normativo y axiológico, permitirá mostrar como la postura interpretativa del presupuesto antijuridicidad influye y condiciona la admisibilidad de la tutela preventiva y determina su funcionamiento.

a) sustrato social.

Desde el punto de vista jurídico-sociológico hay una apertura a numerosas adjudicaciones de repartos que se originan en conductas con opciones diferentes o por "distribuciones" por las influencias humanas difusas. La tarea judicial está en

condiciones de introducir un relevante despliegue de conducción repartidora que responde de inmediato a los problemas planteados.

Cuando la novedad pone en crisis a otras conducciones, en especial las del legislador, suele quedar en pie la posibilidad de la conducción judicial. Al juez le corresponde entonces reconocer al fin las otras fuentes del orden social, incluyendo en este marco no sólo a las leyes y las costumbres sino a los nuevos usos que se van abriendo camino en los tiempos que nacen (Ciuro Caldani, 2001).

Al mismo tiempo, cada sociedad contiene un complejo de fuentes formales (constitución formal, leyes, decretos, sentencias, contratos, entre otros) y de conocimiento (tratados, monografías, manuales, integrantes de la ciencia jurídica, entre otros) que resulta más o menos adecuado a sus necesidades. Las sentencias pueden descomprimir el complejo de fuentes y convertirse en un instrumento para dinamizar el conjunto y responder a las necesidades de la nueva era. Y más aún, cuando están abiertas al cambio de las circunstancias, están en condiciones de aportar al enriquecimiento y la adecuación de las fuentes legislativas, contractuales, científicas, entre otras (Ciuro Caldani, 2001).

El CCyC pone a disposición judicial una multiplicidad de fuentes para la resolución de los casos y dice que deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos. También debe tenerse en cuenta la finalidad de la norma, mientras que los usos, prácticas y costumbres solo serán vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente y siempre que no sean contrarios a derecho (art. 1).

Al mismo tiempo ofrece pautas de valoración judicial y dice que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento y que el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (arts. 2 y 3).

Los datos obtenidos en este trabajo de investigación permiten identificar y mostrar como los jueces *descomprimen* la diversidad de fuentes disponibles e interpretan las normas en base a los parámetros que establece el CCyC. También se muestra como se reparte la tutela preventiva y se adjudican las obligaciones en las sentencias cuando se admite o se rechaza el reclamo preventivo.

Uno de los elementos de la tutela preventiva sujetos a interpretación es el requisito *antijuridicidad*, que, si bien no ha sido incorporado expresamente de esta forma en el Código, según la interpretación doctrinaria, deriva del supuesto comprendido en el artículo 1710 al referirse al deber de evitar causar un **daño no justificado** (el resaltado es propio). Por el contrario, el requisito antijuridicidad si ha sido incluido expresamente en el CCyC como condición necesaria para la interposición de la acción preventiva del daño (art. 1711).

Sobre el *daño no justificado (daño antijurídico)* se ha dicho que la ilegitimidad o ilicitud (antijuridicidad) requiere una valoración sustancial y no meramente formal. Por ejemplo, no es suficiente que exista autorización administrativa para una actividad empresarial si ella genera molestias que exceden la normal tolerancia o puede provocar un daño ecológico. Del mismo modo, existiría antijuridicidad cuando se ejerce un derecho respetando la letra de la ley, pero en contra de los fines que esta tuvo en vista al reconocerlo o de manera adversa a la buena fe, a la moral y a las buenas costumbres (Peyrano, 2016).

En contraposición, se ha sostenido que la eficacia de la tutela preventiva depende de la calificación de la antijuridicidad de la conducta y es por ello por lo que esta calificación ha de ser formal y no material. De lo contrario se admitiría una acción preventiva contra una conducta lícita por la mera posibilidad de que pueda ser generadora de un daño.

Peyrano explica esto último y afirma que los vehículos, por ejemplo, generan daño y que, si se admitiera la antijuridicidad no formal, cualquier persona estaría legitimada para impedir la circulación de vehículos por cuanto existe la posibilidad de que se ocasione un daño antijurídico. Esto sería absurdo, sostiene, puesto que se paralizarían actividades plenamente lícitas por eso la conducta debe ser ilícita. Frente a ello, para

activar la tutela preventiva, habría que demostrar que estamos frente a una acción u omisión que vulnera una norma específica del ordenamiento (antijuridicidad formal). Correspondería entonces iniciar una acción preventiva contra determinados vehículos que no reúnen las condiciones mínimas para la circulación conforme a las leyes regulatorias (v.gr. Ley de Tránsito), caso contrario se propiciaría a un aumento de acciones preventivas injustificadas (Peyrano, 2016).

Los aportes doctrinarios sobre el presupuesto antijuridicidad son relevantes para la interpretación del requisito, no obstante, la valoración que hacen los jueces determina el perfil del requisito e incide en la admisibilidad o rechazo de la tutela preventiva.

El relevamiento muestra que 75 de las sentencias relevadas responden a la categoría de *antijuridicidad no valorada* por los jueces, es decir, no se pronuncian sobre este requisito para resolver la admisibilidad o el rechazo de la tutela preventiva.

Por otra parte, en una proporción inferior, en 21 sentencias relevadas, los jueces realizan una valoración del presupuesto antijuridicidad: en 18 sentencias se muestra una *antijuridicidad formal* en donde los jueces analizan si el daño o amenaza del daño infringe una norma jurídica, mientras que en solo 3 sentencias la interpretación responde a la categoría de *antijuridicidad material* que implica valorar si el daño es injusto y si vulnera el deber general de prevención.

La valoración del presupuesto antijuridicidad forma parte de la tarea interpretativa de los jueces y condiciona el resultado de la tutela preventiva en la sentencia. En efecto, los datos del relevamiento muestran que la ausencia de valoración de la antijuridicidad del daño impacta positivamente en su admisibilidad dado que, de las 75 sentencias en las que no se ponderó el requisito, la tutela preventiva fue admitida en 60 sentencias mientras que fue rechazada solo en 15.

A la inversa, en los 21 casos en los que fue valorada (antijuridicidad formal y antijuridicidad material) fue rechazada en 18 casos, mientras que solo fue concedida en 3 que representan los casos de antijuridicidad material.

De los datos extraídos, cabría preguntarse si la ausencia de valoración de los jueces del elemento antijuridicidad es deliberada, es decir, si los jueces, al advertir que

el daño (o amenaza) que motivó la pretensión preventiva no se encuentra justificado (es antijurídico por trasgresión a una norma), deciden no ponderar este requisito porque implicaría rechazar la tutela preventiva ante la no verificación del presupuesto.

Sin embargo, aun así, la ausencia de valoración de la antijuridicidad es, en sí misma, un criterio o postura asumida frente al requisito que condiciona el resultado de la tutela preventiva.

Lo expuesto le asigna importancia a la tarea de los jueces en su rol de conductores y repartidores para resolver y dar respuesta a los problemas que se le plantean y adecuar la ley teniendo en cuenta, entre otros elementos, sus palabras y sus finalidades. También cabe admitir que la construcción y consolidación de los perfiles de la tutela preventiva no dependen únicamente de la regulación normativa (y de los aportes de la doctrina) sino de la aplicación que hacen los jueces para lograr que funcione.

La decisión judicial (como reparto en sí mismo) requiere un marco de razonabilidad y justificación para que la prevención funcione, para garantizar el efectivo cumplimiento del deber preventivo y obtener legitimación social. Asimismo, las posturas que se asuman no implican, necesariamente, apartarse de lo regulado sino desfragmentarlo, interpretarlo y adaptarlo a la realidad social que suele presentar mayores matices de los que las normas, en abstracto, pueden receptor.

b) sustrato normativo.

El marco normativo del requisito de la antijuridicidad del daño deriva del deber de prevención que dispone evitar causar un daño *no justificado* regulado en el CCyC (art. 1710, CCyC). El *daño no justificado* es aquél en que la causa o la no evitación del daño provienen de una conducta antijurídica (Zavala de González, 2015). La justificación o su ausencia se refieren al acto lesivo y se vincula con la función resarcible de la responsabilidad civil (arts. 1717 y 1718 del CCyC).

Al respecto, el Código dispone que es antijurídica cualquier acción u omisión que causa un daño a otro si no está justificada (art. 1717). También establece que está justificado el hecho que causa un daño: a) en el ejercicio regular de un derecho; b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada y c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al auto del daño o a un tercero. Si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado, únicamente, si el mal que se evita es mayor que el que se causa (art. 1718).

La antijuridicidad es un presupuesto inescindible para la articulación de la tutela preventiva razón por la cual es importante la interpretación que los jueces realizan al respecto. El relevamiento de sentencias mostró que en 75 de un total de 96 sentencias relevadas los jueces no mencionan a la antijuridicidad, con lo cual, no es posible determinar si el análisis del presupuesto se limita a subsumir la pretensión preventiva en los supuestos comprendidos en la norma o si hay una correspondencia valorativa entre el antecedente de la norma y la obligación preventiva atribuida en la consecuencia jurídica (Ciuro Caldani, 1987).

Por otra parte, en 21 de 96 sentencias relevadas, los jueces valoran el presupuesto antijuridicidad en función de si la conducta que infringe el deber de prevención transgrede una norma jurídica o si vulnera el principio de no dañar a otros por la injusticia del daño.

El cuadro n° 14 muestra la clasificación de las sentencias según la valoración o no valoración del elemento antijuridicidad, su concepción como transgresión a una norma jurídica o por la transgresión al deber de prevenir y la injusticia del daño derivada de aquella transgresión.

Cuadro N° 14: antijuridicidad

Antijuridicidad	Sentencias
<i>No valorada</i>	75
<i>Formal</i>	18
<i>Material</i>	3
Total	96

La normatividad plasmada en el CCyC daría cuenta de que las acciones u omisiones *licitas*, en principio, no podrían verse impedidas preventivamente, aunque causen daños, porque su producción se encontraría justificada jurídicamente siempre que no se generen menoscabos excesivos. Sobre esa base, la antijuridicidad estaría determinada por la ausencia de justificación del acto que genera el peligro y no por la injusticia del daño que amenaza.

Si la normatividad se aplicara del modo en que ha sido determinada por el legislador, y se tuviera en cuenta el elemento antijuridicidad con este alcance, solo habría un deber de evitar daños derivados de actos ilícitos y no de actos legítimos. Es decir, según esta interpretación, una persona no estaría obligada a soportar el deber preventivo si su accionar estuviera amparado por alguno de los motivos legitimantes que dispone el CCyC.

Sin embargo, las sentencias relevadas dan cuenta de lo contrario, muestran que es posible asignarle a la antijuridicidad un alcance distinto y que la ausencia de justificación también puede derivar de la injusticia del daño, aunque esta interpretación requiere un abordaje más complejo que abarque el análisis social y axiológico del caso a resolver.

Esta complejidad, que exige mayores argumentos y justificación de la decisión por parte de los jueces podría explicar la cantidad de sentencias en las cuales no se

menciona ni se analiza el presupuesto antijuridicidad para la admisibilidad o rechazo de la pretensión preventiva. En efecto, del análisis de los datos obtenidos del relevamiento es posible conjeturar que la interpretación que realizan los jueces de la antijuridicidad delimita y condiciona la concesión o el rechazo de la tutela preventiva en la sentencia: de las 21 sentencias en que la antijuridicidad es valorada, solo en 3 (antijuridicidad material) se concede la tutela preventiva mientras que en las 18 sentencias restantes (antijuridicidad formal) la no verificación del presupuesto en el caso es el argumento para denegarla.

Por el contrario, en las 75 sentencias restantes en las que no hay valoración de la antijuridicidad la cantidad de demandas admitidas se mantiene elevada (se concede la tutela preventiva en 60 sentencias) mientras que solamente se rechaza en 15 sentencias. El cuadro n° 15 muestra los datos obtenidos del relevamiento.

Cuadro n° 15: antijuridicidad valorada y no valorada - relación con las demandas concedidas y rechazadas

Antijuridicidad	Sentencias	Admitidas	Rechazadas
No valorada	75	60	15
Valorada	21	2	19

Los datos obtenidos muestran que la valoración o la no valoración del elemento antijuridicidad define la admisibilidad o rechazo de la tutela preventiva a través de la sentencia. De este modo, a mayor valoración del elemento antijuridicidad, mayor es la cantidad de demandas rechazadas. A la inversa, la no valoración de la antijuridicidad deriva en mayor cantidad de demandas admitidas.

A modo de síntesis; y en base a la normatividad contenida en el artículo 1710 del CCyC referida al deber general de prevención; puede determinarse que los perfiles de la antijuridicidad elaborados por la jurisprudencia derivan de la valoración, que hacen los jueces de:

a) la infracción o transgresión a una norma jurídica que surge del alcance otorgado al *daño no justificado* que no pudo evitarse, o sobre el que no se adoptaron medidas razonables para evitarlo o disminuirlo o no agravarlo (*antijuridicidad formal*) y,

b) de la vulneración o infracción al deber general de prevención que deviene de la *injusticia del daño* o del *daño que amenaza*, aun cuando sea legítimo (*antijuridicidad material*).

Cabe agregar que forma parte del perfil dado a la antijuridicidad el supuesto de la inexistencia de valoración del elemento que, aun cuando no permita extraer datos para la determinación del concepto, hay que considerarlo por repetirse en un elevado porcentaje de las sentencias relevadas.

A modo de ejemplificar lo expuesto se muestran a continuación sentencias incluidas en las categorías *antijuridicidad formal*, *antijuridicidad material* y *antijuridicidad no valorada*.

b.a) Sentencias con antijuridicidad formal.

En la sentencia “Industrias Rotor Pump S.A contra Franklin Electric Sales Inc. y otros” (7/9/2017), la actora había solicitado que la demandada se abstenga de visitar a sus distribuidores y clientes; de ofrecerles la venta de productos y de recabar información comercial de los negocios que realizaba Industrias Rotor Pump con sus clientes y distribuidores.

Los jueces hicieron lugar al requerimiento y, para ello, luego de analizar la naturaleza del encuadre procesal de la medida preventiva requerida, que había sido

interpuesta a través de una medida autosatisfactiva, se explayaron sobre la prevención del daño contenida en el CCyC.

Sostuvieron que la importante reforma del Código Civil y Comercial en cuanto a la recepción de la función preventiva de la responsabilidad civil consagró el deber de: a) evitar causar un daño no justificado, b) adoptar medidas para evitar un daño o disminuir su magnitud, y c) no agravar el daño ya producido (arts. 1708 y 1710).

Agregaron que también se exige la acreditación de la *antijuridicidad*, entendida como la trasgresión al ordenamiento jurídico -en forma comisiva u omisiva- y que surgía de la prueba testimonial y documental que la demandada había obrado antijurídicamente, con claro conocimiento de que estaba causando un daño y un serio perjuicio a su imagen. Concluyeron que existió una fuerte probabilidad del derecho invocado en cuanto al grado de convicción que sugería la prueba aportada y que traduciría la conducta antijurídica pregonada

Dispusieron que la demandada debía abstenerse de realizar visitas a distribuidores y clientes y de recabar información comercial de los negocios con los clientes y distribuidores de la actora y de ofrecer la venta de productos de fabricación propia.

En “Pugliese, Alejandro Fabián contra BBVA Banco Francés S.A. y otro” (21/6/2019), Alejandro Fabián Pugliese había iniciado una acción preventiva de daño contra el BBVA Banco Francés S.A. y Pro Action Service S. A., para que cesaran de hostigarlo a él y a su entorno familiar y laboral, a través de diversas vías de comunicación (telefónica, mensajes de texto, mensajes de whatsapp; correos electrónicos y redes sociales), para cobrar una deuda que el actor tendría con la entidad bancaria. Pugliese alegaba que dichas acciones vulneraban su derecho a la intimidad y el de su familia.

Los jueces consideraron que las pruebas no acreditaban una acción u omisión antijurídica. En efecto, sostuvieron que las copias simples de las notas enviadas al actor para procurar el cobro de la deuda no evidenciaban el hostigamiento al que hacía referencia en su escrito de inicio y que de las expresiones vertidas en las cartas no

surgía acreditado el trato indigno puesto que no contenían vocablos vergonzantes ni contaban con apariencia de un reclamo judicial, teniendo en cuenta el art. 8 bis de la Ley 24.240.

Agregaron que, tampoco se había acreditado el avasallamiento en el derecho invocado con las copias simples de mensajes de textos o de whatsapp, y que no era viable constatar, ni siquiera de manera conjetural, el origen y el destino de aquellos elementos que debieron ser objeto de debate y prueba y que no alcanzaban para justificar el alegado ejercicio abusivo de derecho de la entidad bancaria.

Enfatizaron en que, para que proceda la tutela preventiva, es requisito esencial que se acredite una conducta antijurídica, por acción u omisión, y que, con los elementos que estaban agregados en el expediente, no estaba acreditada la antijuridicidad para justificar el dictado de la medida precautoria pretendida. Agregaron que no se encontraba acreditado que la entidad bancaria estuviera ejerciendo su derecho a reclamar una supuesta deuda de manera abusiva y con un trato indigno hacia el actor y su entorno familiar y rechazaron la demanda.

En “D. M. M. C. contra P., N. S. y otro” (13/12/2015), la vicedecana de un instituto universitario, que había sido demandada por daños por plagiar una obra académica, promovió una medida autosatisfactiva para que se les ordenara a los actores de ese proceso abstenerse de efectuar comentarios que afectaban su honorabilidad, su imagen pública y su nombre.

Los jueces sostuvieron que la medida autosatisfactiva debía rechazarse porque los hechos analizados no configuraban una conducta ilícita con entidad suficiente para activar la responsabilidad civil en su faz preventiva y que la admisión de la prevención debía abordarse con carácter restrictivo cuando se trata de restringir el ejercicio de otro derecho fundamental (arts. 1710, 1711, 1713, 51, 52, 53, 1770 del CCyC).

Alegaron que la demanda era insuficiente porque no había logrado demostrar la primacía del derecho a la dignidad, al honor y a la honra para transformar en operativa su pretensión de impedir que los demandados se expresen, pronuncien o comenten con terceros los hechos que generaron el reclamo. En efecto, dijeron que no había sido

probado, asertiva e incuestionablemente, que los demandados habían actuado con menosprecio lesivo de los derechos personalísimos de la actora y tampoco se había probado la conducta antijurídica.

Enfatizaron en que no se había acreditado la existencia de los hechos en los que se sustentaba la pretensión: la invasión a la privacidad de la actora, la antijuridicidad de esa conducta y la necesidad de hacer cesar el daño, aún en potencia.

Añadieron que el juicio de valoración entre la prevención del daño por la afectación de los derechos personalísimos a la privacidad e intimidad (que comprenden el honor e imagen) y la libertad de expresión de terceros, requiere prudencia y realismo para armonizar la tutela de la dignidad humana con la libertad de expresión de los demás y rechazaron el recurso (arts. 52, 53, 55 del CCyC).

En “Vila Daniel Eduardo contra Vila Santander, Alfredo Luis” (14/11/2017), Daniel Eduardo Vila había solicitado una medida precautoria para que se le ordene a su hermano demandado que se abstuviera de realizar actos en contra de las previsiones de una cláusula del Convenio de Accionistas que integraban, que establecía que, cualquier controversia entre accionistas, debía resolverse a través de negociaciones extrajudiciales y arbitraje.

Los jueces denegaron el reclamo porque consideraron que, si bien las partes habían asumido posturas opuestas con relación a ciertos tópicos que las vinculan (rendición de cuentas y manejo de fondos de las sociedades que integraban, entre otros), que darían cuenta de un aparente conflicto societario, ello no justificaba endilgarle a una de las partes que, soslayar la vía conciliatoria establecida contractualmente, implicaría la realización de actos antijurídicos.

Sostuvieron que, la pretensión de un accionista no podía ser considerada como una de las medidas previstas en el artículo 1713 del CCyC porque, para ordenar una medida preventiva del daño en los términos solicitados, se requería una acción u omisión antijurídica (el hecho generador debe ser ilícito), el interés del reclamante, la posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstenerse para evitar el daño o sus efectos y una adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el

resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas. Entendieron que no había existido un elemento de juicio que permitiera inferir, apriorísticamente, que el demandado estuviera obrando de manera antijurídica.

En “Agostini Juan José contra Enrique Eduardo Martínez y Mirta Susana Petrillo” (16/10/2019), se interpuso una acción preventiva del daño por medio de la cual se había solicitado la paralización de las obras realizadas sobre un inmueble y que se les ordene a los demandados que realicen las obras de restauración y mitigación en el terreno para restituir a su estado anterior las modificaciones realizadas.

El juez analizó el requisito de la antijuridicidad y sostuvo que debía habilitarse la acción preventiva del daño tendiente a la paralización de obras sobre un inmueble porque la demandada no había podido acreditar la existencia de ninguna autorización para la realización de las obras constatadas (apertura de caminos, movimiento de suelo, obras hídricas, entre otras) en el inmueble. A ello agregó que el estudio de impacto ambiental para la realización del loteo había sido posterior a la constatación de la existencia de esas obras por parte del Ministerio de Ambiente de Jujuy.

Sostuvo que el daño es una consecuencia eventual del acto ilícito y es requisito indispensable para la configuración de la obligación resarcitoria, pero no es necesario probar el daño para habilitar la acción preventiva. En el caso, existieron actos (apertura de caminos, movimiento de suelos, desmontes) que resultaban potencialmente nocivos al inmueble propiedad del actor, por las consecuencias previsibles de impacto hídrico, deslizamientos, movimiento y desestabilización de la pendiente.

Agregó que la omisión antijurídica de los demandados, que habían realizado obras para una nueva urbanización sin autorización y sin estudio de impacto ambiental, podía generar un daño potencial (inundaciones y distorsiones en el sistema hídrico) con un previsible efecto ruinoso sobre el inmueble del actor, quien ostentaba un interés razonable en solicitar la prevención del daño.

Concluyó en que el derecho a la prevención, como pilar fundamental del derecho ambiental, deriva constitucionalmente de los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional y 41 de la Constitución de Jujuy; y que la prevención constituye el centro del

paradigma del derecho ambiental y atraviesa todas las normas ambientales, en particular la Ley General del Ambiente 25.675 y la Ley 5.063 de Jujuy.

En “Wall Mart Argentina S.R.L. contra Grainco S.A. y otro” (18/10/2016) la cadena de supermercados había solicitado que se le ordene a Grainco S.A. y a Fideicomisos Comerciales S.A. que se abstuviera de desconocer los términos del contrato que existía entre ambos y, en particular, de ejercer la resolución contractual o cualquier pretensión tendiente al desalojo del inmueble que ocupaba derivado del vínculo contractual que mantenían.

Los jueces sostuvieron que, para que procediera la acción preventiva del daño del artículo 1711 del CCyC era necesaria una conducta u omisión antijurídica que haga previsible la producción de un daño, su continuación o su agravamiento; sin que sea exigible la concurrencia de algún factor de atribución.

Añadieron que el artículo 1711, con clara impronta procesal, exigía que, para la procedencia de la pretensión preventiva, el sujeto legitimado activo debía acreditar la existencia de la acción u omisión antijurídica que hiciera previsible la producción del daño que procuraba evitar, interrumpir o no agravar y que, por ello, en principio, no podía clasificarse como contraria a derecho (antijurídica) a la acción u omisión cuando no acaeció el daño innecesario.

Sostuvieron que, sin embargo, como se trataba de una acción de prevención, debía partirse de una premisa conjetural que forme, a priori, la convicción jurisdiccional de que era factible, de conformidad con el curso de los hechos, un evento dañoso y que la antijuridicidad, por lo tanto, estaría en incumplir con el deber de prevenir impuesto por la ley.

Explicaron que, para ordenar una medida preventiva del daño se requería: (i) una acción u omisión antijurídica -por lo que el hecho generador debía ser ilícito-, (ii) el interés del peticionario. (iii) la posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos y (iv) la adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas (arts. 1725, 1726 y 1727 del CCyC.).

Concluyeron en que la medida preventiva requerida no podía ser admitida porque surgía del caso un largo conflicto contractual originado en el año 2015, (según el desarrollo fáctico explicado por la actora), que se enmarcaba en numerosas reuniones e intercambios epistolares que conducían a crear convicción de que no estaba acreditada la clara conducta antijurídica de las demandadas. Agregaron que la decisión de denegar la acción preventiva derivaba de poner de relieve que no era posible colegir de su relato y de la prueba aportada, un obrar de las demandadas que demostrara, con suficiente claridad, la antijuridicidad que constituye recaudo ineludible para el otorgamiento de la medida regulada en el art. 1711 del CCyC.

En “Asociación para la defensa de los derechos de Consumidores y Usuarios contra Banco de la Provincia de Buenos Aires y otros” (24/7/2020), los jueces rechazaron la medida que requería que un banco reanude el envío de la información de sus productos en soporte físico porque no había sido acreditada una acción u omisión antijurídica.

Adujeron que, a los fines de la procedencia de las acciones preventivas del daño, se exigía la acreditación de dos factores: (i) la antijuridicidad, entendida como la trasgresión al ordenamiento jurídico -en forma comisiva u omisiva- y (ii) el interés razonable en la prevención del daño (art. 1712 CCyC). Esto excluía la valoración del factor de atribución de responsabilidad y la concurrencia de la urgencia.

También sostuvieron que, aunque ausente de modo expreso, era de toda lógica que la prevención era factible tanto material como jurídicamente (v.gr. que no esté consumada la acción, sea posible su cese y que se pueda aplicar la medida sin óbices normativos: eventual censura previa, arts. 14 y 32 CN.), pero, por sobre todas las cosas, debía sopesarse que dada la relevancia axiológica de la tutela no debía ser interpretada como excepcional, ni aplicarse con criterio restrictivo.

Concluyeron en que la medida la medida preventiva de la producción de daños era improcedente porque no había sido acreditado que la demandada hubiere realizado una acción u omisión antijurídica concreta y porque no era posible evaluar una conducta dañosa.

En “Mayo Miguel Carlos contra Antasel S.R.L” (12/7/2018), los jueces admitieron la demanda iniciada por los daños y perjuicios sufridos por personas que habían querido alquilar una unidad funcional en un complejo habitacional destinada a locación y que habían sido impedidos por integrar familias con niños menores de edad. Los jueces entendieron que el artículo 1710 del CCyC establece en sus incisos a) y b) que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado y de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño y que ello consagraba la función preventiva.

Argumentaron que, para admitir la acción, no era necesario acreditar ningún factor de atribución (dolo o culpa) sino que era suficiente demostrar que existía un peligro en la producción de un daño que podía evitarse, detenerse o reducirse (art. 1712 del CCyC). Agregaron que, para su procedencia, además de la amenaza de un daño, era preciso que exista una acción u omisión antijurídica y el establecimiento de una relación de causalidad probable entre la antijuridicidad y el daño que previsiblemente amenaza acontecer.

En el caso, dijeron que las restricciones que habían sido impuestas en el reglamento interno de enero de 2016, que se encontraban vigentes hasta junio de ese año e imponían la exclusividad en el uso del complejo para personas adultas, eran ilegítimas y tuvieron por acreditada la antijuridicidad por el incumplimiento contractual.

Perfiles de la antijuridicidad formal que mostraron las sentencias analizadas:

Las sentencias expuestas mostraron una antijuridicidad formal concebida como la transgresión, en forma de omisión o comisión, al ordenamiento jurídico. La valoración del presupuesto por parte de los jueces se circunscribe a constatar si el daño o la amenaza del daño derivan de la infracción a una norma jurídica.

En estos casos, los jueces no tienen en cuenta la injusticia del daño, ni consideran la situación a resolver en forma integral o los derechos vulnerados y, cuando analizan la

prueba, se limitan a verificar si corrobora la antijuridicidad. Tampoco consideran el principio axiológico de no dañar a otros que deriva del deber general de prevenir.

Esta concepción de la antijuridicidad se contrapone a situaciones en las que no puede comprobarse la antijuridicidad del daño, pero deriva del riesgo genérico de cosas o actividades, y entonces la causa inmediata desconocida genera obligación siempre que no sea ajena. En estos casos, no es menester identificar alguna conducta del obligado o de personas bajo su incumbencia como detonante del daño ya que es suficiente la causalidad establecida con el riesgo creado; aunque no pueda calificarse como antijurídico o legítimo (Zavala de González, 2015).

Cuando la antijuridicidad es probable y difusa no configura un presupuesto rígido porque no se indagan comportamientos a los cuales atribuirla, como ocurre en responsabilidades que se generan por riesgo de cosas o actividades, o en situaciones lesivas con origen en la integración de grupos cuando es imposible identificar al autor o cuando sus miembros despliegan actividades peligrosas (arts. 1760 a 1762) (Zavala de González, 2015).

Asimismo, cabe agregar que puede haber supuestos de responsabilidad por hechos lícitos como ocurre con los daños causados en estado de necesidad y se admite como equitativo que quien evitó un mal propio a costa de un mal ajeno indemnice a quien lo sufrió. Igualmente puede ser equitativa esa obligación a cargo de la persona al que amenazaba un perjuicio, aun cuando no fuese quien dañó a otro para sortear el peligro. En estos casos, se considera que el Estado debería responder por daños inferidos en interés comunitario que representan un sacrificio especial para la víctima y cuya ausencia de reparación lesionaría la igualdad ante las cargas públicas.

En los supuestos señalados, el requisito de la antijuridicidad de la conducta se sustituye por el de injusticia del daño. Las conductas antijurídicas y lesivas son fuentes de daños injustos y pueden surgir de actividades permitidas y aprobadas socialmente, con prescindencia de un obrar que pueda considerarse como ilícito (Zavala de González, 2015).

De este modo, ante nuevas maneras de dañar, se ha propiciado la evolución desde una antijuridicidad formal hacia una antijuridicidad atípica o material que deriva de la prohibición de causar daños injustos del artículo 19 de la Constitución Nacional y cuyo objetivo es una justicia sustancial y no exclusivamente legal. Bajo esta concepción, la antijuridicidad no requiere prueba específica porque se presume ante la generación de un daño por acción u omisión, excepto que exista causa de justificación.

Las sentencias relevadas, que en su mayoría no valoran ni mencionan el presupuesto antijuridicidad, darían cuenta de una concepción del presupuesto que se construye por oposición a la antijuridicidad formal pero que no muestra perfiles determinados. Al mismo tiempo, los jueces cuando valoran la antijuridicidad en el caso concreto tienen la tendencia a adoptar una perspectiva formal de la antijuridicidad como se mostró en las sentencias expuestas anteriormente.

El abordaje formal del análisis de la antijuridicidad condiciona el resultado de la tutela preventiva y soslaya los casos en los que los daños no surgen necesariamente de actividades ilícitas o cuando el origen del daño es difuso, pero genera menoscabos en los derechos de las personas que se concretan en daños injustos. Hay actividades que, aun siendo lícitas, generan daños que corresponde prevenir y es necesario considerar supuestos en donde la antijuridicidad no se advierte nítidamente o es de muy difícil comprobación (como en supuestos donde se producen afectaciones a la dignidad humana, al honor, a la intimidad, entre otros) que deben ser apreciados con un esfuerzo mayor y priorizando el principio axiológico que interpela a no dañar a otros.

b.b) Sentencias con antijuridicidad no valorada.

A diferencia de las sentencias con antijuridicidad formal, hay otras sentencias en las que el elemento antijuridicidad no se menciona ni se analiza y no es posible delimitar características distintivas que permitan perfilar un concepto de antijuridicidad.

Por ejemplo, en “Presentación efectuada por A.F.A.D.A. respecto del Chimpancé ‘C.’ sujeto no humano” (3/11/2016) del Juzgado de Garantías de Mendoza el presidente

de una asociación de protección del ambiente había interpuesto un hábeas corpus con el fin de que un chimpancé, que se encontraba en muy mal estado de salud y viviendo en condiciones no aptas para su especie en el zoológico provincial de Mendoza, sea liberado y enviado a su hábitat.

El juez hizo lugar a la medida y consideró que el habeas corpus era procedente porque no había herramienta procesal en la Provincia de Mendoza, ni en la ley nacional, que contemplara específicamente la situación de animales en estado de encierro en establecimientos zoológicos o de cualquier condición de encierro en contrario a las necesidades básicas y al hábitat natural del animal.

Sostuvo que los animales debían estar munidos de derechos fundamentales y que requerían una legislación acorde con esos derechos fundamentales que ampare la particular situación en la que se encuentran, de acuerdo con el grado evolutivo que la ciencia ha determinado que pueden alcanzar. Agregó que se trataba de aceptar y entender que son seres vivos sintientes, sujetos de derechos y que les asiste, entre otros, el derecho fundamental a nacer, a vivir, a crecer y morir en el medio que les es propio según su especie.

En esta sentencia el juez no analizó la antijuridicidad en concreto, pero ponderó la situación de la chimpancé en forma integral atendiendo a sus necesidades, su bienestar y sus derechos. Sobre esa base, dispuso que la trasladaran al Santuario de Sorocaba en Brasil por considerarla sujeto de derecho no humano y dictó un mandato preventivo exhortativo para que los integrantes de la Legislatura de la Provincia de Mendoza provean a las autoridades competentes las herramientas legales necesarias para hacer cesar la grave situación de encierro en condiciones inapropiadas de animales del zoológico, como el elefante africano, los elefantes asiáticos, leones, tigres, osos pardos, entre otros, y de todas aquellas especies exóticas que no pertenecen al ámbito geográfico y climático de la Provincia de Mendoza.

En “Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba contra Gordillo, Diego Germán” (22/05/2019) se había interpuesto una demanda preventiva mediante la cual se requería que cese el supuesto daño causado por el gestor de una aplicación informática que engañosamente publicitaba a la comunidad a realizar divorcios *express*.

En esta sentencia los jueces no analizan la antijuridicidad, pero ordenan el bloqueo preventivo de la página de internet y de las plataformas digitales que publicitaban a la comunidad a realizar el divorcio *express* —“*quickvorcio*”—.

En “Estado Provincial - Fiscalía de Estado de la Provincia de Jujuy contra Cheriél de la Riviere y otros” (24/9/2019), la Provincia de Jujuy interpuso una acción preventiva de daños contra Cheriél de la Riviere para que cesara con las actividades extractivas forestales. La demanda fue rechazada porque la actora tenía herramientas constitucionales y legales para ejercer sus prerrogativas de orden público y llevar adelante todas las medidas que fueran necesarias para cumplir con la pretensión solicitada. Si bien el juez no analiza la antijuridicidad, y tampoco resuelve sobre el fondo de la cuestión, dispone un mandato preventivo y remite copia de las actuaciones al Ministerio Público Fiscal porque entendió que surgía del análisis de la demanda y de la prueba aportada por la Provincia de Jujuy la posible comisión de ilícitos penales ambientales.

Perfiles de la antijuridicidad no valorada que mostraron las sentencias analizadas:

Las sentencias señaladas, aunque no permiten extraer criterios generales en base a los cuales los jueces resuelven la admisibilidad o el rechazo de las demandas preventivas y con relación al presupuesto antijuridicidad, muestran como elemento común que basan la decisión en la ponderación del derecho o de los derechos vulnerados por el daño o que, eventualmente, podrían resultar afectados. Así, en “C” el juez prioriza el derecho a la vida y a la salud de la chimpancé, en “Colegio de Abogados de Córdoba” se pondera el derecho al trabajo de los profesionales abogados que ven vulnerado el ejercicio de su profesión por la página de internet y en “Cheriél” se prioriza el derecho al ambiente sano y equilibrado.

En efecto, las decisiones se basan en la afectación a determinados derechos que están siendo afectados o que podrían resultar afectados por el daño si no se adoptan decisiones de naturaleza preventiva.

c) sustrato axiológico: sentencias con antijuridicidad material.

Desde el punto de vista axiológico, la antijuridicidad implica que una determinada conducta es antijurídica porque transgrede el deber de no dañar que deriva del principio general *alterum non laedere* (no dañar a otros) entendido como valor supremo. La obligación de responder surge de incumplir el deber preexistente de no dañar a otros y, en tanto valor jurídico, la injusticia trasunta una subyacente de alteridad de la persona obligada.

Toda conducta humana intersubjetiva es susceptible de ser axiológicamente valorada como permitida, por justa, o como prohibida, por injusta. Las normas jurídicas solo cumplen el rol de prescribir y describir, formalmente, aquello que, después de una valoración axiológica, se considera como permitido o como prohibido (Fernández Sessarego, 2000).

El derecho está en la vida antes que en las normas y los conflictos jurídicos se presentan a partir de personas que reclaman derechos, que exigen justicia y se resuelven por otras personas que son los jueces. Todo queda en la vida, nada se da fuera de ella y la norma es solo un valioso instrumento para que las personas puedan convivir libremente dentro del bien común.

La tutela preventiva, que posee marco normativo, tiene su origen en el principio axiológico de no dañar a otros y, dicho principio y la función preventiva de la responsabilidad civil, se despliegan en deberes concretos de impedir perjuicios injustificados que recaen sobre todas las personas en condiciones para hacerlo (arts. 19, CN y 1708 del CCyC).

Es por eso por lo que se aplican axiomas del derecho romano como dar lo suyo a la víctima (*ius suum cuique tribuere*) quien fue privada de ello porque otra persona incumplió la prohibición de dañar (*alterum non laedere*) o cuando otra persona crea el peligro de que el daño ocurra.

En la *antijuridicidad material* hay una valoración del presupuesto que hacen los jueces en las sentencias que muestra que la realidad exige realizar un complejo axiológico jurídico que se concrete en el valor justicia. El contenido de las sentencias debe hallarse de acuerdo con el complejo axiológico que deriva del principio general de no dañar a otros para que las sentencias sean justas (Ciuro Caldani, 1998). El relevamiento muestra que es posible construir una antijuridicidad que no se limite a calificar conductas humanas como contrarias o ajenas al derecho, a lo jurídico.

La mayoría de las sentencias revelaron que no es necesaria la concurrencia de la antijuridicidad formal, o sea de norma expresa. Así, en “Zabaloy” los jueces dijeron que la configuración de la antijuridicidad puede tratarse de una antijuridicidad material porque la prevención del daño puede aplicarse a una actividad riesgosa -aun lícita- cuando el interés amenazado prevalece sobre el interés amenazante, es decir, la introducción del riesgo en la sociedad obliga a efectuar una confrontación entre los intereses en juego, ya que si el riesgo a introducir no resulta útil para la sociedad o si el mismo representa un peligro potencial de una magnitud que no justifique su introducción, el riesgo puede ser impedido, y por ende, la prevención del daño opera sin problema alguno.

También han dicho que la amenaza del daño debería ser analizada a la luz del *alterum non laedere* (y no de una prohibición legislativa expresa), ya que la antijuridicidad radica en tal caso en la injusticia de dicha amenaza. El *alterum non laedere* se erige en una directiva esencial en pos de la prevención de los daños, ya que más allá de estar referido al daño ya ocasionado, alcanza también a la amenaza de un daño injusto, lo que justifica la intervención de la justicia para determinar directivas preventivas para evitar, de tal modo, la producción del daño.

En “Teves” los jueces expresaron que la antijuridicidad se trata de un concepto puramente objetivo en cuanto no es necesario tener presente la voluntad del sujeto; la

antijuricidad es un elemento objetivo independiente de la culpabilidad. Comprende no sólo lo prohibido expresamente por la ley, sino también conductas cuya prohibición surge de la consideración armónica del sistema jurídico, incluso lo contrario a la moral, las buenas costumbres y el orden público. Se trata de principios y valores inmanentes tutelados e impuestos por múltiples preceptos positivos del derecho argentino. En definitiva, la ilicitud no debe confundirse con la ilegalidad; y será antijurídica cualquier conducta que vulnere la regla del *alterum non laedere*.

La antijuridicidad gravitó notoriamente la influencia del principio constitucional de no dañar a otro, previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional y **la antijuricidad material (superadora de la antijuricidad formal) fue receptada en los artículos 1717 a 1720 del CCyC y se refiere al daño causado por una acción no justificada. En el marco de la constitucionalización del derecho privado, el artículo 1717 del CCyC recepta el principio del *alterum non laedere* como fundamento del deber de reparar, el que constituye el primer precepto jurídico y moral de toda sociedad civilizada y un principio general del derecho. La antijuricidad extracontractual es atípica y deriva de la vulneración de ese deber general de conducta (de acción y de omisión)** (el resaltado es propio).

En “Teves” los jueces también sostuvieron que, conjugando todas las pautas del artículo 1710 del CCyC, habrá un deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar, y tal cosa sucederá, por regla, cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, puede con su accionar evitar un daño a un tercero.

También agregaron que el primer distingo radica en diferenciar las omisiones a mandatos jurídicos determinados o expresos de las omisiones genéricas a mandatos jurídicos indeterminados fundados en el deber general de no dañar a otro, el *alterum non laedere*, que tiene jerarquía constitucional y se vincula con el deber de seguridad, también de linaje constitucional.

Además, el artículo 1710 del CCyC consagra el deber general de actuar para evitar causar a las personas y a las cosas un daño no justificado, es decir, de adoptar

las conductas positivas o de abstención conducentes para impedir su producción o agravamiento.

Sostuvieron que el deber general de actuar está condicionado a que la conducta dependa de la persona ("en cuanto de ella dependa", dice la norma) y en base a los parámetros de la buena fe y la razonabilidad, lo cual implica analizar las circunstancias de cada caso.

Finalmente, los jueces interpretaron que el inciso a) (deber general de evitar causar un daño no justificado) define la regla y el inc. b) (adoptar de buena fe, conforme a las circunstancias medidas razonables para evitar un daño) proporciona las pautas para su evaluación, teniendo en cuenta que existe un derecho general a no actuar y que únicamente cuando se configure un abuso de ese derecho (lo que se relaciona con el parámetro de lo razonable y la buena fe) puede haber responsabilidad por omisión. De lo contrario se estaría exigiendo el despliegue de conductas heroicas. A ello agregaron que, **cuando hay ausencia de un mandato expreso de prohibición que le imponga a la demandada de manera asertiva el deber de actuar o de asumir una conducta determinada, el deber general de no causar daño a otro, esto el mandato indeterminado de no dañar, no se encuentra vulnerado** (el resaltado es propio).

En "Acuña, Nancy Inés contra Volkswagen SA" (12/11/2020) la actora había demandado por daños y perjuicios a la empresa Volkswagen SA de Ahorro para Fines Determinados por incumplimiento en el contrato de ahorro previo para la adquisición de un automóvil.

Los jueces sostuvieron que había una asimetría entre los consumidores y la empresa por la superioridad técnica y económica que la proveedora ostenta frente a estos.

Analizaron las cláusulas del contrato suscripto entre ambas partes y entendieron que era abusiva porque desnaturalizaba las obligaciones del proveedor en perjuicio del consumidor y provocaba un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.

Sobre esa base, entendieron que la actora vio afectada su esfera moral por las contingencias suscitadas por el incumplimiento del proveedor y que, tratándose de una cuestión derivada de una relación de consumo que conduce a la nulidad por abusividad de una cláusula del contrato donde hay afectación al derecho de información y al trato digno, se presumen las molestias, incomodidades, aflicciones no patrimoniales padecidas por la actora.

Los jueces construyen la antijuridicidad desde el abuso del derecho y no desde la transgresión al ordenamiento jurídico por omisión o comisión y entienden que el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva (arts. 10 y 14, CCyC)

En “Zabaloy” los jueces dispusieron analizaron la antijuridicidad del accionar de la demandada que fumigaba en un predio cercano a una escuela rural y en cercanías de la zona urbana. Sostuvieron que el hecho generador del daño debe ser, en principio, ilícito. Sin embargo, y si bien la ilicitud del hecho conlleva a la presunción de su procedencia, no está excluido el caso del acto lícito dañoso o con potencialidad dañosa, aunque debe ser valorado más restrictivamente porque en tal supuesto no rige la presunción de admisibilidad.

Argumentaron que no era necesaria la concurrencia de la antijuridicidad formal, o sea de norma expresa, y que **la configuración de la antijuridicidad debe tratarse de una antijuridicidad material. La prevención del daño puede aplicarse a una actividad riesgosa -aun lícita- cuando el interés amenazado prevalezca sobre el interés amenazante; es decir, la introducción del riesgo en la sociedad obliga a efectuar una confrontación entre los intereses en juego, ya que si el riesgo a introducir no resulta útil para la sociedad o si el mismo representa un peligro potencial de una magnitud que no justifique su introducción, el riesgo puede ser impedido, y por ende, la prevención del daño operaría sin problema alguno.**

Expusieron que en estos casos la amenaza del daño debería ser analizada a la luz del *alterum non laedere* (y no de una prohibición legislativa expresa), ya que **la antijuridicidad radica en tal caso en la injusticia de dicha amenaza. El *alterum non laedere* se erige en una directiva esencial en pos de la prevención de los daños,**

ya que más allá de estar referido al daño ya ocasionado, alcanza también a la amenaza de un daño injusto, lo que justifica la intervención de la justicia para determinar directivas preventivas para evitar, de tal modo, la producción del daño (el resaltado es propio).

Perfiles de la antijuridicidad material que mostraron las sentencias analizadas:

Las sentencias reseñadas mostraron que los jueces interpretan, reelaboran y perfilan el requisito de la antijuridicidad del daño con proyección a una antijuridicidad material. De ello deriva que:

a) *no es necesaria la antijuridicidad formal*. Alcanza con que la actividad sea riesgosa, amenazante y que el interés amenazado prevalezca sobre el amenazante. Así, si el riesgo no es socialmente útil puede ser impedido.

b) la antijuridicidad *es un concepto objetivo, no requiere la voluntad de la persona*. Comprende lo prohibido por ley y aquellas conductas que surgen de la consideración armónica de lo contrario a la moral, las buenas costumbres y el orden público. De este modo, es antijurídica cualquier conducta ilegal o que vulnere el *alterum non laedere*.

c) *se refiere al daño causado por una acción no justificada*. Cuando es además extracontractual, es atípica y deriva de la vulneración del deber general de conducta de no dañar a otros (de acción y omisión).

d) *hay un deber de actuar cuando la abstención de actuar genere abuso del derecho*.

e) *para analizar la antijuridicidad hay que tener en cuenta la regla y las excepciones alrededor del deber general de prevención*. El art. 1710 CCyC del inciso a es la regla y el b proporciona las pautas de evaluación teniendo en cuenta que hay un

derecho general a no actuar y que únicamente cuando se configure un abuso de ese derecho (se vincula con lo razonable y la buena fe) puede haber responsabilidad por omisión.

f) la *antijuridicidad puede derivar de la ilicitud o licitud con potencialidad dañosa del hecho generador*. En principio, el hecho generador del daño deber ser ilícito, pero no está excluido el acto lícito con potencialidad dañosa, aunque debe valorarse más restrictivamente porque rige la presunción de admisibilidad.

g) *radica en la injusticia del daño que amenaza* y, en consecuencia, debe ser analizada bajo el principio general de no dañar a otros.

h) *si no hay un mandato de prohibición de actuar no hay vulneración del mandato indeterminado de no dañar*. La ausencia de un mandato de prohibición que le imponga a la demandada de manera asertiva el deber de actuar o de asumir una conducta determinada el deber general de no causar daño a otro no vulnera el mandato indeterminado de no dañar.

Las aproximaciones hacia la construcción de la antijuridicidad material se realizan, únicamente, sobre la base de las tres sentencias reseñadas que, aun con matices, permiten perfilar una antijuridicidad material que deriva de la injusticia del daño que amenaza y el deber de no dañar a otros y de la consideración armónica de las conductas o acciones contrarias a la moral, las buenas costumbres y el orden público.

Los jueces construyen la justificación de las sentencias en base a estas premisas que permiten captar de un modo más eficiente la auténtica voluntad, lograr el cumplimiento de la decisión preventiva y proyectar sentencias más justas. Esto se traduce en el funcionamiento de las normas que es una de las tareas llevan a cabo los jueces (Ciuro Caldani, 2019).

La antijuridicidad formal que parece plasmar el CCyC, en su nivel lógico, se desplaza (a la vez que se reconstruye hacia una antijuridicidad material) y hacia captaciones de repartos realizados que se materializan en las decisiones judiciales.

6.2.4. Propuesta para la construcción del concepto antijuridicidad.

El estudio de los diferentes sentidos de la antijuridicidad es muy complejo porque supone analizar la relación que existe con el derecho. Para considerar lo antijurídico como contrario a lo jurídico conviene saber si lo jurídico existe con caracteres propios y, en su caso, que alcances tiene. Lo antijurídico es significativo en la medida en que lo sea lo jurídico (Ciuro Caldani, 1987).

El derecho es identificable con la idea de la realización de la justicia. El principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para convertirse en persona y, en plenitud, la justicia se refiere a la totalidad de las adjudicaciones razonadas (pasadas, presentes y futuras) de modo que, llevado a sus últimas consecuencias, el mundo jurídico sería una perspectiva del universo en su totalidad y todo sería de cierto modo jurídico.

Sin embargo, la significación jurídica de algunos sectores del universo es tan escasa que puede fraccionarse dando lugar a lo “no jurídico”. Este orden es una especie de “contralectura” del derecho que ayuda a comprender sus alcances.

Dentro de lo jurídico, entendido en sentido amplio, al hilo de las posibilidades de realización de la justicia, cabe diferenciar entre lo jurídico en sentido estricto y lo antijurídico, respectivamente, como lo que satisface o contraria a la justicia. No existe lo absolutamente no jurídico, antijurídico, inconstitucional, ilegal, ilícito, antijurídico en sentido positivizado, etcétera, sino como resultado del fraccionamiento de sus contrarios.

Se ha dicho que lo antijurídico, contrariamente a lo que suele sostenerse, no es una categoría del derecho, es decir, de lo jurídico. Nada en el derecho es antijurídico. Toda conducta humana intersubjetiva es susceptible de ser axiológicamente valorada como permitida, por justa, o como prohibida, por injusta. De ahí que puedan inferirse normas jurídicas pertinentes o determinar los principios generales o cláusulas abiertas del derecho aplicable al caso. Si ello no fuera posible, puede acudir al axioma del

derecho “lo que no está prohibido, está permitido, salvo que atente contra el orden público o las buenas costumbres”. Las normas jurídicas solo cumplen el rol de prescribir y describir, formalmente, aquello que, después de una valoración axiológica, se considera como permitido o como prohibido (Fernández Sessarego, 2000).

Sobre esa base, es posible inferir que toda conducta humana en relación es siempre jurídica, sin excepción, en la medida en que todas están regidas por el derecho, pertenecen al ámbito de lo jurídico de ahí que la categoría antijuridicidad no existe como categoría del derecho. La interacción dinámica de conductas humanas, valores y normas jurídicas hace posible la construcción del concepto “derecho”.

La persona es ontológicamente libre lo que hace impredecible el ejercicio fenoménico de su libertad ontológica que es el tramo de libertad regulado por el derecho. Es imposible imaginar que todas las conductas humanas en relación, sin excepción, puedan estar reguladas por el ordenamiento jurídico positivo. Esto impide registrar normativamente todos sus posibles comportamientos, pero no significa que estas conductas humanas permanezcan al margen de lo jurídico (Fernández Sessarego, 2000).

En definitiva, existe lo jurídicamente permitido y lo jurídicamente prohibido. En el primer supuesto se comprenden las conductas humanas valiosas (fundamentalmente justas) y en el segundo, aquellas disvaliosas (por injustas).

Las normas jurídicas que refieren a conductas humanas en relación con otras conductas humanas, las catalogan, genéricamente, como permitidas o como prohibidas. Esta es la más amplia y primigenia apreciación jurídica de las conductas humanas intersubjetivas. Las conductas prohibidas son, por consiguiente, tan jurídicas como aquellas permitidas. Ambas pertenecen al mundo del derecho, de lo jurídico. No obstante, es posible descubrir dentro de esta gama de conductas humanas intersubjetivas *cuatro maneras de ser* del derecho (Fernández Sessarego, 2000).

Fernández Sessarego, siguiendo a Carlos Cossio y Eduardo Gracia Maynez, explica que una norma jurídica contiene hasta cuatro “maneras de ser” del derecho: facultad o derecho subjetivo, deber, incumplimiento del deber o entuerto y sanción.

Todas y cada una de estas maneras de ser son jurídicas, pertenecen al ámbito del derecho, pero lo que ocurre es que, al recurrir al ordenamiento, es posible distinguir dentro de ellas las calificadas como lícitas e ilícitas. Es tan jurídico cumplir con el propio deber como es jurídico el incumplimiento o merecer una sanción civil, una penal o ambas.

De este modo, explica que, de acuerdo con la normatividad vigente en un país determinado, resulta lícito ejercer un derecho subjetivo o facultad o cumplir con el propio deber, mientras que es ilícito el incumplir con dicho deber. Ello no significa que los primeros sean jurídicos y los segundos sean antijurídicos. Lo antijurídico, en consecuencia, no es una categoría del derecho, de lo jurídico. Lo antijurídico es simplemente lo que jurídicamente está prohibido y que es ilícito, por injusto, según lo dispuesto por el ordenamiento jurídico positivo. Desde su perspectiva toda conducta humana intersubjetiva puede ser jurídicamente apreciada como permitida o como prohibida (Fernández Sessarego, 2000).

En el ámbito de la responsabilidad civil hay autores como Busnelli, Visintini y Pantaleón Prieto que entienden que el enfoque debe estar no en la culpa de la persona autora sino en el daño ocasionado a la víctima y que debe descartarse que exista un momento de antijuridicidad. Desde este punto de vista es suficiente la presencia de un daño y de criterios de imputación justos.

Para estos autores lo injusto sería lo equivalente a lo antijurídico, mientras que para Fernández Sessarego lo injusto es lo jurídicamente prohibido, es el elemento negativo de lo jurídico si es que se considera que el incumplimiento del deber y la sanción son maneras de ser de lo jurídico.

Alberto J. Bueres (1989) entiende que la responsabilidad civil “supone el deber que pesa sobre una persona de reparar el *daño injusto* ocasionado a otra. En el concepto se abarcan las hipótesis de daños causados por conductas injustas (antijurídicamente) -perjuicios que involucran una injusticia intrínseca- y las de daños que son injustos per se, es decir, sin reconocer una causación injusta (antijurídica)”.

Al mismo tiempo, asimila lo injusto a lo antijurídico. Expresa que la antijuridicidad “es la contradicción entre la conducta de la persona y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad” (Bueres, 1989). Sostiene que la antijuridicidad, como concepto inicial, “supone un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento, comprensivo de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural”. En la responsabilidad civil la antijuridicidad importa “un obrar violatorio del *alterum non laedere*”. Lo antijurídico sería “la conducta transgresora de la norma en la medida en que hay una lesión o minoración de un interés jurídico resarcible (daño)”.

Para Fernández Sessarego (2000) por su concepción del derecho y del ser humano -su sujeto-, no cabría sostener que la transgresión del ordenamiento jurídico o la violación del deber de no dañar al otro configuren la categoría de lo antijurídico. En ambos casos se trata de “maneras de ser” del derecho que comprenden las conductas humanas intersubjetivas prohibidas, injustas, ilícitas.

Entonces, cuando se expresa que puede haber resarcimiento sin antijuridicidad debe entenderse que existe reparación de las consecuencias del daño, aunque provenga de un acto justo, lícito. Ello así dentro de la concepción que privilegia la atención a las víctimas del daño por sobre la persecución al autor de este (Fernández Sessarego, 2000).

De otro lado, se sostiene que la antijuridicidad importa un “obrar violatorio del *alterum non laedere*”. Desde la perspectiva del autor, el “no dañar a otro” en el ejercicio de un derecho subjetivo supone un deber genérico que, como tal, aparece en todo derecho subjetivo al lado de los deberes que son propios de cada uno de dichos derechos. Precisamente, la noción contemporánea de “situación jurídica subjetiva” que significa que cada derecho conlleva un deber y que todo deber supone un derecho permite comprender como el deber genérico de *alterum non laedere* integra el concepto de lo jurídico, desde que significa incumplimiento de un deber. De ahí, dice Fernández Sessarego, que, si se daña a otro vulnerándose un interés existencial o un derecho subjetivo, la conducta del agresor es jurídica bajo el signo negativo del “incumplimiento de un deber”. Es jurídico entonces lo permitido, lo justo, lícito, lo prohibido, lo injusto y lo

ilícito. Todas estas situaciones son jurídicas e integran el derecho (Fernández Sessarego, 2000).

El principio de no dañar a otros es un principio general del derecho y este carácter no se pierde por el hecho de que dicho principio este formulado en la ley, o de que fluya del derecho positivo, y en último caso, sea que se lo induzca de unas normas particulares o se lo extraiga por deducción sistemática (principios dogmáticos) (Bueres, 1989).

Del mismo modo, podría sostenerse que la antijuridicidad comprende las conductas humanas prohibidas, injustas, ilícitas y que no solo refieren a aquellas que son contrarias a derecho.

Esta concepción de la antijuridicidad y del deber de prevención es comprensiva de todas aquellas conductas que aun sin transgredir el ordenamiento jurídico son injustas y generadoras de un daño e implican el incumplimiento de un deber. Representan una manera de ser del derecho que integra lo jurídico y no como oposición a él.

Si el deber de prevención del daño es general pero la tutela del daño únicamente procede cuando la conducta dañosa vulnera una norma jurídica, no habría una obligación general de prevenir sino una obligación de no transgredir una norma jurídica para no generar daño. Esto permitiría explicar por qué el relevamiento muestra que, en una amplia mayoría de sentencias la antijuridicidad no es valorada por los jueces y que cuando ello ocurre la proporción de concesión de la tutela preventiva es mayor.

De este modo, es posible construir un perfil de antijuridicidad que contemple que los jueces valoren el elemento teniendo en cuenta no solo la conducta que transgrede una norma jurídica y genera un daño sino también todas aquellas conductas que, aún lícitas, también pueden provocar menoscabos y que por ello son injustas. Las conductas injustas forman parte de lo jurídico del mismo modo que el incumplimiento de la prevención integra el deber general de prevenir.

La tutela preventiva, requiere un abordaje comprensivo de estos aspectos y del repertorio de conductas o acciones generadoras de un daño en la medida que, si

generan daño son injustas, y si son injustas son antijurídicas y transgreden el deber general de prevención.

6.2.5. Categoría encuadre procesal.

A la función preventiva se le reconoce un ámbito muy amplio: es aplicable a lo patrimonial y extrapatrimonial, a los derechos personalísimos y a los contratos.

El CCyC dispone los requisitos sustantivos para su procedencia y menciona los presupuestos de la responsabilidad preventiva (1710 y 1711, CCyC). Al mismo tiempo, también debe probarse la autoría (acción u omisión), amenaza de daño, nexo causal entre esa amenaza y el interés del titular. Todo esto da lugar a un proceso con la finalidad de detener el curso dañoso. Durante ese proceso se pueden pedir medidas cautelares que, reguladas en los códigos de procedimiento, adelantan el tiempo del proceso (Lorenzetti, 2015).

La tutela sustancial inhibitoria tiene como objeto directo prevenir el daño mediante una orden para impedir (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 a prohibir, estorbar, hacer cesar o paralizar el factor detonante de una lesión actual o futura (Lorenzetti, 1995). Constituye una protección judicial de urgencia sustantiva y no cautelar y cuyos presupuestos son un comportamiento lesivo, un daño injusto y una relación de causalidad adecuada entre dicho comportamiento y el daño causado (Andorno, 1995).

Para articular la tutela preventiva, el Código regula la denominada *acción preventiva* del daño que procede en los casos en que una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento y no se requiere ningún factor de atribución (art. 1711).

La acción preventiva se articula cuando se omite el deber de prevención y requiere la acreditación de los siguientes presupuestos procedencia:

a) *la conducta antijurídica (acción u omisión antijurídica)*. El hecho generador debe ser ilícito. Contempla la amenaza que hace previsible de producción de daño, de agravamiento -o continuación o aumento- de la magnitud del daño en curso y la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual.

b) *el interés de la persona que reclama (puede ser individual, individual homogéneo o colectivo, patrimonial o extrapatrimonial)*. También pueden invocarse los derechos individuales homogéneos que recaen sobre bienes colectivos para el ejercicio de la tutela de prevención ya que están comprendidos en el interés razonable que requiere el artículo 1712 del CCyC.

c) *la posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos*.

d) *la adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable*, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas (arts. 1725, 1726 y 1727, CCyC), (Lorenzetti, 2015).

Es indiferente la gravedad del daño futuro, innecesario que concurra un factor de atribución (subjetivo u objetivo) y la pretensión puede recaer sobre bienes de terceros, ajenos a la litis. Además, procede contra actos de los particulares o de las personas jurídicas públicas y privadas y también puede tener por objeto la protección de bienes de los particulares o del dominio público o privado del Estado.

En este marco normativo sustancial, la tutela preventiva puede articularse a través de los remedios procesales clásicos los que, en caso de insuficiencia, requerirán de regulaciones locales que complementen las medidas cautelares (embargo, prohibición de innovar, etc.) además de las dos especies esenciales en que se articula la acción preventiva: las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada.

La acción preventiva puede articularse a través de una medida autosatisfactiva que cumplimente el objeto del proceso con la consumación de la pretensión procesal o a través de una tutela anticipada (o cautela material o tutela inhibitoria o anticipo de jurisdicción) que es accesoria de la principal en la que la prevención del daño se otorga

como anticipo de jurisdicción y atiende al objeto mismo de la pretensión que es la prevención del daño (Lorenzetti, 2015).

En esta investigación se incorporó el encuadre procesal como categoría de análisis para mostrar cuales son las herramientas procesales de articulación de la demanda de prevención del daño que revelan las sentencias ante la ausencia de encuadre procesal específico. De este modo, las 96 sentencias relevadas fueron subcategorizadas en función del encuadre procesal en el que se articuló la demanda preventiva.

El relevamiento mostró que las demandas preventivas se articulan a través de medidas de no innovar (noinn), mandatos preventivos (mapre), cautelares innovativas (cinn), medidas autosatisfactivas (mas), acción preventiva del daño (apre), daños y perjuicios (dyp) y amparo. También se incluyó la categoría *otros* que comprenden combinaciones de los instrumentos procesales expuestos (u otros instrumentos procesales) como las medidas cautelares autónomas, la restricción de acercamiento, la medida precautoria, el hábeas corpus, entre otros.

Las que fueron distinguidas bajo la categoría “acción preventiva del daño” se catalogaron de ese modo porque así fueron denominadas en las demandas según mostraron las sentencias, pero no revelaron un encuadre procesal específico. Al mismo tiempo, esta subcategorización no impidió que, en algunos casos, los tribunales hicieran un reencauce procesal de las pretensiones que modifique la articulación procesal original.

Los jueces cuentan con un esquema normativo para dictar sentencia el cual se halla inexcusablemente integrado por normas procesales y sustanciales que concurren coordinadas en igualdad y permiten dar sentido jurídico a la norma individual que es la sentencia: las normas procesales determinan el “quien” y el “como” y las sustanciales el “que” de la decisión judicial.

El contenido de la sentencia también se vincula a la conducta observada por las partes durante el desarrollo del proceso, y, por consiguiente, la aplicabilidad o inaplicabilidad de las normas materiales depende, en definitiva, de las normas

procesales mediante las que esa conducta se interpreta. También puede hallarse exclusivamente determinado por normas procesales como ocurre en el caso de desestimarse una pretensión o petición por no concurrir, a su respecto, algún requisito de “admisibilidad” (Palacio, 1998).

Las normas procesales regulan la forma, pero también los restantes requisitos de los actos que integran el proceso (contenido, aptitud de quienes lo cumplen y efectos). Al mismo tiempo, no se encuentran exclusivamente en los códigos de procedimiento dado que puede ocurrir que, por razones circunstanciales de política legislativa y, atendiendo a ciertos criterios, se encuentren normas de naturaleza procesal en los códigos de fondo (Palacio, 1998).

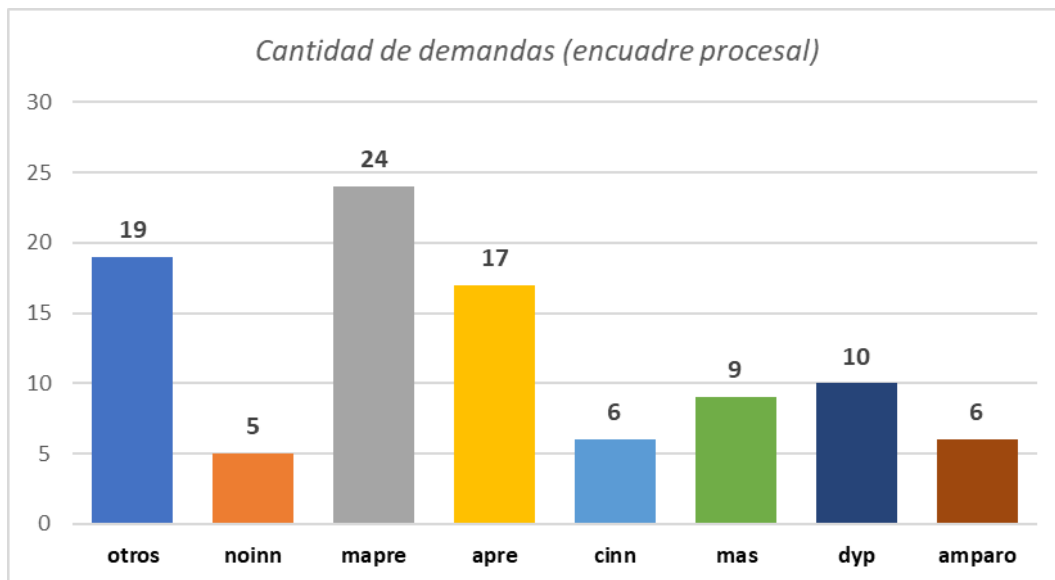
En base a lo expuesto, se tuvo en cuenta las distintas herramientas procesales para articular las demandas preventivas (algunas denominadas acciones preventivas y encauzadas en instrumentos procesales dependiendo del objeto de la pretensión) y la diversidad según las normas procesales disponibles en los códigos de procedimiento locales.

A continuación, se muestran los Cuadros n° 15 y 16 que exhiben las subcategorías procesales según los datos relevados.

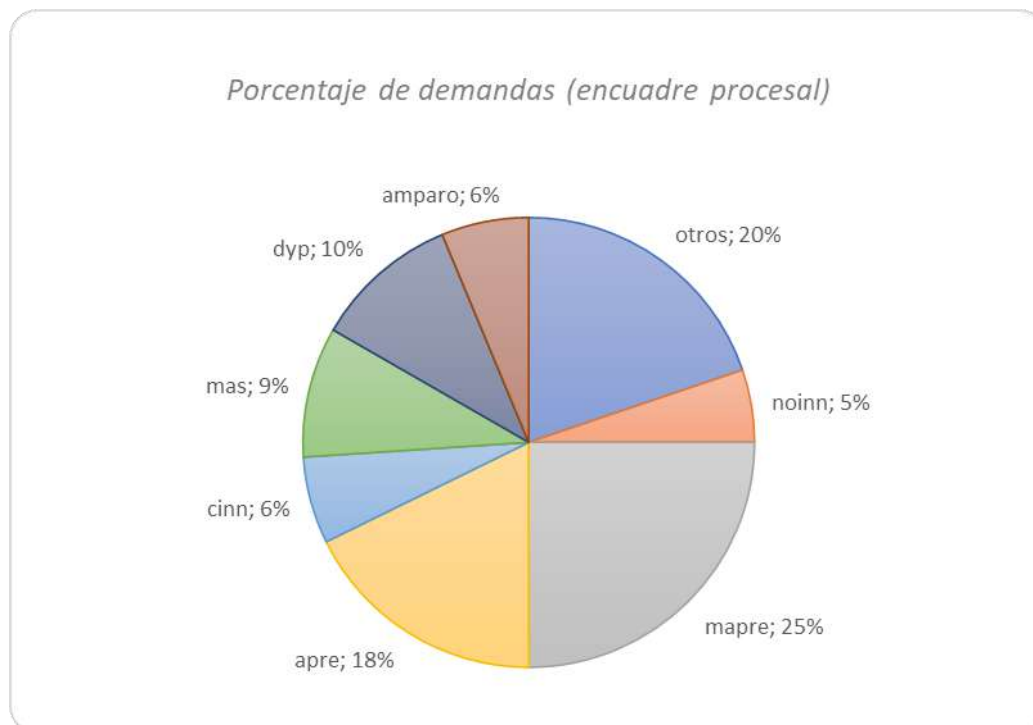
Cuadro n° 15: sentencias – encuadre procesal – subcategorías.

Subcategorías	Total	Porcentaje articulación	Porcentaje concesión
Otros	19	20%	89%
Noinn	5	5%	60%
Mapre	24	25%	71%
Apré	17	18%	53%
Cinn	6	6%	67%
Mas	9	9%	44%
Dyp	10	10%	80%
Amparo	6	6%	100%

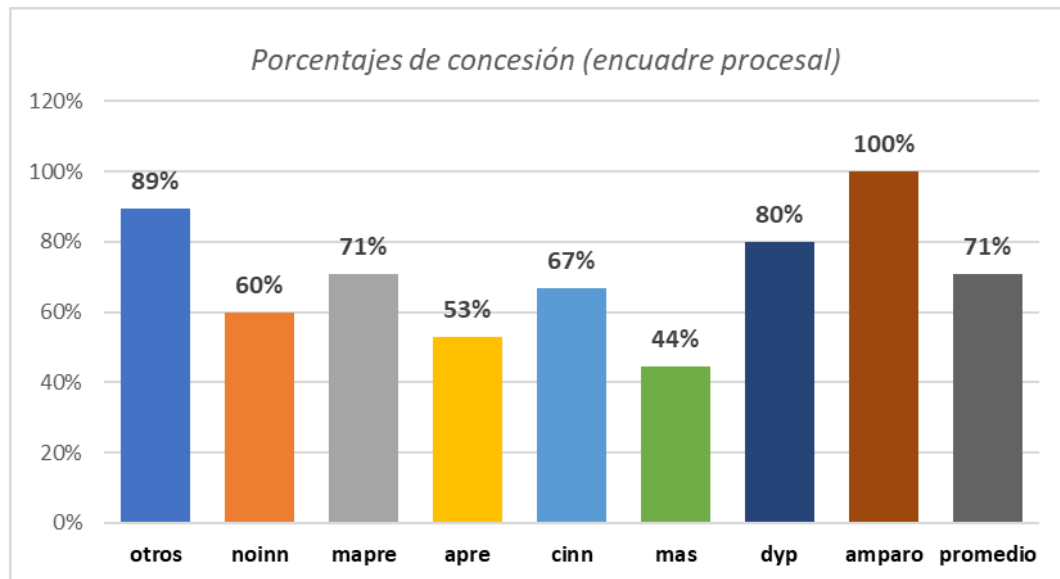
Cuadro n° 16: encuadre procesal – cantidad de demandas.



Cuadro n° 17: encuadre procesal - porcentaje de demandas



Cuadro n° 18: porcentaje de concesión según el encuadre procesal de las demandas preventivas



El relevamiento muestra que en un 18 % de casos la articulación de demandas preventivas se realiza a través de la acción preventiva del daño (ver cuadro n° 15). Sin embargo, corresponde aclarar que de las sentencias surge que las acciones preventivas articuladas no tienen un encuadre procesal específico por lo que, aunque reciben esa denominación por las personas reclamantes, el encuadre procesal es heterogéneo y se enmarca en medidas autosatisfactivas, cautelares autónomas, medidas de no innovar, entre otras. La articulación procesal de las demandas preventivas es heterogénea pero la naturaleza de la pretensión preventiva tiene su origen en el deber de prevención del CCyC.

A diferencia de las demandas preventivas, los mandatos preventivos, que en el relevamiento representan un 25 %, refieren a acciones o iniciativas de los jueces en el marco de una acción que puede ser de naturaleza procesal diversa.

Si bien no constituyen una figura procesal fueron incorporados como subcategoría porque a través de ellos es posible determinar cómo los jueces adjudican la tutela preventiva. Posteriormente, se desarrollará sobre este tema cuando se aborde la categoría a pedido de parte o de oficio que forma parte de esta investigación.

A continuación, se analiza la categoría encuadre procesal desde el sustrato social, normativo y axiológico.

a) sustrato social.

La jurisprudencia y la doctrina de los últimos veinte años evidenciaron la necesidad de contar en la legislación procesal con institutos idóneos para asegurar la tutela preventiva de los derechos, y, en particular, de aquellos en los que la efectividad de la protección jurisdiccional exige una respuesta urgente por parte del órgano judicial. Se advirtió que para resolver urgencias solo se disponía del instituto cautelar en la legislación argentina, pero que ciertas pretensiones de esa índole no encuadraban en el esquema legal de las medidas precautorias (De los Santos, 2016).

Al no disponerse de otra vía procesal eficaz en la legislación, quienes pretendían pronunciamientos de urgencia, provisionales o definitivos (aunque no cautelares), invocaban la norma de clausura del sistema cautelar (medida genérica o innominada), que permitía obtener cualquier medida no prevista expresamente por la ley o dar a las previstas una funcionalidad diferente (De los Santos, 2016).

La modificación del Código, con la introducción de la tutela preventiva del daño, dio cuenta de esta realidad y de la necesidad de canalizar el reclamo previo a la concreción del daño.

Respecto a la canalización de dichos reclamos, el relevamiento mostró que hay una proporción de demandas que se encuadran en “acciones preventivas” que representan un 18 %.

Al mismo tiempo, la articulación de procesos comunes de daños y perjuicios y las medidas autosatisfactivas revelaron un porcentaje de articulación del 10 % y del 9 %, respectivamente, mientras que las medidas de no innovar, las cautelares innovativas y los amparos representaron porcentajes de articulación del 5 % y del 6 %, respectivamente.

Los datos obtenidos mostraron que la ausencia de delimitaciones procesales del instituto de la tutela preventiva no impacta en la articulación de demandas lo que podría indicar que las personas confían en el instituto de la prevención del daño.

Al mismo tiempo, la ausencia de delimitaciones procesales favorecería la articulación de demandas preventivas por la diversidad de institutos procesales que flexibilizarían los reclamos y le otorgaría un margen mayor a la discrecionalidad judicial para la admisibilidad o el rechazo de la tutela preventiva.

La diversidad de institutos procesales a través de los cuales puede articularse la tutela preventiva delimita las distintas *formas* (camino previos, más procesales o de mera imposición, más negociales o de mera adhesión) elegidos por las personas para articular la prevención. A la vez, condicionan la decisión porque los repartos que hacen los jueces del deber de prevención son definidos por las distintas figuras procesales a través de las cuales se articula la pretensión preventiva y también impactan en la definición de los *objetos* que se reparten.

Esto puede verse reflejado en el porcentaje de concesión según el encuadre procesal utilizado para la articulación de las demandas preventivas. Así, las acciones preventivas (apre) exhibieron un porcentaje del 71 % de concesión, superado por las acciones de daños y perjuicios con un 80 % y por los amparos que tienen un porcentaje de concesión del 100 % (ver cuadro n° 18).

Los datos revelan que, la ausencia de delimitación procesal de las acciones preventivas no parecería ser un obstáculo o restricción para los jueces, en tanto mostraron que hay un porcentaje elevado de admisibilidad.

También la falta de encuadre procesal para la articulación de la acción preventiva del daño podría influir en la valoración que realizan los jueces sobre el requisito de verificación de “acciones u omisiones antijurídicas” que podría ser desplazado por los requisitos procesales del instituto o herramienta procesal que se utilice para el encauce del reclamo preventivo.

Los datos también mostraron que las acciones de daños y perjuicios (dyp) y los amparos superaron al instituto preventivo del artículo 1711 del CCyC y esto puede explicarse porque son herramientas consolidadas procesalmente, que tienen un encuadre jurídico específico y recepción normativa nacional y local y un elevado desarrollo casuístico. La prevención, antes de ser receptada en el CCyC era canalizada por estas vías procesales, en particular a través del amparo, que permitía canalizar la función preventiva.

Las cautelares innovativas (cinn), las medidas de no innovar (noinn) y las medidas autosatisfactivas (mas), que representan un 67 %, un 60 % y un 44 %, respectivamente, también mostraron un porcentaje relativamente elevado de concesión. Se trata de institutos con requisitos procesales específicos que son analizados por los jueces con relación a la pretensión preventiva y a la finalidad perseguida, pero que no siempre constituyen las herramientas más idóneas para canalizar la prevención.

Por otra parte, la categoría *otros*, que representan el 89 % de concesión, mostraron una amplia diversidad de herramientas procesales que revelaron un porcentaje elevado de admisión por parte de los jueces. El promedio de concesión de la suma de todas las herramientas procesales fue del 71 %.

Los datos extraídos del relevamiento mostraron que la ausencia de determinación y precisión procesal de la acción preventiva no condiciona ni reduce el uso del instituto preventivo por parte de las personas, abogados y jueces y refuta una de las hipótesis

formuladas en el trabajo de investigación y tampoco incide en la proporción de demandas preventivas ni en la cantidad de sentencias admisibles.

Al mismo tiempo, la indefinición de formas específicas a través de las cuales se canalizarían las demandas preventivas influiría y determinaría las relaciones entre los repartos, los objetos del reparto y las redistribuciones.

En esta redistribución hay factores que también influyen y deben considerarse como el tipo de daño que se intenta prevenir, los derechos vulnerados que intentan protegerse, la finalidad perseguida, el alcance del deber de prevención y, sobre todo, de la realidad y de las necesidades sociales que requieren respuesta previa a la generación del daño.

b) sustrato normativo.

Los datos extraídos del relevamiento mostraron que la ausencia de delimitación procesal no condiciona el uso del instituto preventivo. Sin embargo, los parámetros legales que marca la legislación pueden ser reformulados y mejorados por las personas y los jueces para adaptarlos a las necesidades de la realidad social.

Otro de los datos que reveló la investigación es la interpretación del artículo 1710 del CCyC que regula el deber general de prevención de evitar un *daño no justificado* que ha sido definido como “antijurídico”. La *categoría antijuridicidad* evidenció que, según los perfiles marcados por la jurisprudencia, el daño no justificado responde a una antijuridicidad de naturaleza sustancial distinto de la antijuridicidad que se exige como requisito de procedencia de la acción preventiva del daño.

En este punto, se analiza la antijuridicidad como requisito para la procedencia de la acción considerando el encuadre procesal.

Sobre este requisito, el Código dispone que la acción preventiva procede cuando una *acción u omisión antijurídica* hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento y no es exigible la concurrencia de ningún factor de

atribución (art. 1711). Esta regulación del CCyC tiene naturaleza sustancial y no procesal por ser competencia de los códigos de procedimiento locales.

La acción preventiva del daño exige como requisito de procedencia una conducta antijurídica. De ello deriva que la ilicitud de la conducta de una persona demandada justificaría la restricción de su libertad y priorizaría la libertad de la persona reclamante para no convertirla en víctima.

La conducta antijurídica puede implicar una acción o una omisión, pero también encuadran las situaciones que configuran un abuso de un derecho. Al mismo tiempo, una actividad inicialmente lícita, donde el peligro se mantiene dentro de los cauces permitidos, puede convertirse en antijurídica por un incremento en la continuidad o repetición.

La conducta antijurídica comprende la creación de riesgos prohibidos y amenazas de perjuicios injustos. La prohibición de dañar que se desprende del artículo 19 de la Constitución Nacional se extiende a la creación de un peligro indebido como antecedente causal o concausal de una lesión a derechos ajenos. Esta situación es la que suele verificarse cuando coincide la persona autora de una conducta ilícita y riesgosa y la persona pasiva de una acción judicial preventiva (Zavala de González, 2015).

También es factible que la acción preventiva se dirija contra un tercero que no creó el peligro pero que, con motivo de particulares circunstancias fácticas se encuentra en exclusiva, prioritaria o preferente situación para impedir que se convierta en daño. Por esto es por lo que suele concluirse que no hay comportamiento previo que pueda calificarse como antijurídico, al margen de la ilicitud de la pasividad ulterior que puede sustentar responsabilidad indemnizatoria por abuso en dicha omisión (Zavala de González, 2015).

La actividad antijurídica debe tornar verosímil la producción, intensificación o continuación de un perjuicio injustificado. La acción u omisión debe aparecer como idónea, según la experiencia, para producir el daño temido, se aplican las pautas de la causalidad adecuada y se atiende al perjuicio previsible antes de que se produzca.

El reclamo preventivo prescinde de la previsión subjetiva de la persona a cargo de la actividad riesgosa, pero cabe tener en cuenta que, cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible a la persona y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (art. 1725).

En el ámbito preventivo concurre un margen de certidumbre de que el peligro suceda. El riesgo es real y perceptible, aunque se desconoce si el daño verosímil se convertirá en cierto y se ignora su extensión. La prevención opera frente a un riesgo actual y conocido y la gravedad del daño que amenaza no constituye un recaudo inexorable para ejercer la acción preventiva (Zavala de González, 2015).

Como la normatividad del CCyC exige la verificación de una acción u omisión antijurídica para la procedencia de la acción preventiva la investigación distingue entre *acciones* y *omisiones* teniendo en cuenta si la conducta que hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento se origina en una acción u omisión antijurídica (cuadro n° 19).

Cuadro n° 19: acciones y omisiones antijurídicas expresadas en cantidad

acción	omisión
77	19

Los datos mostraron que, en 77 sentencias, se articularon demandas preventivas que se originaron por acciones antijurídicas que hicieron previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento mientras que las omisiones revelaron una proporción menor compuesta por 19 sentencias.

Estas acciones y omisiones antijurídicas derivaron de la articulación de demandas preventivas cuyo encuadre jurídico, como se mostró anteriormente, se enmarcó en medidas de no innovar (noinn), mandato preventivo (mapre), cautelar innovativa (cinn), medida autosatisfactiva (mas), acción preventiva del daño (apd), daños y perjuicios

(dyp), amparo y en combinaciones de ellos u otros instrumentos como medidas cautelares autónomas, restricción de acercamiento, medida precautoria, habeas corpus, entre otros.

El relevamiento exhibió la versatilidad, variabilidad y ductilidad de articulaciones preventivas a partir de distintos instrumentos procesales. La procedencia procesal de las medidas la examina el juez en cada caso concreto dependiendo de la pretensión y de la finalidad buscada.

Los datos mostraron una mayor proporción de sentencias en las que el reclamo preventivo se originó en *acciones antijurídicas*. Esto significó que, cuando se reclamó preventivamente el daño o la amenaza de daño, hubo una conducta activa de una persona que, según el reclamante, era la responsable de hacer cesar o modificar esa acción y del deber de prevención. Al mismo tiempo, estos reclamos preventivos delimitaron el marco de acción de los jueces frente a la antijuridicidad de la conducta porque debieron examinar si esta acción se verificó en la realidad y si fue o no antijurídica.

A partir de ello, los jueces concedieron esta categoría de reclamos en un 69 % porque tuvieron por acreditado que el origen del daño derivó de una acción antijurídica.

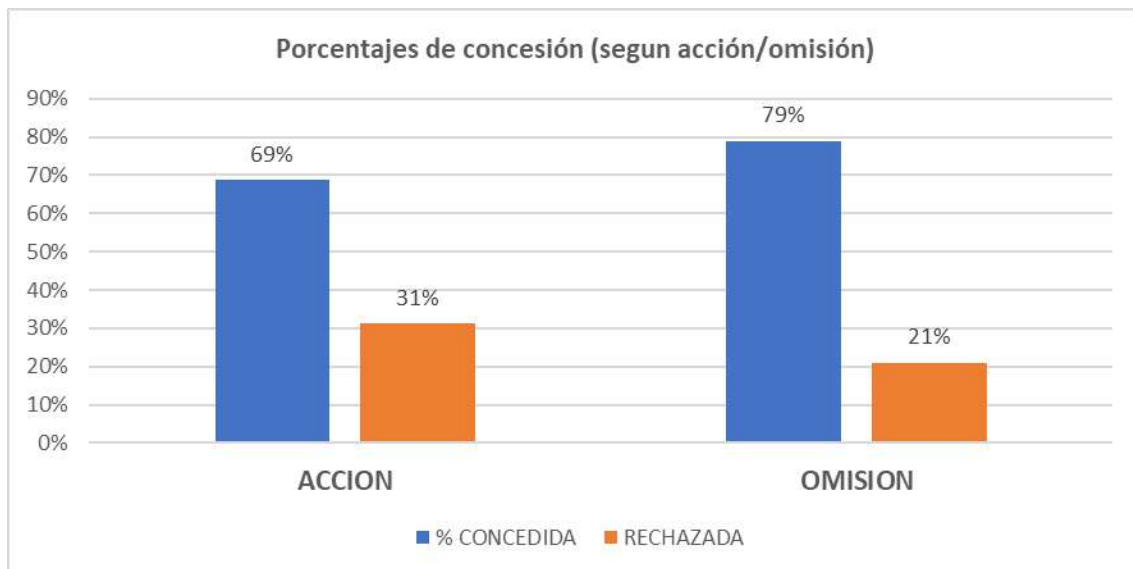
A la vez, los reclamos también versaron sobre *omisiones antijurídicas* y su incidencia en la producción, agravamiento o continuación del daño. En estos casos el relevamiento mostró un margen de concesión mayor que se elevó a un 79 % (cuadro n° 20).

De los datos obtenidos es posible afirmar que la tutela preventiva se activó en una proporción mayor de casos en los que el origen del daño derivó de conductas de omisión por parte de las personas obligadas a prevenir.

Cuadro n° 20: acciones y omisiones antijurídicas -concesiones y rechazos (cantidades y porcentaje).

	CONCEDIDA	DENEGADA	TOTAL	CONCEDIDA	RECHAZADA
acción	53	24	77	69%	31%
omisión	15	4	19	79%	21%
	68	28	96		

Cuadro n° 21: acciones y omisiones antijurídicas -concesiones y rechazos en porcentajes expresados gráficamente



La casuística jurisprudencial reveló que los reclamos preventivos versaron, en una mayoría relevante, para evitar, morigerar o hacer cesar acciones antijurídicas. También se reclamó por omisiones antijurídicas y que entre una y otra, los casos de omisiones antijurídicas representaron un porcentaje de concesión mayor lo cual demostró que la

inacción también puede dar lugar a un reclamo preventivo y que se materializa frecuentemente en la realidad.

Al mismo tiempo, los elevados porcentajes de concesión de los reclamos por acciones u omisiones antijurídicas evidenciaron que los jueces han sido receptivos a la tutela preventiva, aunque ello no se verifique, estrictamente, en la ponderación de los requisitos legales para justificar las sentencias.

No obstante, los datos revelaron que, frente a estas acciones y omisiones antijurídicas, los jueces tienen una postura receptiva que impacta positivamente en la admisibilidad de la tutela preventiva. Este posicionamiento alrededor de la antijuridicidad, y vinculada al abordaje y tratamiento del instituto, tendría efectos similares a la postula que la antijuridicidad (vinculada al deber de prevención del daño no justificado) ha de ser material (y no formal) y que, de contrastarse la acción u omisión antijurídica, ha de hacerlo con relación a la integridad del sistema jurídico, comprensivo de reglas y principios.

La omisión en la ponderación de las acciones u omisiones antijurídicas replica la conducta asumida por los jueces en la categoría “antijuridicidad” y muestra, nuevamente, como reconstruyen y perfilan los lineamientos de la tutela preventiva en base a los elementos captados en las normas, pero considerando los elementos sociales y axiológicos.

En la sentencia “Sosa, Victoria Macarena sobre Medidas cautelares” (15/5/2018) la víctima de un siniestro vial había interpuesto una pretensión preventiva de daños contra el titular del vehículo, la persona que conducía y la aseguradora para solicitarles la cobertura médica especializada (en especial la atención de un neurólogo, un kinesiólogo maxilar y una enfermera a domicilio) y asistencia económica.

Debido a las lesiones que había sufrido por el siniestro se encontraba con internación domiciliaria, sin poder moverse y con la necesidad de atención médica compleja que no podía solventar porque no tenía de obra social y tampoco recursos económicos por no poder trabajar.

La pretensión se encuadró en una tutela anticipada urgente como medida cautelar autónoma del proceso principal. Los jueces no analizaron si el origen del daño derivaba de una omisión o de una conducta antijurídica de los demandados y se enfocaron en la delimitación de los requisitos para la procedencia de la tutela anticipada.

Sostuvieron que la tutela anticipada es una herramienta procesal idónea para prevenir el daño, junto con otras creaciones jurisprudenciales (medidas autosatisfactivas, mandato preventivo, tutela inhibitoria de expresión y tutela inhibitoria de expresión en internet) receptadas por la mayoría de los tribunales.

Dijeron que las diferencias entre las medidas cautelares y las sustanciales (o tutela de prevención, o tutela sustancial o tutela inhibitoria de daños receptada en los arts. 1710 a 1713 del CCyC) son que en la vía cautelar se debe probar el peligro en la demora, en la tutela definitiva el daño o la amenaza de daño; lo cautelar recae sobre el bien a asegurar, la sustancial o tutela preventiva (las medidas autosatisfactivas, el mandato preventivo, la tutela inhibitoria de expresión, etc.) sobre la prestación sustancial objeto del proceso; las llamadas pretensiones urgentes sustanciales pueden tramitar en procesos rápidos (amparo, hábeas data, medidas autosatisfactivas, etc.) o en procesos comunes (juicios ordinarios o sumarios) y decretarse de oficio (vgr. mandato preventivo) o a pedido de partes (vgr. anticipo de jurisdicción), de modo provisorio o definitivo (vgr. tutela civil inhibitoria de expresión), en cualquier etapa del proceso (vgr. anticipo de jurisdicción) o en la sentencia definitiva; de modo principal y exclusivo (vgr. medida autosatisfactiva) o accesorio (en proceso resarcitorio de daños); **todas tienen, en definitiva, una finalidad común: la prevención del daño** (arts. 51, 1710 a 1713 y conchs. del CCyC) (el resaltado es propio).

Admitieron la tutela anticipada y condenaron a los demandados a pagar a la actora \$ 15.000 mensuales y el equivalente de las prestaciones médicas y paramédicas que no pudiera brindar razonable y regularmente el hospital local, en el entendimiento de que se encontraban acreditados los presupuestos requeridos para la procedencia de la medida de cautelar.

Agregaron que la concurrencia de las circunstancias fácticas y jurídicas atípicas conllevaban a la admisión excepcional de la tutela anticipada: gravedad de la lesión

psicofísica de la víctima que torna imprescindible su atención médica y paramédica continuada y permanente, la situación de vulnerabilidad de la actora que carece de obra social y que es de condición humilde y la necesidad de no aguardar a la sustanciación completa de la litis y al dictado de la sentencia definitiva del proceso de daños resarcitorio.

La sentencia “Sosa” permitió contrastar la normatividad legislada en la acción preventiva del daño con la articulación procesal de los institutos procesales utilizados para encuadrar los reclamos preventivos. También mostró el funcionamiento de esa normatividad y de los requisitos de procedencia trazados en el CCyC y considerar las interpretaciones, distribuciones y adjudicaciones que hacen los jueces por medio de las sentencias.

Los datos del relevamiento revelaron que, si bien el Código dispuso la condición de una acción u omisión antijurídica para que proceda la acción preventiva del daño, en su aplicación práctica, hay un reperfilamiento del requisito que es flexibilizado por los jueces. En realidad, los jueces reformulan los requisitos a través de la adaptación de las normas que realizan en cada caso.

La omisión en la ponderación de la verificación de los requisitos de una omisión o una conducta antijurídica en las sentencias podría explicarse porque estos requisitos solo serían aplicables, en principio, para la articulación de una acción preventiva del daño según lo dispone el artículo 1711 del CCyC.

Por el contrario, si el reclamo preventivo se articulara por otras herramientas procesales, no habría razón para ponderarlos y sí, como se advierte en Sosa, cabría analizar los presupuestos para la admisibilidad de la herramienta procesal que encauce el reclamo preventivo a fin de resolver su admisibilidad. De este modo, los requisitos de procedencia de la acción preventiva serían desplazados por los requisitos procesales de las herramientas procesales a través de las cuales se articule el reclamo preventivo.

En “Sosa” también se advirtió una tarea interpretativa profunda de parte de los jueces que reconfiguró la normatividad legislada para adaptarla a la realidad social que demostró que la casuística es mucho más compleja de lo que el legislador puede

abarcar por eso es tan importante la tarea del funcionamiento de las normas que hacen los jueces.

En la interpretación (parte del funcionamiento) el juez le da contenido a la normatividad. Puede referirse a la interpretación que le atribuye la comunidad (interpretación literal), a la voluntad de la comunidad (interpretación social) o a la voluntad del autor (interpretación histórica). En la actualidad predominan las remisiones a la voluntad de la comunidad, que son en gran medida las referencias a la voluntad del encargado del funcionamiento (Ciuro Caldani, 2019).

En “Sosa” hay una interpretación de la literalidad de las normas involucradas, con énfasis en el encuadre procesal y en la necesidad de adaptarlas a la pretensión preventiva. No obstante, más allá de las normatividades involucradas, hay una remisión a las circunstancias fácticas y al estado de vulnerabilidad de la víctima con el fin concreto de prevenir el daño.

La sentencia mostró que deben propiciarse la determinación y la elaboración y que presentan nuevos desafíos que han de ser superados por el juez en su calidad de intérprete de las normas. La indeterminación normativa genera la necesidad de completar e integrar las normas y la elaboración debe encauzarse para superar los problemas generados por la indeterminación.

En la tutela preventiva, el CCyC fija las pautas para la procedencia de la acción preventiva, pero se requiere de normas procesales específicas para que la normatividad sea completa.

Hasta que se recepte procesalmente el encuadre de la acción preventiva del daño en los códigos locales, la interpretación judicial completa e integra las normas, fija los perfiles de concesión procesal de la tutela preventiva, elimina obstáculos y rencauza los reclamos preventivos con el objetivo de prevenir el daño, que trasciende lo normativo, se materializa en el caso e impacta comunitariamente.

c) sustrato axiológico.

Los puntos anteriores mostraron la versatilidad del encauce procesal de los reclamos preventivos, las proporciones de reclamos que encuadran en acciones y omisiones antijurídicas y el abordaje de los jueces para el estudio y análisis de cada caso.

Con los datos obtenidos es posible asumir que la ausencia de encuadre procesal concreto, si bien no condiciona la admisibilidad de la tutela preventiva, delimita la interpretación judicial y la pretensión que se origina en el reclamo por daños derivados de acciones u omisiones jurídicas.

Los jueces elaboran, redefinen y determinan los perfiles de la tutela preventiva a través de la interpretación normativa y exigen que la decisión repartidora (la tutela preventiva) se realice con la mayor conciencia pura posible para contribuir a la personalización de las personas.

Con miras a la personalización de las personas es que se debe garantizarseles protección contra todas las posibles agresiones de los demás y ese resguardo en relación con los demás puede procurarse a través de la tutela preventiva. En gran medida, este es el sentido de la tutela preventiva que se origina en el principio axiológico de no dañar a otros.

El CCyC brinda los lineamientos generales para darle encuadre y proyectar la tutela preventiva en la realidad social, pero la concreción de dicho marco normativo depende de la materialización en cada caso que depende también de los objetos que se reclamen, de las formas a través de las cuales se reclame y del resultado de dichos reclamos.

El relevamiento mostró una tendencia jurisprudencial receptiva del instituto de la tutela preventiva con el porcentaje de concesión del 69 % y 79 % entre acciones y omisiones y evidenció permeabilidad de parte de los jueces al encauce procesal de los reclamos preventivos y de las pretensiones.

Los porcentajes de concesión de la tutela también reforzaron la importancia de que las decisiones judiciales estén justificadas dado que, en su carácter de repartos,

brindan seguridad a aquellos a quienes se dirigen. Ello explica por qué los destinatarios de las decisiones frecuentemente defienden su existencia (Ciuro Caldani, 2019).

En el fallo “Sosa” expuesto en el punto anterior se advierte que en la justificación de la decisión coexisten elementos normativos (cuando se analizan los requisitos procesales para la interposición y procedencia de la tutela anticipada) y axiológicos (cuando se pondera el estado de vulnerabilidad de la persona que reclama tutela preventiva) que se amalgaman con los elementos fácticos que los jueces han tenido como acreditados. Es importante considerar que la construcción de la decisión judicial debe hacerse sobre los elementos normativos, sociales y axiológicos, aunque requiera un esfuerzo extra para la argumentación y la justificación.

La justificación implica determinar que el reparto del deber de prevención en la decisión judicial se halla de acuerdo con el complejo axiológico y con la justicia. La justificación es alegada cuando contribuye a demostrar la justicia del reparto justificado y le agrega despliegues de justicia en cuanto a su razón. De hecho, el propio significado de la palabra justificación indica conformidad con lo justo (Ciuro Caldani, 1998).

Además de la justicia, la justificación implica presentar la verdad respecto de los hechos, las normas y los valores de la decisión judicial y la justificación alegada es útil para el desarrollo de lo justificado y la justificación de la decisión judicial ha de serlo para lo decidido (Ciuro Caldani, 1998).

La receptividad flexible de los jueces sobre la acreditación del requisito de verificación de una acción u omisión antijurídica para la procedencia de la acción preventiva (independientemente de su encuadre procesal en concreto), hasta incluso omitir considerarlo y priorizar la “prevención del daño” y la determinación del encuadre procesal de la acción preventiva (la admisión de múltiples herramientas procesales para encauzar el reclamo preventivo es también una determinación), derivan en decisiones con valores subyacentes que maridan con la preferencia a los cambios y la evolución como base para la construcción de decisiones judiciales justas.

Contrariamente, la conservación y la aplicación literal de la normatividad limitan el despliegue del individuo y en cómo se proyecta en la comunidad, contradice el principio

axiológico de no dañar a otros y la función preventiva de la responsabilidad civil que se despliegan en deberes concretos de impedir perjuicios injustificados que recaen sobre todas las personas en condiciones para hacerlo.

CAPÍTULO VI

§ 7. La sentencia preventiva del daño: el artículo 1713 del código civil y comercial de la nación.

El CCyC dispone que 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, y debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (art. 1713).

El Código utiliza la palabra *sentencia* en amplio sentido y comprende la resolución final que se expide sobre el fondo del asunto a resolver, dictada al cabo de una acción sustancialmente preventiva y también las medidas cautelares y, aunque se enfoca prioritariamente en una decisión judicial, sus directivas pueden extenderse a las decisiones administrativas.

También pueden disponerse medidas preventivas de oficio durante el proceso, sobre alguna cuestión preventiva cuyo esclarecimiento no admite dilaciones, con independencia de la resolución que se dicte en el litigio donde aquellas se emiten. Estas medidas se denominan *mandatos preventivos* y no significan, necesariamente, una resolución final o pronunciamiento que concluye el asunto en el proceso donde se dicta. El mandato preventivo puede ser autónomo o solo conexo con el tema debatido en el juicio principal (Zavala de González, 2015).

Del Código también se extraen los requisitos que debe contener una sentencia preventiva (art. 1713):

- a) la decisión puede dictarse a solicitud de parte o incluso de manera oficiosa,

b) puede ser provisoria o definitiva,

c) su objeto radica en la imposición de eventuales obligaciones de dar, hacer o no hacer,

d) se consigna la exigencia de ponderar los criterios de menor restricción posible para fundamentar la decisión que se adopte,

e) el juez debe seleccionar los medios más idóneos para obtener eficazmente la finalidad perseguida. Se ha dicho que este “deber” no debe entenderse como imperativo ya que la admisión procesal y sustancial de la pretensión depende de la concurrencia de los restantes requisitos. Además, y dada la naturaleza de las facultades judiciales, el juez podría modificar la pretensión y adecuarla a las circunstancias del caso (por ejemplo, podría reemplazar una obligación de dar sumas de dinero por una obligación de hacer). La facultad oficiosa del juez solo puede actuar en el marco de un proceso iniciado o en curso (Zavala de González, 2015).

Estos requisitos funcionan como parámetros para el juez para la construcción y justificación de la decisión preventiva.

El resultado práctico de la tutela preventiva, independientemente de la naturaleza sustancial o cautelar en que se encuadre la decisión, es impedir que una conducta ilícitamente peligrosa perjudique a otro o evitar un daño temido o la agravación de uno ya sufrido. Cualquiera sea la sustancia concreta de la orden -obligación de dar, hacer o no hacer- debe privilegiarse la prevención como objeto principal y directo.

En general, la prevención se interpreta como conductas específicas, de hacer o no hacer, conexas con la actividad dañosa o la manera en que se desenvuelve, que debe llevar a cabo la persona obligada a prevenir. Sin embargo, nada impide que se la condene a dar dinero u otros bienes cuando la finalidad es la prevención.

Hay ejecuciones compulsivas de obligaciones contractuales o reparaciones anticipadas de daños que, en esencia, tienden a evitar que estos se agraven, reiteren o consoliden y por eso cumplen una esencial función preventiva, aunque impliquen erogaciones dinerarias o dejar de cobrar importes que podrían exigirse al reclamante. Por ejemplo, cuando se ordena desembolsar gastos médicos y quirúrgicos en un juicio

promovido por la víctima de un siniestro o que la obra social suministre a la actora una cobertura de prestaciones para trasplante o que cesen los descuentos en el sueldo del afiliado por pagos de coseguro.

La decisión preventiva también puede disponer que cese la continuación de la actividad, aunque suele ser más frecuente y prudente el mandato rectificatorio mediante técnicas o precauciones que eliminen el daño en la prosecución de su desarrollo. No obstante, son supuestos de medidas impeditivas de la actividad el cese de terapias que prolongan forzosamente la vida de pacientes terminales que causan sufrimientos innecesarios y atentan contra su dignidad, la prohibición de continuar difundiendo una publicación injuriosa, la cesación de una explotación en una fábrica hasta que se corrijan las causas de contaminación del ambiente, entre otras (Zavala de González, 2015).

También hay órdenes que imponen una actividad sustitutiva de la dañosa, en su caso reponiendo otra anterior, como el restablecimiento de servicios médicos o de medicamentos perentorios injustificadamente suspendidos y necesitados por pacientes para su salud mental, el retiro del mercado de productos defectuosos o dejar sin efecto cláusulas abusivas en contratos de consumo, incluso por vía administrativa, o la rectificación de publicidad ilícita (Zavala de González, 2015) en daños a la dignidad, la supresión de textos o de párrafos agraviantes en la publicación lesiva, la introducción de diligencias para impedir la identificación de una persona fotografiada o la rectificación de noticias inexactas o agraviantes por el propio órgano difusor o por vía de réplica (Rivera, 1993).

En base a lo dispuesto por el CCyC en el artículo 1713 comentado, se construyeron las categorías de análisis *a pedido de parte y de oficio, naturaleza de la obligación* (según se trate de obligaciones de dar, hacer o no hacer), *criterios de menor restricción posible y medio más idóneo*.

A estas categorías se les adicionaron las de *justificación de la sentencia preventiva y concedida y denegada* teniendo en cuenta si la justificación mostró elementos sociales, normativos o axiológicos y el resultado de la decisión preventiva en

función de si admite o deniega la tutela preventiva del daño. Todas estas categorías se desarrollan en este capítulo.

7.1. La configuración jurisdiccional de la tutela preventiva: la sentencia y el mandato preventivos. Análisis de las categorías a pedido de parte y de oficio, naturaleza de la obligación, criterios de menor restricción posible y medio más idóneo, justificación de la sentencia y tutela preventiva concedida y denegada.

Los datos extraídos del relevamiento de las sentencias visibilizaron la versatilidad de las decisiones preventivas y la importancia de la actuación de oficio por parte de los jueces para garantizar la tutela preventiva.

Así, en un 67 % de las sentencias relevadas, los jueces, a través de la aplicación de mandatos preventivos, han proyectado decisiones cuyos efectos trascienden el caso concreto con el fin de evitar o prevenir daños futuros y, al mismo tiempo, cada decisión perfiló el contenido y alcance del deber de prevención cuando se admitió la tutela preventiva. Los jueces distribuyen y adjudican obligaciones (repartos); definen qué se reparte, a quién se reparte, cómo, cuándo, dónde y para qué se reparte.

El *mandato preventivo* es una expresión de la distribución de la tutela preventiva, es una orden judicial oficiosa de carácter excepcional que se dispone en el marco de un proceso un judicial en el cual se tuvo conocimiento de la posibilidad cierta de que se produzca, repita o agrave un daño.

La decisión contenida en el mandato preventivo ordenado es susceptible de toda la gama de recursos que correspondan (Peyrano, 1991).

Peyrano propone una clasificación de mandatos preventivos en:

a) *mandato preventivo clásico*: consiste en una orden judicial dirigida a alguna de las partes o a terceros absolutamente extraños al proceso;

b) *mandato preventivo constitucional*: tiende a que no se produzca desconocimiento de derechos constitucionales reconocidos y procura garantizar la efectividad de derechos sociales consagrados en el texto constitucional;

c) *mandato preventivo complementario*: en él, excepcionalmente, no solo se intenta prevenir el daño invocado por la posible víctima sino otro que también, notoriamente, puede llegar a soportar según surge de las actuaciones judiciales cumplidas. No se trata de evitar daños posibles a terceros sino a la propia y eventual víctima que nada a reclamado sobre el punto y;

d) *mandato preventivo facilitador*: puede despacharse cuando hubieran existido otrora, desde una mirada objetiva, entorpecimientos para el completo desarrollo de una programación jurídica normativa (legal, estatutaria, etc.) y la consiguiente frustración de parte de ella (Peyrano, 2008).

Del relevamiento de sentencias se extrajeron algunos ejemplos de las clases de mandatos preventivos según la clasificación propuesta.

Así, la sentencia "N. C. V y otros en riesgo" (7/4/2017) que resolvió sobre la violación del derecho a la salud y a la educación en el marco de una situación de pobreza estructural en la que se encontraba una familia, constituye un ejemplo de *mandato preventivo clásico-constitucional*. En el caso, se constató que la familia vivía en condiciones ambientales deficitarias, que no recibían atención en su salud y que los hijos mayores no percibían educación formal ni informal y se corroboró que algunos de los integrantes de la familia estarían consumiendo sustancias tóxicas y adictivas.

El juez ordenó a ambos padres una serie de medidas vinculadas a la responsabilidad parental y que se articulen distintos mecanismos de protección estatales de abordaje integral para toda la familia.

Activó distintos mecanismos de protección a través de la aplicación de un mandato preventivo y les hizo saber a las ferreterías de la localidad en la que residen los niños que se encontraba vigente la Ley Provincial N° 5842/2008 que prohíbe la venta a menores de 18 años de pegamentos, colas, cementos de contacto o adhesivos similares que en su composición contengan sustancias derivadas de hidrocarburos,

como tolueno, ciclohexano, isobutano, benceno o acetona, o algún derivado de estos o sustancias químicas que provoquen efectos de adicción, alucinógenos o alteraciones en el sistema nervioso central.

Además, emplazó a la Municipalidad de la localidad para que, en su carácter de agente público de inspección, hiciera efectiva la prohibición y su control.

En este caso, la decisión proyectó un mandato preventivo dirigido a personas ajenas al proceso (comercios del rubro ferretería y a la Municipalidad de Mocoetá) y, al mismo tiempo, procuró garantizar la protección de la familia desde un abordaje social integral a partir de los diagnósticos derivados de los informes situacional, socio ambiental, médico y psicológico.

El enfoque integral y la solución preventiva tuvieron como objetivo mitigar y solucionar la situación de vulnerabilidad del grupo familiar, los daños sufridos hasta entonces, prevenir daños futuros y resguardar a los integrantes de la familia conforme a la protección constitucional y convencional de los derechos humanos. También fijó como objetivo garantizar el cumplimiento de los derechos y de los mecanismos de protección de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley provincial 5.773) con relación a los niños.

En la sentencia “Torres, Luis Ángel contra Caja de Seguros S.A” (19/12/2017), los jueces dictaron un *mandato preventivo complementario*. En este caso el reclamante sufrió un accidente en motocicleta y se quebró el radio del brazo izquierdo sufriendo una incapacidad del 16,95%. La Caja de Ahorro y Seguros no cubrió el accidente invocando supuestos de exclusión de cobertura y Torres demandó a la empresa aseguradora por daños y perjuicios.

Los jueces consideraron abusiva la cláusula de exclusión de cobertura porque el reclamante desconocía la existencia de dos pólizas y la exclusión de cobertura por sufrir un siniestro circulando en motocicleta.

Advirtieron que la cláusula abusiva afectaba a 11.470 agentes del Servicio Penitenciario Bonaerense y ordenaron notificar a la Superintendencia de Seguros de la Nación, a la Caja de Ahorro y Seguros y al Servicio Penitenciario Bonaerense para que

notifiquen a todos los empleados alcanzados por la póliza respectiva, el carácter voluntario del seguro, de la cláusula abusiva que contenía y que se analizara y dispusiera su reformulación.

Aplicaron un *mandato preventivo complementario* (con proyección colectiva) dirigido a la autoridad de aplicación, Superintendencia de Seguros de la Nación, para que presentara un estudio detallado procurando su reformulación o, en su defecto, expresara los motivos que imposibilitaban la modificación.

La decisión también constituiría un ejemplo de mandato clásico porque extendió la orden judicial a terceros ajenos al proceso (Superintendencia de Seguros de la Nación y al Servicio Penitenciario Bonaerense) y proyectó la decisión judicial a todos empleados (víctimas eventuales) alcanzados por la póliza respectiva a fin de prevenir la réplica del daño.

En el caso “Castro, Máximo Ricardo Orlando y otro/a contra Todesco, Verónica Maris” (17/3/2020) los jueces dictaron un *mandato preventivo facilitador* y ordenaron poner en conocimiento al Poder Legislativo de la Provincia de Buenos Aires de las dificultades y conflictos que suscitaba la norma de la legislación de tránsito que no confería prioridad de paso a quien circulara por una avenida.

Consideraron las dificultades interpretativas que generaba el artículo 41, inciso d de la Ley Nacional de Tránsito 24.449, vigente en la Provincia de Buenos Aires mediante la adhesión a la Ley 13.927. Dicha ley solo preveía a las semiautopistas como excepción a la prioridad de paso de quien circulara por la derecha, pero nada decía sobre las vías de mayor jerarquía como las avenidas, carreteras, rutas, autovías, etcétera.

El mandato dictado, que también configura un mandato *exhortativo institucional*, dispuso hacerle saber al Poder Legislativo de la Provincia de Buenos Aires la problemática, dificultades y conflictos que presenta la actual redacción de la norma y exhortarlo a que, a través de la Cámara de Diputados o del Senado, analizara la conveniencia, oportunidad o mérito de legislar las cuestiones omitidas en el artículo 41

inciso d de la Ley 24.449 en el ámbito de sus incumbencias constitucionales específicas propias y de conformidad con la Ley provincial 13.927 y la Constitución local.

Esta decisión se encuadró como *mandato facilitador* porque alertó sobre las dificultades que presentó la interpretación y ejecución de una ley cuando debió ser aplicada a un caso concreto e intentó prevenir interpretaciones contrarias que pudieran derivar en soluciones opuestas aún cuando coincida la plataforma fáctica del caso.

Identificar y clasificar los mandatos preventivos es útil para definir y delinear los perfiles y alcances de la decisión preventiva y las facultades del juez en la actuación de oficio.

En los mandatos preventivos también subyacen elementos sociales, normativos y axiológicos que sustentan y justifican la decisión judicial oficiosa, por ejemplo, en el fallo “N. C. V.” si bien el juez priorizó el bienestar familiar, le otorgó relevancia a las funciones de prevención social que formaban parte de la vida en comunidad.

De ese modo, proyectó la obligación de prevenir el consumo de sustancias adictivas a la Municipalidad y a los organismos de control y a aquellos comercios dedicados a la venta de sustancias que pudieran usarse para consumo como las ferreterías. El reparto, la distribución y adjudicación del deber preventivo trascendieron a las personas involucradas y reivindicaron el rol activo y social del juez.

En “Torres” la decisión también tuvo proyecciones colectivas a pesar de originarse en una demanda individual derivada de un incumplimiento contractual. En el caso la decisión se justificó en la necesidad de corregir e integrar la normativa contractual que contenía cláusulas abusivas, tarea que forma parte del funcionamiento normativo y de la actividad jurisdiccional. Esto se reveló aún más en “Castro” en cuanto exhortó al legislador a corregir la normativa que generaba dificultades en la interpretación y aplicación de una ley.

Las soluciones oficiosas exhibieron una postura judicial activa y proyectaron una decisión que, aún en los casos en que no fueron justificadas explícitamente, contenían

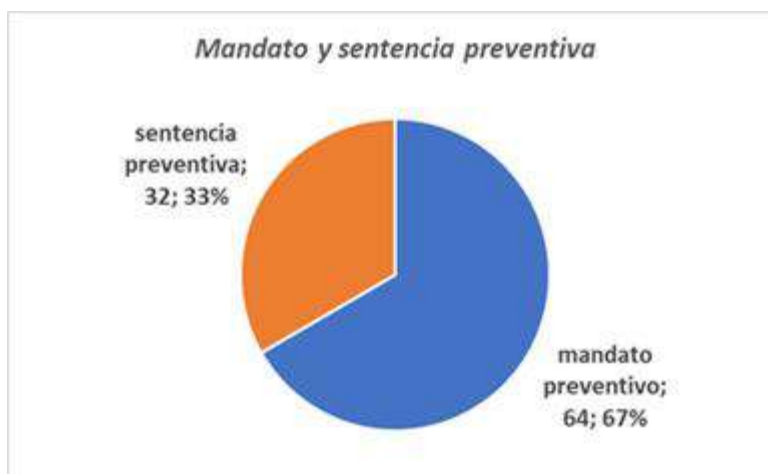
un valor, un componente axiológico que derivó de una idea de justicia para el caso y que permitió construir una decisión justificada.

A continuación, los cuadros n° 21 y 22 muestran la tendencia mayoritaria de los jueces a decretar soluciones oficiosas. De las 96 sentencias relevadas hubo un 67 % de los casos en los que la solución preventiva fue oficiosa y se tradujo en el dictado de mandatos preventivos, mientras que en el restante 32 % la decisión se circunscribió a la pretensión de las partes.

Cuadro n° 21: encuadre jurisdiccional – cantidades

Encuadre jurisdiccional	Cantidades
mandato preventivo	64
sentencia preventiva	32
Total	96

Cuadro n° 22: encuadre jurisdiccional – porcentaje



El mandato preventivo adquiere significado en un contexto de creciente demanda de responsabilidad social a los jueces. Esta realidad requiere del ejercicio oficioso de facultades judiciales para prevenir la posibilidad cierta de daños con motivo de la sustanciación de un proceso civil.

La proyección del mandato preventivo es útil para atender a esa demanda y a los requerimientos sociales traducida en una orden judicial dirigida a algunas de las partes o a terceros absolutamente extraños al proceso respectivo.

El mandato preventivo tuvo precedente judicial en la sentencia “Carrizo y otra contra Tejeda, Gustavo y otra” (30/3/2005) en la cual el conductor de un automotor protagonizó una colisión con un tren en marcha en un paso a nivel que carecía de señalizaciones lumínicas o sonoras. La pretensión resarcitoria del conductor contra la concesionaria del ferrocarril fue rechazada porque conducía a alta velocidad y en estado de ebriedad pero ello no le impidió al tribunal interviniente, pese a no registrarse pedido de parte en tal sentido, dictar un mandato preventivo orientado a subsanar las falencias de señalización referidas y así evitar daños futuros.

En “Altamirano”, (sentencia anterior a Carrizo) falleció una niña ahogada en una acumulación artificial de agua formada en terrenos del Ejército Argentino y la pretensión se circunscribió al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento. Sin embargo, el tribunal, además de conceder la pretensión de la actora, y advirtiendo la grave situación de peligro para la comunidad por la posibilidad de que la situación de peligro se reiterase, dispuso la construcción de una cerca que aislara las excavaciones inundadas, que se colocaran carteles visibles que indicaran el riesgo del lugar y el mantenimiento de un servicio de vigilancia permanente en el lugar por parte de la Municipalidad de Quilmes.

En “Zalazar, Lidia Ramona contra Instituto de Obra Social de Corrientes y Estado de la Provincia de Corrientes” (11/11/2014), en otra versión de su aplicación, y en el marco de una acción de amparo para obtener la provisión de por vida de determinados medicamentos para el tratamiento de la artritis reumatoidea deformante que padecía la reclamante, el juez, además de hacer lugar a la pretensión, dispuso preventivamente y de oficio, que la obra social arbitrara los medios para la atención psiquiátrica de la

señora Zalazar y que debía presentar a la jurisdicción un informe con las acciones llevadas a cabo en postura de la preservación de la vida de la amparista bajo apercibimiento de que se realizara a su costa. En esta sentencia el juez asumió el papel social que esta llamado a desempeñar al advertir que corre peligro la vida de la persona reclamante por riesgo de suicidio (Peyrano, 2016).

El mandato preventivo constituye una herramienta excepcional para el desempeño social de la labor de los jueces que requiere un ejercicio razonable y coherente que pueda traducirse en decisiones positivas que impacten en beneficio de la comunidad.

Los datos extraídos del relevamiento revelaron un estatus activo del rol del juez a través de mandatos preventivos que representaron el 67 % del total de las decisiones preventivas y que tienen ciertas cualidades y características:

a) si bien lo habitual es que se trate de una actividad oficiosa por parte del juez, no hay inconveniente en que alguna de las partes (o ambas) sugieran algunas diligencias tendientes a evitar daño a terceros;

b) puede dictarse para las partes o para terceros ajenos al proceso y con efectos a las partes y a terceros. Esto depende a quien este dirigida la orden preventiva y sobre quien repercute o impacte la decisión. Puede ocurrir que tenga efectos para una comunidad completa que se ve beneficiada por la decisión;

c) admite su dictado en todo tipo de procesos e independientemente de la materia de que se trate y los derechos que involucre (amparo, daños y perjuicios, cautelares y en materia civil, comercial, laboral y cuando se involucren derechos sociales, derecho a la salud, a la dignidad, a la vida, entre otros).;

d) al dictarse en el marco de la prevención del daño y, aunque se trate de una herramienta autónoma que puede dictarse aún cuando la pretensión principal fue rechazada, le comprenden los criterios aplicables a la sentencia (menor restricción posible y medio más idóneo) y puede enrolarse en obligaciones de dar, hacer o no hacer;

e) la finalidad del mandato preventivo debe ceñirse a evitar el daño, o que este empeore o se extienda si ya se produjo o está produciendo efectos.

El mandato preventivo es una herramienta importante para la prevención del daño individual y para la prevención con proyección social. En el marco de una realidad compleja que requiere adaptaciones y reformulaciones normativas, su uso debe propiciarse para concretar el principio axiológico de no dañar a otros.

7.2. La aplicación de la tutela preventiva de oficio y la afectación al principio de congruencia.

La aplicación de la tutela preventiva de oficio

La tutela preventiva puede ordenarse de oficio y también para la adopción de otra medida distinta de la reclamada cuando es más eficaz y preserva mejor los intereses de las partes y de los afectados potenciales. También corresponde disponer la tutela preventiva de oficio para evitar una reiteración de accidentes similares a los que han motivado la demanda de daños.

En tales condiciones, dichas medidas no se dictan a favor de quien ha ejercido la acción, sino a fin de preservar intereses difusos de terceros, en carácter de víctimas potenciales. Por ejemplo, en la sentencia “G., C. L. y otro contra Superior Gobierno de Córdoba” (9/9/2017), también denominado “Guallanes” en la que se debatió sobre una demanda de daños y perjuicios iniciada por el fallecimiento de un niño de un año que había caído en una acequia ubicada en las proximidades de su vivienda, los jueces le atribuyeron el 50 % de responsabilidad a la Provincia de Córdoba demandada y le ordenaron, como mandato preventivo, cubrir la totalidad de las acequias existentes en esa zona urbana para prevenir futuros daños.

Sostuvieron que la provincia demandada era responsable en forma concurrente de la muerte del niño, porque omitió adoptar las medidas básicas de seguridad que

convirtieron a las acequias en una cosa riesgosa capaz de producir el daño y le ordenaron completar la colocación de tapas en la totalidad de las acequias que existen en esa zona urbana.

La decisión oficiosa, que trascendió al caso individual, procuró prevenir daños futuros y víctimas potenciales. En casos como el expuesto, la atribución judicial impone la obligación funcional de asignarle al demandado la adopción de recaudos tendientes a evitar otros hechos lesivos, aún bajo apercibimiento de que se realice su ejecución a su costa y se requiera la intervención de la autoridad administrativa (Peyrano, 1991).

Incluso, también es factible la aplicación preventiva oficiosa cuando el daño se produce en el curso de una actividad peligrosa y el juez interviniente advierte que el responsable eliminó o corrigió la situación nociva que genera una posible reedición de siniestros o cuando la amenaza es actual o inminente y no admite dilaciones (sobre todo ante la amenaza de daños graves no subsanables o que afectan serios intereses vitales). La prevención también es factible, aun en defecto de la petición de la víctima y a pesar de que quien debe cumplir la medida no haya intervenido, ni ejercido aun su derecho de defensa (Lorenzetti, 1995).

La afectación al principio de congruencia

La afectación al principio de congruencia es una de las objeciones principales a la aplicación de la tutela preventiva de oficio.

Sin embargo, en respuesta a dicha objeción se ha dicho que, cuando el órgano jurisdiccional incursiona en el ámbito del mandato preventivo, es en realidad una nueva instancia, muy diferente a aquella que le sirve de marco. Son dos procedimientos autónomos, susceptibles cada uno de toda la gama recursiva correspondiente y que no se influyen uno sobre otro. La sustanciación independiente determina que, en principio, en su interior, el ejercicio del plexo de atribuciones judiciales resulte pleno.

Sobre esa base, nada impediría que, una vez abierta la instancia del mandato preventivo, el tribunal interviniente se cerciorara del actual estado de cosas cuando las constancias del expediente señalaran que la situación correspondiente ha ocurrido tiempo atrás. La independencia de tramitación provoca que no pueda estimarse de incongruente a una instancia en mérito de lo sucedido en la otra.

Las facultades judiciales para disponer oficiosamente una medida preventiva de daños, no afectan la congruencia ni el debido proceso porque esta no es un esquema rígido, con límites infranqueables que impidan su flexibilidad y adaptación para una armonización funcional frente a valores superiores. Por otra parte, las técnicas indemnizatorias no son suficientes para suplir la ausencia de controles preventivos sobre los daños eventuales o el agravamiento de los que están en etapa de producción destinados a detener en forma inmediata sus efectos nocivos.

Asimismo, la tutela apremiante de intereses fundamentales que deben ponderarse y priorizarse y que, de no evitarse, pueden desencadenar detrimentos irremediables, justifica la actuación oficiosa de parte de los jueces.

Existe una responsabilidad social que le incumbe al juez, cuyos mandatos a las partes o a los funcionarios públicos suelen ser el medio más idóneo para resolver el problema, y que no puede ser reemplazado por otras vías. De lo contrario, se lo constriñe a permanecer inactivo hasta que acontezca otro daño irreparable similar, que a su vez provoque otra acción resarcitoria, con dispendio de actividad y resultado adverso a la solidaridad pues se volvería a condenar por daños que pudieron y debieron evitarse (Morello-Stiglitz, 1987).

De este modo, los principios dispositivos, de congruencia y de legitimación procesal pueden y deben funcionar en el entramado normal del proceso en beneficio de terceros (que pueden estar identificados o no) y no en supuestos donde el accionar del juez debe exorbitar la solución de la concreta litis planteada (Peyrano, 1992).

En el mismo sentido, el juez debe cumplir con la dilucidación del conflicto y puede ordenar medidas a fin de evitar la prosecución de nuevos daños sin que ello implique menoscabar el debido proceso (Garrido Cordobera, 2008).

Al respecto, se sostiene que, por sobre el principio de congruencia, la seguridad requiere proteger sin dilaciones intereses fundamentales que atañen a la vida e incolumidad de las personas cuya no evitación puede desencadenar daños graves o irreversibles (Zavala de González – González Zavala, 2011).

De allí que, cuando está comprometida la salvaguarda de intereses fundamentales, la prevención judicial del daño puede ordenarse en interés de terceros que no son parte en el litigio o de la comunidad y pueden ser obligadas por el mandato preventivo personas que no han tenido intervención en el proceso donde se dicta (Zavala de González, 2015).

La actuación oficiosa no deriva de una mera potestad discrecional; se trata de una atribución imperativa si concurren sus presupuestos e implica sustituir el rol pasivo del juez, por un rol protagónico y dinámico que preserve intereses fundamentales atinentes a litigantes o terceros, aun sin petición de las personas involucradas, antes de que se verifique su lesión (Zavala de González, 2015).

La congruencia solo limita al juez a favor de las partes contra terceros, actualmente indeterminados, pero previsiblemente afectados de no dictarse el mandato judicial. Esos sujetos resultarán irremediabilmente indefensos cuando, a pesar de que se logre individualizarlos como víctimas posibles, se trate tardíamente el problema nocivo para intentar resguardos preventivos eficaces (Zavala de González, 2015).

En este sentido, el principio de congruencia, de tornarse obstructivo, excluiría a los jueces como sujetos pasivos del deber preventivo que incumbe a toda persona, en cuanto de ella dependa, de adoptar medidas razonables para evitar la producción, continuidad o evitación de daños, aun originados en cursos causales ajenos a su conducta (art. 1710, inc. b), CCyC). Esto es así porque, cuando el juez ejerce atribuciones preventivas oficiosas, no actúa como órgano de resolución de una precisa contienda litigiosa, sino como funcionario que protege intereses comunitarios que se proyectan hacia problemas de carácter difuso y connotaciones públicas, así el proceso judicial constituye antecedente necesario para ejercer esa función.

Es el órgano jurisdiccional el que puede ofrecer técnicas eficaces, órdenes de hacer o no hacer aptas para satisfacer exigencias vitales y perentorias de tutela (Morello-Stiglitz, 1987).

Además, a partir de constataciones o informes periciales y de las pruebas disponibles, el mandato preventivo oficioso puede emitirse sin necesidad de esperar a la sentencia definitiva y en cualquier etapa del proceso.

La sentencia “Guallanes”, al igual que “Torres”, “Teves”, “Zabaloy”, entre otras, dan cuenta de lo expuesto y de la importancia de la actuación de oficio de los jueces que, en determinados casos y bajo condiciones específicas, requieren superar los principios de legitimación y congruencia.

La oficiocidad ejercida a través de los mandatos preventivos permite evitar la repetición de daños en perjuicio de terceros absolutamente ajenos al proceso respectivo, colabora con impedir daños que se proyectan comunitariamente y permite concretar la justicia preventiva.

7.3. Los requisitos de la sentencia preventiva: obligaciones de dar, hacer o no hacer. La ponderación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo.

La sentencia preventiva es la resolución final que se expide sobre el fondo del asunto dictada luego de una acción sustancialmente inhibitoria y puede abarcar también a las providencias cautelares.

Puede ser dictada de modo provisorio (medidas cautelares típicas) o definitivo (sentencia definitivas), principal (es decir autónoma, como las medidas autosatisfactivas) o accesorio (como la tutela preventiva), a pedido de parte o de oficio, en un proceso ya iniciado (juicio ordinario o sumario) o promovido solo a esos efectos (como las medidas autosatisfactivas), otorgándole al juez amplias facultades (Lorenzetti, 2015).

Al respecto, el CCyC dice que 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 y que debe ponderar los criterios de menor restricción posible y medio mas idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (art. 1713).

Del contenido del artículo deviene que:

- a) la decisión puede dictarse a solicitud de parte o incluso de manera oficiosa,
- b) puede ser provisoria o definitiva,
- c) su objeto radica en la imposición de eventuales obligaciones de dar, hacer o no hacer,
- d) se consigna la exigencia de ponderar los criterios de menor restricción posible para fundamentar la decisión que se adopte,
- e) el juez debe seleccionar los medios más idóneos para obtener eficazmente la finalidad perseguida.

7. 3. a) solicitud de parte o de oficio

El principio imperante en materia preventiva de “no dañar a otros” justifica preservar y garantizar la tutela de intereses y derechos fundamentales aun cuando ello implique decisiones alternativas y ajenas a la pretensión principal.

En los puntos anteriores se mostró que la tutela preventiva puede ordenarse de oficio y también para la adopción de otra medida distinta de la reclamada cuando es más eficaz y preserva mejor los intereses de las partes y de las eventuales víctimas. También se dijo que la actuación de oficio puede adoptarse a través de la aplicación de mandatos preventivos.

La naturaleza preventiva implica que el juez posee la atribución judicial de imponerle al demandado (o a un tercero ajeno al proceso) que adopte una serie

determinada de recaudos (traducidos en obligaciones) tendientes a evitar otros daños, bajo apercibimiento de que se realice a su costa y con eventual intervención de la autoridad administrativa a fin de asegurar su ejecución (Peyrano, 1991).

7.3. b) medidas provisorias o definitivas.

La decisión preventiva puede ser provisorio o definitiva y así disponer medidas provisorias o definitivas para asegurar obtener la finalidad perseguida. Estas medidas y el plazo de duración dependen de la variedad de actividades o acciones sobre las que se aplique la obligación preventiva y están orientadas a evitar daños previsibles ante peligros ciertos.

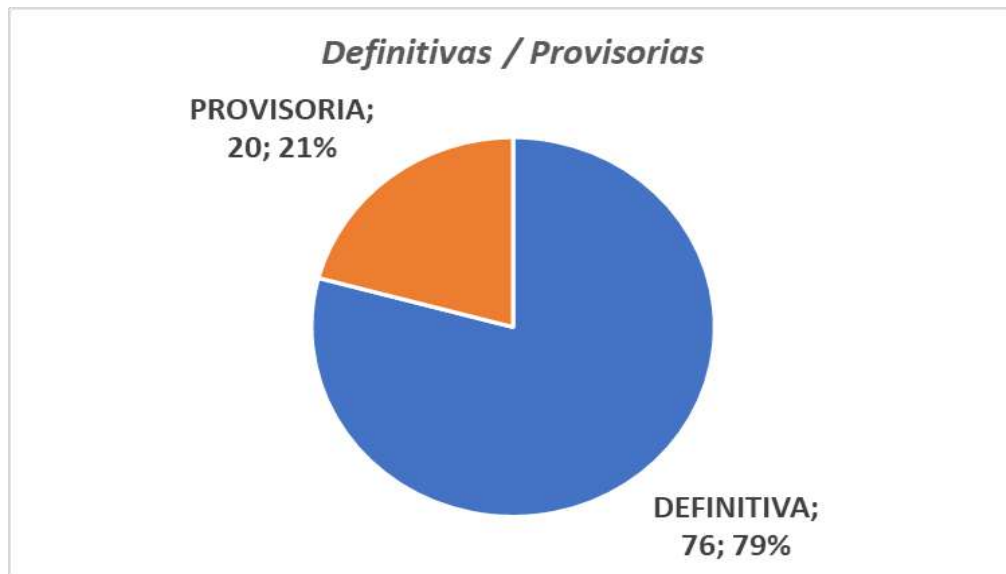
Con este objetivo, existen variadas herramientas que son utilizadas para desplegar políticas precautorias y preventivas y que se trasladan a los procesos judiciales o a tramitaciones administrativas con tales objetos. Sobre esa base, hay “grados” de medidas que abarcan desde el estudio intensivo de un problema hasta la prohibición de una determinada actividad.

Al respecto, el relevamiento mostró una tendencia mayoritaria a la adopción de medidas definitivas por parte de los jueces en relación con las medidas transitorias. Las medidas definitivas abarcaron el 79 % con 76 casos mientras que las transitorias representaron el 21 % con 20 casos (Cuadros n° 22 y 23).

Cuadro n° 22: medidas definitivas y provisorias expresadas en cantidades

medidas definitivas	medidas provisorias
76	20

Cuadro n° 23: medidas definitivas y provisionales expresadas en porcentajes



7.3. c) sentencias con medidas transitorias y definitivas

Las sentencias relevadas dieron cuenta de un porcentaje superior de medidas definitivas en relación a las provisionales. En ciertos casos, para decidir la naturaleza de las medidas a adoptar (como en los casos donde se trató la exigencia de transparencia en la difusión de los riesgos potenciales, la prohibición de comercializar ciertos productos, desarrollar ciertas actividades potencialmente riesgosas o promover la profundización de los riesgos); el principio de precaución es muy útil porque delimita el campo del riesgo y, ante la duda, impone el deber de actuar del mejor modo posible (Compiani, 2011).

Sin embargo, la decisión concreta, que se traduce en la medida a adoptar, deriva de una heterogeneidad de elementos que el juez debe valorar en el caso. No importa, únicamente, la decisión en sí misma, sino también su justificación que es la que le

otorga legitimidad y convicción de obligatoriedad en la persona obligada de su ejecución.

Una de las razones que podría justificar una mayor cantidad de medidas definitivas podría estar vinculada directamente al daño que se intenta evitar y a su ejecución, prolongación o no reiteración. Ciertamente, puede ocurrir que las medidas definitivas se identifiquen con una mayor y mejor cobertura del riesgo potencial del daño que las medidas provisorias y que permitan asegurar con mayor eficacia la finalidad preventiva.

Al mismo tiempo, las medidas definitivas, si bien pueden asociarse con mayores restricciones y exigencias para aquellas personas sobre las cuales recae el deber de prevención, permitirían garantizar, con un grado mayor de éxito, la prevención del daño al excluir o eliminar el hecho dañoso en forma inmediata a través de su aplicación. Las medidas transitorias, al contrario, suelen requerir plazos de ejecución que suelen prolongarse.

No obstante, el grado de eficacia no depende únicamente del tipo de medida adoptada sino también de los factores y elementos que llevan a adoptarla y de las posibilidades y permisiones. Por ejemplo, en la sentencia “Barrio Padre Mugica”, en la que el juez debió resolver sobre un complejo habitacional de grandes dimensiones que tenía riesgo de nuevos derrumbes, no era posible fácticamente ni jurídicamente adoptar una decisión definitiva puesto que se requería, previamente, realizar un estudio y relevamiento de las necesidades edilicias del lugar para luego proyectar una solución concreta para el saneamiento definitivo de las estructuras edilicias deficientes y deterioradas.

En “Zabaloy”, en cambio, fue posible aplicar la medida definitiva de prohibir la fumigación de los campos en cercanía de una escuela rural a la que concurrían alumnos y docentes y fijar los días, horarios y las distancias de fumigación. La solución preventiva permitió compatibilizar la restricción de dicha actividad agrícola con la de garantizar y tutelar el derecho a la salud y a la vida de las personas que concurrían a la escuela.

Si bien el carácter definitivo de las sentencias preventivas solo abarca el proceso donde se dicta, que se proyecta hacia las partes intervinientes, no excluye la posibilidad de reeditar la misma cuestión por parte de otra persona reclamante o contra otras personas no alcanzadas por la decisión. Esto es así, dado que la situación nociva que aparecía como eliminada, puede resurgir y habilitar a repetir la pretensión originaria porque el mandato ha evidenciado ser ineficiente o insuficiente (Zavala de González, 2015).

Las pretensiones preventivas suelen tener, frecuentemente, una connotación de orden público, en particular cuando requieren resolver sobre intereses colectivos, muchas veces de carácter difuso como en los casos de daños ambientales o cuando involucran afectaciones a la salud de las personas con proyección comunitaria.

El componente social subyace en la prevención del daño y la decisión, aun cuando en el caso no resuelva involucrar a terceros en la obligación de prevenir, y trasciende a la comunidad toda por la naturaleza abarcativa que proyecta el deber de no dañar a otros.

Sobre esa concepción, el afectado individual o un legitimado para preservar derechos con incidencia colectiva, puede aportar alegaciones o elementos de juicio no propuestos en la demanda preventiva originaria con el fin de obtener una sentencia favorable que no pudo ser dictada con los elementos del caso resuelto.

Esto puede ser muy útil en los casos en que se verifique que las obligaciones impuestas por la sentencia han sido insuficientes para alcanzar la finalidad preventiva, siempre procurando el respeto del derecho de defensa del demandado y ofreciéndole la oportunidad de refutar y ofrecer prueba a su favor. Estas circunstancias están supeditadas a que la realidad del caso lo permita y a la naturaleza provisoria o definitiva de la decisión preventiva originaria adoptada.

La naturaleza provisoria o definitiva de la decisión preventiva adoptada también dependerá de las obligaciones de dar, hacer o no hacer que sean impuestas por el juez que pueden configurar el objeto de la orden preventiva según lo establece el CCyC.

7.4. Categoría naturaleza de la obligación: Las obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Para la configuración de la categoría *naturaleza de la obligación* se tuvieron en cuenta las obligaciones de dar, hacer o no hacer dispuestas por el juez en la sentencia que admite la tutela preventiva.

Los datos extraídos del relevamiento dieron cuenta que, de un total de 96 sentencias relevadas, hubo 92 sentencias en las cuales los jueces impusieron obligaciones de hacer, 3 en las que se ordenaron obligaciones de no hacer y 1 en la que se impuso la obligación de dar (Cuadros n° 23 y 24).

Cuadro n° 23: obligaciones de dar (ODD), obligaciones de hacer (ODH) y obligaciones de no hacer (ODNH)

ODD	ODH	ODNH
1	92	3

Cuadro n° 24: obligaciones de dar, hacer o no hacer expresadas graficamente



Las obligaciones de dar, hacer o de no hacer configuran un elemento fundamental de la sentencia preventiva porque permiten perfilar el deber preventivo y establecer el alcance de la prevención. Los datos obtenidos mostraron que, en la mayoría de los casos, la prevención se tradujo en conductas específicas de hacer o no hacer por parte de la persona obligada vinculadas a la actividad dañosa o a la forma en que se desarrolla.

Sin embargo, y conforme lo prevé el CCyC, no hay impedimento de que la orden preventiva disponga obligaciones de dar sumas de dinero destinadas a concretar la finalidad preventiva. Por ejemplo, en la sentencia “Sosa, Victoria Macarena sobre Medidas cautelares” (15/5/2018) se dispuso que la aseguradora debía pagar una suma mensual y afrontar los gastos médicos de la actora.

Una medida similar se había dispuesto en “Zalazar, Lidia Ramona contra Instituto de Obra Social de Corrientes y otros” (11-11-2014), sentencia anterior a la entrada en vigor del CCyC, en la que se le ordenó a la obra social demandada que le provea de por vida a la actora los medicamentos para el tratamiento de la artritis reumatoidea deformante que padecía, y también dispuso, de oficio, que arbitre los medios para la atención psiquiátrica por riesgo de suicidio.

Esta sentencia, al igual que “Sosa”, mostraron que es posible disponer obligaciones de dar (que no siempre se traducen en sumas de dinero) para realizar gestiones preventivas.

Asimismo, hay ejecuciones compulsivas de obligaciones contractuales o reparaciones anticipadas de daños que, en esencia, tienden a evitar que éstos se agraven, reiteren o consoliden. Por eso cumplen una esencial función preventiva, aunque impliquen erogaciones dinerarias o dejar de cobrar importes que podrían exigírsele al reclamante. También se han incluido los casos en los que se ordenó desembolsar gastos médicos y quirúrgicos devengados en el juicio por la víctima de un daño; que la obra social suministre a la actora una cobertura de prestaciones para transplantes o que cesen descuentos en el sueldo del afiliado para pagos de coseguro (Zavala de González, 2015).

De los datos obtenidos podría inferirse que es ineficaz para la finalidad preventiva esperar que el obligado despliegue las obligaciones de dar impuestas en la sentencia y que por ello las órdenes preventivas se distribuyen en obligaciones de hacer y de no hacer.

No obstante, la naturaleza de la obligación (de dar, hacer o no hacer) que imponga la decisión preventiva también depende de la pretensión y de la valoración que se realice de los elementos fácticos, probatorios y axiológicos del caso a resolver y del daño que se intenta prevenir o mitigar con la prevención.

Así, el relevamiento dió cuenta de una heterogeneidad de *obligaciones de hacer* en las que se dispuso la adecuación total de los parámetros de seguridad (“Barrio Padre Mugica sobre Legajo de control”, 18/9/2015), el desmalezamiento y limpieza de un terreno (“Rúa, Carmen Ruth contra Acosta, Sabina”, 20/10/2020), la reformulación de una cláusula abusiva del contrato de seguro (Torres, Luis Ángel contra Caja de Seguros S.A., 19/12/2017).

Por otra parte, las *obligaciones de no hacer*, que también mostraron un perfil diverso, están vinculadas a órdenes referidas a que un accionista se abstenga de realizar actos en contra de las previsiones de una cláusula del convenio de accionistas (“Vila, Daniel Eduardo contra Vila Santander, Alfredo Luis”, 14/11/2017); a no realizar actos que entorpezcan el suministro de energía eléctrica (“DA. VI. TEL. S.A. contra CALF”, 27/11/2019), mientras que la única *obligación de dar* registrada en una sentencia consistió en imponer a la demandada aseguradora el pago de una suma mensual y en afrontar gastos médicos que incluyan un nuevo dictamen médico pericial a la reclamante por parte del Hospital.

Además, la sentencia preventiva también puede imponer obligaciones que impliquen el cese de la continuidad de la actividad (en “Zabaloy Ana Maria contra Marchi Luis Miguel (31/10/2019)” se impuso la prohibición de fumigar en las inmediaciones de una escuela rural) o medidas impeditivas de la actividad que está causando daño (en “Duhalde, Eduardo Alberto contra D'Elía, Luis Ángel”, 25/6/2015 se ordenó que el demandado se abstenga de divulgar información sobre la persona del actor).

También hay órdenes que pueden imponer una actividad sustitutiva a la dañosa o que pueden consistir en imponer procedimientos correctivos y conciliatorios (en “Torres” se dispuso reformular la cláusula abusiva del contrato de seguro).

El resultado práctico de la tutela preventiva, en sus versiones sustancial o cautelar, es impedir que una conducta que se considera antijurídica y dañosa (por infringir una norma o por vulnerar el deber general de prevenir) perjudique a otro, o evitar el daño temido o la agravación de uno que aún se encuentra produciendo efectos.

Por ello, independientemente de la naturaleza de la orden preventiva (obligaciones de dar, hacer o no hacer), debe privilegiarse la tutela específica que significa la prevención como objeto principal y directo.

Los datos mostraron que el deber de prevención se perfila, en su mayoría, a través de obligaciones de hacer que representaron la mayor proporción de sentencias por lo que las personas obligadas por la prevención estarían en condiciones de realizar las conductas indicadas en la decisión que se traducen en acciones concretas marcadas por la versatilidad, flexibilidad y heterogeneidad. Estos caracteres a la vez derivarían de la naturaleza de los reclamos preventivos.

A la vez, la ausencia de casos en los que se determinen obligaciones de dar evidenciarían que la tutela preventiva tendría perfiles propios y disímiles a la responsabilidad resarcitoria.

La ausencia de adjudicación de las obligaciones de dar podría indicar que los jueces asocian esta clase de obligaciones con los paradigmas clásicos de la responsabilidad civil, como una clase de compensación, similar al resarcimiento y que por ello no las receptan para la prevención.

También cabría considerar que el reclamo preventivo y las las circunstancias fácticas condicionan la obligación preventiva y limitan la decisión.

Las obligaciones de no hacer también han revelado una cantidad escasa en las sentencias y un encauce del deber preventivo compatible con el inciso b del artículo 1710 del CCyC que establece el deber de toda persona de adoptar, de buena fe y

conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud.

El artículo 1710 parecería contener los lineamientos de las obligaciones de hacer que pueden ser considerados por el juez para definir la decisión preventiva y el alcance del deber de prevención.

Los llamados criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo predeterminados por el artículo 1713 del CCyC también fijan los lineamientos y perfilan los parámetros del contenido de la sentencia.

A continuación se muestran estos criterios que también han sido adoptados como categorías de análisis en este trabajo.

7.5. Categoría criterios de menor restricción posible y medio más idóneo.

Los criterios de “menor restricción posible” y del “medio mas idóneo” son directivas que guían la sentencia preventiva establecidas por el CCyC. A ellas se les adiciona “la mayor eficacia de la medida” y la “obtención de la finalidad perseguida” que forman parte del contenido de la sentencia (art. 1713).

Estas directivas que guían a la decisión preventiva deben cumplir con parámetros de razonabilidad por eso el Código dispone que el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una “decisión razonablemente fundada” (art. 3).

Los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo requieren un *juicio de ponderación* que se impone como paradigma dominante dentro de la comunidad jurídica. Este nuevo paradigma implica el traspaso del modelo de subsunción de reglas al de la ponderación de principios (Alexy, 2008). Según el Código, la sentencia que admite la acción preventiva *debe ponderar* los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (art. 1713).

La tarea de *ponderar* suele ser compleja porque requiere evitar que la discrecionalidad en la interpretación y la resolución de los casos se convierta en arbitrariedad. La ponderación no puede convertirse en el resultado de una actividad subjetiva y particularista.

Se han postulado diversas maneras de entender la ponderación, principalmente aquella que se refiere a la ponderación de principios. Una de estas maneras es el modelo de ponderación orientado por reglas que ofrecería una reconstrucción plausible en el marco de una práctica constitucional estable.

Sobre esa base, el examen constitucional de proporcionalidad no es una “pura” decisión entre preferencias o una “mera” ponderación, sino que es complementada en parte por reglas. Desde esta perspectiva, se persigue el desarrollo de una dogmática de las reglas de ponderación con la siguiente tesis: “la aplicación del modelo de ponderación en el marco de una praxis constitucional estable lleva a un modelo de ponderación orientado por reglas”. Alexy enuncia la “ley de la ponderación” en estos términos: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 1993).

En este punto, uno de los mayores desafíos que presenta la ponderación es refutar la idea de que es un procedimiento irracional (Alexy, 2005). Alexy sostiene que para subsumir un caso en una regla se utiliza un esquema deductivo que se construye con la ayuda de las lógicas de proposicionalidad, de predicados y deóntica; en cambio, para el caso de la ponderación de principios existe una contraparte de este esquema deductivo que se denomina “fórmula de peso”.

Dicha fórmula se representa de la siguiente manera: Alexy (2008) “ I_i ”, equivale a la intensidad de la interferencia con el principio P_i ; digamos, el principio que protege la libertad de expresión de *Titanic* I_j representa la importancia de satisfacer el principio en colisión; en nuestro caso, el principio que protege el derecho a la personalidad del oficial parapléjico. W_{ij} equivale al peso concreto de P_i . Haciendo que el peso específico sea un cociente de la intensidad de la interferencia (P_i) y de la importancia concreta del

principio en colisión (P_j), la fórmula del peso pone de manifiesto que el peso concreto de un principio es, en realidad, un peso relativo”.

En el marco del Estado constitucional se le han realizado muchas críticas a la ponderación de principios como mecanismo de argumentación racional. Así, se ha afirmado que es el resultado de una actividad radicalmente subjetiva, de un juicio de valor del intérprete, de una volición y no de una actividad de carácter cognoscitivo, que no es establecida en abstracto, sino que es organizada en su aplicación al caso concreto, etcétera. Una de las principales objeciones es que la ponderación es una especie de particularismo jurídico, en el que el mecanismo de elección entre principios se convierte en una actividad no controlable racionalmente. Son consideraciones que solo sirven como razón en un caso (Chaumet, 2019).

Se ha dicho también que en la ponderación no nos atendemos a condiciones preestablecidas. Cualquier propiedad puede resultar relevante de acuerdo con la situación individual y, en consecuencia, nada es posible concluir en casos futuros. Todo depende de juicios de valor subjetivos y de propiedades de las circunstancias que no estamos dispuestos a generalizar (Moresco, 2003). Lo mismo podría decirse de las razones alegadas en un caso para satisfacer la protección de la autonomía de la persona, el interés superior del niño, la protección del medio ambiente, del consumidor, de la obligación de no dañar, entre otros supuestos.

Las palabras *ponderación* y *proporcionalidad* son recurrentemente utilizadas en razonamientos doctrinales y judiciales que, sobre la base de principios constitucionales, intentan demostrar la certeza inmanente de la decisión.

En la tutela preventiva el paradigma de la ponderación adquirió regulación legal con la inclusión del CCyC para la construcción de la sentencia preventiva. De este modo, la decisión preventiva que cumpla con la finalidad perseguida debe ser el resultado de la *ponderación* de los criterios de “menor restricción posible” y de “medio mas idóneo”.

Los datos extraídos de las 96 sentencias relevadas dieron cuenta de que solo en 7 de ellas se identificó una relativa ponderación de los criterios de menor restricción

posible y de medio más idóneo: “Barrio Padre Mugica” (18/9/2015), “Fideicomiso Italia” (26/5/2016), “Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba” (sentencia: 31/8/2016), “E.M. I” (17/11/2016); “C. D. O. D. Y E. D. C. C/ T.L.P. C. & C. S.A” (6/11/2018), “Sosa” (15/5/2018), “Hugo” (4/9/2020), (Cuadro n° 24).

En las demás sentencias, las razones alegadas que justifican la decisión, tienen motivación en una pluralidad de argumentos sin referencia concreta a los criterios de ponderación que determina el CCyC.

Cuadro n° 24 : los criterios de menor restricción posible (MRP) y de medio más idóneo (MMI) expresados en cantidades

MRP	MMI
7	7

La escasez de sentencias que hicieron referencia a la ponderación de los criterios podría indicar que el razonamiento que deriva del juicio de ponderación responde a una labor intelectual vinculada a un proceso lógico racional que se produce en el fuero interno del intérprete. Es un proceso intelectual que debe realizar el juez para resolver los casos sin que dicho proceso deba ser expuesto en la escritura de la sentencia.

Sin embargo, las razones alegadas sí deben traducir y transparentar ese proceso intelectual que fundamenta y le otorga legitimidad a la decisión judicial y le otorga fuerza de convicción a quien se dirige. En esto radica la verdadera dificultad de concretar el juicio de ponderación y de construir una decisión *razonablemente* fundada (art. 3, CCyC).

La exigencia de ponderación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo evidencia que las normatividades constituyen una herramienta fundamental para la construcción de la decisión judicial pero no siempre pueden dar respuesta al caso concreto. Los problemas vinculados a la indeterminación de los

conceptos y a la vaguedad y ambigüedad del lenguaje pueden ser algunas de las causas de ello.

Los jueces, como encargados del funcionamiento de las normatividades, contribuyen, como intérpretes, a mitigar la indeterminación normativa, la ausencia de definición de los conceptos y a mitigar los problemas de ambigüedad y vaguedad de las palabras de las normas.

Los jueces deben buscar la respuesta que mejor se adapte al caso, identificarla, determinarla, perfilarla a través de la tarea de interpretación e intentar que sea la mas justa posible dentro de todas las respuestas posibles porque en eso consiste la discrecionalidad judicial.

El juicio de ponderación es una herramienta que el Código ha dispuesto para contribuir a la tarea de los jueces y para facilitar la determinación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo.

La ponderación es útil para contribuir, desarrollar y reforzar la tarea de interpretación y para mitigar los problemas de la vaguedad y ambigüedad del lenguaje de las normas y de la indeterminación de los conceptos.

7.5. El juicio de ponderación.

El juicio de ponderación judicial implica balancear comparativamente el “peso” (entidad o consistencia) de principios opuestos para obtener el resultado más óptimo posible. La ponderación es útil para resolver la incompatibilidad entre normas (y los problemas de normas indeterminadas) y la incompatibilidad de las normas y los principios. Se parte de una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión y la ponderación resuelve cada caso concreto teniendo en cuenta la ley de ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación (Galdós, 2021).

La ley de ponderación dice que, cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de un principio, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

Así, la ley de ponderación simula una balanza en la cual en un extremo hay un principio (v.gr.: libertad de expresión) y en el otro extremo otro principio (v.gr.: intimidad, dignidad). Cada uno de ellos tiene determinado “peso” específico vinculado al mayor o menor grado de satisfacción de uno en contraposición al otro con lo cual el grado de restricción (o “menor peso”) de un principio presupone un mayor grado de satisfacción (o “mayor peso”) de otro.

A la vez, la ley de ponderación requiere del principio de proporcionalidad que contiene tres subprincipios: el principio de idoneidad (la restricción de un principio es idónea y útil para desarrollar el otro principio en colisión); el principio de necesidad (la restricción postulada es el medio más benigno pues restringe de la menor manera al otro principio); y el de proporcionalidad en sentido estricto (la realización de un principio justifica la restricción del otro).

De la ley de ponderación deriva que, primero corresponde definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios; luego la importancia de la satisfacción del principio que aparece en sentido contrario y si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la no satisfacción o la afectación del otro. Ello se juzga en el caso concreto, según las circunstancias y el grado de afectación puede determinarse mediante la escala triádica: “leve”, “medio” o “intenso”.

Para Atienza (2010) la ponderación debe ser empleada cuando no hay una regla que regule el caso (existe una laguna normativa en el nivel de las reglas); existe una regla pero, por alguna razón, es inadecuada, esto es, hay una laguna axiológica o cuando es dudoso si existe o no una regla del sistema que regule aceptablemente el caso.

La aplicación de la ley de ponderación implica que en caso de conflicto o choque de principios o valores la aplicación de los pasos del test del balanceo requiere determinar, previamente, la base fáctica (los hechos a dirimir) e individualizar los derechos fundamentales involucrados en el caso. Así, partiendo de la premisa de que los derechos no son absolutos, corresponde evaluar el “peso” de cada uno y argumentar la regla de derecho que dirima el conflicto.

Luego corresponde identificar la pluralidad de fuentes normativas de distinta jerarquía. La pluralidad de fuentes puede determinarse por su origen (atendiendo a las diferentes jerarquías) y por su contenido (considerando los distintos derechos fundamentales coexistentes que pueden entrar en conflicto entre sí). Cabe realizar un control de convencionalidad y constitucionalidad para luego realizar el juicio de ponderación (arts. 1, 2, 3, 7 y ss. CCyC).

A continuación se requiere la determinación precisa de los hechos invocados y de la situación fáctica, atendiendo a ciertas reglas probatorias y procesales. Cabe señalar que en ocasiones puede ocurrir que uno de los principios tenga una importancia mayor en abstracto que otro, de acuerdo a la concepción predominante de la sociedad (Bernal Pulido, 2003).

La determinación de la base fáctica es fundamental para el proceso ponderativo porque la “fórmula del peso” de Alexy implica atender no solo al “peso abstracto” sino al “peso en concreto” de cada caso. El peso de un principio en el caso puede variar, significativamente, de su peso abstracto. No se atiende a un orden jerárquico de principios y valores preestablecidos e inmutables, sino a una “jerarquía axiológica móvil” (Guzmán, 2013) que depende de los hechos de cada caso en concreto.

El subprincipio de idoneidad en el juicio de ponderación exige evaluar la existencia de otras medidas alternativas a la restricción mientras que el subprincipio de necesidad requiere considerar si la medida es la más benigna en tanto tutela un derecho restringiendo en la menor medida posible otro. Del mismo modo corresponde utilizar el medio menos lesivo.

Al mismo tiempo, es importante la aplicación de estándares de interpretación constitucional: la unidad y presunción de coherencia de las normas, la operatividad del derecho civil constitucionalizado, el rol del juez como su garante a través de sentencias justificadas (fundadas y razonables) y la armonización y compatibilización de los derechos que resultan del juicio de ponderación (Lorenzetti, 2020).

De las sentencias relevadas es posible extraer algunas consideraciones que pueden identificarse como “ponderación” de los criterios de “menor restricción posible” y

“medio más idóneo” aun cuando no hayan sido expresamente expuestos en el contenido de la decisión judicial.

Así, por ejemplo en “Barrio Padre Mugica sobre Legajo de control” (18/9/2015) el juez resolvió que debía realizarse una adecuación total de los parámetros de seguridad del barrio (finalidad preventiva que evitaría nuevos accidentes provocados por el deterioro edilicio) a través del relevamiento total de los espacios y de la adecuación general de todos los espacios barriales (estos configurarían los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo). En este fallo, el juez no dió referencias de una ponderación de los criterios pero es posible identificarlos a través de la justificación de la decisión que se basó en las facultades la faz preventiva de la responsabilidad civil le brinda al juez y al rol social que le incumbe en la realidad actual.

En “E.M. I. y otro contra Apilar S.A. y otro sobre Daños y perjuicios” (17/11/2016) los jueces resolvieron que la demandada, juntamente con la Municipalidad de Tandil que no había sido demandada, presenten un plan de trabajo (criterio de menor restricción posible) que asegure el cerramiento del predio en el que se encontraba la laguna (medio más idóneo) para prevenir nuevos ahogamientos en la laguna (finalidad preventiva perseguida). En esta sentencia la decisión judicial se justificó en la regulación legal de la tutela preventiva que regula los parámetros del deber general de prevención (y de no dañar a otros) y en la prudencia del juez al resolver.

La aplicación del juicio de ponderación no está exento de complejidad y esto permitiría explicar por qué no es posible extraer (o visibilizar) en las sentencias relevadas la ponderación “expresa” o “exteriorizada” de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para adoptar la decisión preventiva.

El método de la ponderación puede no estar presente o visibilizarse en la construcción y el contenido de la decisión judicial pero esta subsumido en la justificación que explica *por qué* se llega a determinada decisión y en *cómo* se seleccionan los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo.

La ausencia de justificación de una decisión judicial puede llevar a que se “pondere” sin hacer referencia a los postulados que la teoría de la ponderación propone

o soslayando la indeterminación de los principios constitucionales sin que las razones alegadas de la decisión den cuenta de por qué se opta por una opción y no por otra.

Esto lleva a que, bajo la invocación de palabras como ponderación (a las que a veces se le agrega la proporcionalidad y que a veces pueden remitir a métodos de interpretación jurídica de base intelectualista), se esconda un juicio de valor subjetivo. Ello repercutiría en el funcionamiento y favorece la formación de decisiones contradictorias que pueden contener sesgos de arbitrariedad.

Frente a ello, y aún en un contexto de constitucionalismo sólido, cabría considerar si los derechos constitucionalizados regulados en las normatividades pueden constituirse como el límite real a la arbitrariedad o si el límite estaría dado por el contenido que los jueces, en su rol de intérpretes, establezcan que son esos derechos.

El grado de indeterminación y vaguedad normativa permite postular la idea de evitar resoluciones meramente teleológicas (en las cuales no se sabe cuáles son los criterios normativos que deben tenerse en cuenta) y asumir que la diversidad, el cuestionamiento, la valoración y la necesidad dialógica son claves del pensamiento complejo que está más allá de los análisis exclusivamente axiomáticos (Chaumet, 2019).

Las sentencias relevadas mostraron la diversidad, complejidad y heterogeneidad de los casos, que se originaron de pretensiones también complejas y heterogéneas que los jueces deben valorar ante la ausencia de criterios estandarizados o predeterminados para la justificación de las decisiones preventivas.

A esta complejización y heterogeneidad se le suma que la normatividad del derecho está preferentemente estructurada sobre reglas indeterminadas, principios y directrices (la *ponderación de los criterios de menor restricción posible* y de *medio más idóneo* son un ejemplo de ello) y que las adjudicaciones judiciales deben concretar las exigencias constitucionales y los principios que surgen de las demás fuentes.

Al mismo tiempo, los derechos están inseparablemente entrelazados con las normas constitucionales (no como meras proclamaciones sino con todos los recursos jurídicos exigibles para su defensa, la constitucionalización del derecho privado da

cuenta de ello) y, por tanto, puestos bajo la tutela del juez. Si los principios son mandatos de optimización, dado que mandan a la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y normativas; si a ello se le suma la exigencia de una metodología que permita reconocer al razonamiento jurídico como intersubjetivo, dialógico, en el que el juez no decide al margen del contexto social, sino que su conciencia se convierte en conciencia pública; si se le suman la pluralidad de destinatarios, prestaciones, formas de audiencia, diversidad de razones, límites (naturales, económicos, culturales, políticos, psicológicos), valores en juego; si no se quiere que ello se reduzca a un discurso formal alejado de lo que realmente ocurre se comprende por qué el paradigma debe asumir tanto la complejidad de la materia a adjudicar como la de su argumentación (Chaumet, 2017).

Los aportes de la teoría trialista del mundo jurídico son importantes en este sentido porque consideran los hechos, las normas y los valores en juego de cada fenómeno jurídico y responden satisfactoriamente al gran desafío del pensamiento actual que refiere a la complejidad pura que inevitablemente conlleva este proceso de constitucionalización. La teoría otorga una pluralidad metodológica (sociológica, normológica y axiológica) que permite comprender los casos en toda su complejidad y superar los reduccionismos jurídicos (Ciuro Caldani, 1998) y evidenciar en cada momento quiénes se benefician y quiénes se perjudican en la vida jurídica y en qué aspectos de sus benefician o perjudican (Ciuro Caldani, 2014).

El operador del derecho, que en las sentencias es el juez que interviene en su aplicación, siempre inquiere el sentido de las normas con vistas a los hechos: “Estos son algo más que el caso o el campo de proyección de los preceptos. Aunque pertenecen, ciertamente, al mundo de lo empírico, suministran criterios explicativos, actúan como estímulos sensibilizadores de los conceptos y revelan facetas que en la expresión abstracta de los preceptos pueden pasar desapercibidas (Hernández Gil, 1971). Por eso se destaca que la implicación entre derecho y sociedad es recíproca y que la presencia de la sociedad se opone al decisionismo arbitrario (Chaumet, 2007).

En la prevención del daño, es aún mas necesario asumir que la complejidad de un caso constitucionalizado implica necesariamente asumir el análisis de su dimensión

sociológica. La ponderación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para lograr la finalidad preventiva solo son posibles desde el análisis de la dimensión sociológica que, además, es la que permite entender con plenitud los aspectos normológicos y axiológicos de una decisión judicial.

Las sentencias “Barrio Padre Mugica” y “Espil” evidencian que no es posible entender y justificar la decisión y la ponderación de los criterios sin tener en cuenta los hechos y el contexto social. En efecto, en “Barrio Padre Mugica” el juez debió considerar las condiciones edilicias y estructurales de un barrio en el que habían sufrido lesiones dos adolescentes al caerse desde un balcón cuya baranda estaba en malas condiciones y con riesgo de derrumbe. En “Espil” la decisión se adoptó en el marco del fallecimiento de una persona por ahogamiento en una laguna que se había formado en un predio privado que se encontraba cerrado y señalizado deficientemente.

En efecto, en la operatividad práctica, y especialmente en la aplicación judicial, el sentido de las normas no es desligable por entero de su incidencia en los hechos. Lo mismo sucede con los aspectos axiológicos del caso y, si no se quiere caer en posturas apriorísticas, no hay que resistirse a asumir la dimensión sociológica del problema. Si no hay realidad por valorar, no hay valoración. Al mismo tiempo, toda valoración supone la realización de un deber ser ideal aplicado (Chaumet, 2017) y en la prevención ese deber ideal es el deber general de prevención del daño que deriva del precepto de no dañar a otros.

Podríamos decir entonces que; si bien la ponderación de los criterios de menor restricción posible y del medio más idóneo constituyen un parámetro útil para resolver los casos de tutela preventiva; son insuficientes si se los considera aisladamente sin tener en cuenta los hechos y los aspectos axiológicos del caso.

Las sentencias relevadas evidenciaron una casuística compleja y esta complejidad se manifestó principalmente en el relacionamiento de las normas con la realidad social. Entonces, cuando el juez toma una decisión con normas, interesa saber en qué medida reflejan esa realidad porque esto influirá en el grado de cumplimiento de esas normas.

Para la decisión preventiva, la interpretación (que pretende averiguar la auténtica voluntad de los autores de las normas) es insuficiente y requiere de la determinación cuando los jueces superan ese marco y también de la elaboración cuando se apartan del marco de posibilidades normativas. El juez es el verdadero *adjudicador del deber de prevención* y para ello debe valorar el derecho y los hechos en su contexto social y los valores que subyacen dentro de una comunidad determinada.

Como resultado de la ponderación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo, la decisión preventiva adoptada debería ser la menos restrictiva para el caso y el medio elegido para la prevención el más idóneo. Al mismo tiempo, debe ser la mejor decisión dentro de las distintas decisiones alternativas posibles y ello involucra una valoración axiológica.

La escasez de sentencias relevadas que exhibieron una ponderación concreta de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo debe ser comprendida desde el fenómeno de complejización del derecho y la necesidad de adaptarlo realidad social. Es necesario que el juez, como repartidor del deber preventivo y con las herramientas que le provee la normatividad aborde la casuística desde su dimensión social, normativa y axiológica.

7.6. Directivas para la ponderación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo

7.6. a) El criterio de “menor restricción posible”

El criterio de menor restricción posible parece identificarse con el camino más factible y menos oneroso, aunque es compleja la búsqueda de una solución justa que a la vez permita impedir perjuicios y sea compatible con la utilidad.

Implica que debe priorizarse la adopción de medidas que permitan evitar o disminuir los factores de riesgo o generadores del daño sobre la prohibición de la

actividad o el emprendimiento. También propicia que se adopten medidas para suspender la actividad generadora del daño hasta que se eliminen los elementos con riesgos dañosos o exigir, en forma previa o alternativa, que se completen constataciones e investigaciones para identificar los elementos que subyacen en una situación de peligro.

Para arribar a una decisión preventiva, se requiere tener una información completa, que dependerá de cada caso y que se funde en probabilidades que incluyan relaciones entre beneficios y costos, descartar las alternativas más onerosas o técnicamente difíciles de ejecutar y valorar experiencias anteriores sobre el mismo problema (Lorenzetti, 2008).

La medida que se adopte y que sea la menos restrictiva posible para el caso deberá responder a las siguientes directivas:

a) Las órdenes preventivas impartidas deben respetar la libertad de quienes ejercen regularmente sus derechos, sin abuso ni exceso, pues entonces el daño resultante deviene de un actuar legitimado por una causa de justificación (art. 1718, inc. a),

b) Si las medidas son impropias o desmesuradas pueden paralizar o distorsionar actividades necesarias o útiles,

c) La magnitud de los costos preventivos o de precaución debe guardar proporcionalidad con los beneficios de eliminarlos o reducirlos,

d) Procede equilibrar esos costos con la entidad de daños potenciales y con las ventajas de la persona obligada a prevenir (Zavala de González – González Zavala, 2011).

Una expresión de estas directivas implica que, para ordenar el cese de molestias nocivas en las relaciones de vecindad, el juez “debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción” (art. 1974, CCyC, que reitera pautas contenidas en el art. 2618 del Código anterior).

e) Opera la noción de desarrollo sostenido o sustentable, que procura satisfacer necesidades económicas, sociales, culturales y ambientales de la actual generación, pero sin poner en peligro la satisfacción de las mismas necesidades a las generaciones futuras (Principio contenido en el informe Brundtland de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, 1987).

Las soluciones preventivas no implican evitar la producción de cualquier daño y a cualquier costo sino que deben evaluarse las directivas reseñadas para equilibrar la prevención frente al daño eventual a una persona responsable o a personas indeterminadas.

7. 6. b) El criterio de “medio más idóneo”.

En las órdenes preventivas la selección de los medios más idóneos comprende el objetivo final y las técnicas procesales para lograrlo.

Los medios más idóneos no siempre equivalen a los más gravosos y, si bien todos generan alguna medida de restricción para la persona responsable de prevenir, hay que priorizar aquellos que compatibilicen con la prevención de daños y con la actividad donde se originan los peligros que no debe ser coartada sino encauzada. Puede haber medios excelentes en cuanto a su idoneidad abstracta, pero infructuosos en concreto para asegurar la finalidad perseguida (Zavala de González, 2015).

Para arribar a una solución preventiva que se ajuste a los parámetros predefinidos por el CCyC hay que reconocer, a priori, la pluralidad y heterogeneidad de los elementos a considerar. La base para esta consideración por parte del juez debe ser tridimensional: social, normativa y axiológica. Así, habrá que analizar los hechos, las circunstancias, el impacto social, las personas involucradas (distribuciones y adjudicaciones), el alcance del daño, la trascendencia y las probabilidades de reiteración (*sustrato social*).

El juez también deberá tener en cuenta la naturaleza de los derechos involucrados, el encauce procesal, las medidas procesales alternativas, las etapas y las clases de procesos (*sustrato normativo*).

Y, juntamente con todos estos aspectos, deberá propiciar soluciones justas, que atiendan a los valores subyacentes en una comunidad, considerar el principio de no dañar a otros y el deber de prevención general que recae sobre todas las personas (*sustrato axiológico*).

El análisis de las sentencias en base a la consideración de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para la adopción de la solución preventiva y, la ausencia de valoración de dichos elementos en la jurisprudencia analizada, daría cuenta de que es difícil encontrar parámetros que permitan identificar cual es la medida (o decisión) “menos restrictiva” y el “medio más idóneo” para resolver los casos y obtener la finalidad preventiva.

La naturaleza de los derechos involucrados, la trascendencia o el impacto del daño a prevenir, la mayor o menor onerosidad de la medida, las probabilidades de la persona obligada a cumplir y los recursos para la prevención podrían considerarse como parámetros o indicadores del cumplimiento de aquellos criterios.

Para la adopción de la decisión preventiva en base a estos parámetros, podría postularse que los jueces, tomando en consideración los criterios del CCyC, adopten un enfoque tridimensional como método de abordaje para resolver los casos y para la búsqueda de una solución justa y eficaz, que, al mismo tiempo, se ajuste a las demandas y a la complejidad de la realidad actual.

Esto permitiría una aproximación abarcativa y completa de los casos que sea compatible con el rol del juez como encargado del funcionamiento normativo y como responsable de la distribución y adjudicación del deber de prevención.

§ 8. Categoría justificación de la sentencia preventiva del daño.

La justificación de la sentencia preventiva es otro de los aspectos relevantes de la tutela preventiva del daño porque le otorga legitimidad para el cumplimiento y ejecución de la medida preventiva y fuerza de convicción en la persona obligada a prevenir.

Al mismo tiempo, le otorga confianza a la persona que busca obtener la protección de sus derechos, a la comunidad en que se inserta y trasciende la decisión preventiva.

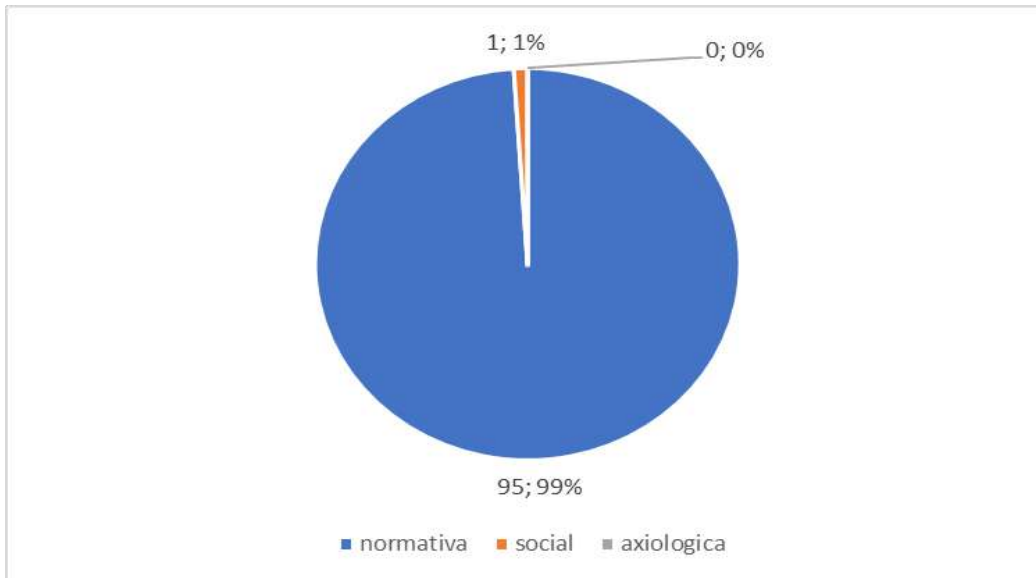
Esta categoría de análisis mostró la mayor o menor preponderancia de elementos sociales, normativos y axiológicos en las razones alegadas por los jueces para justificar la decisión preventiva.

El exhibió un 99 % de sentencias que priorizaron lo normativo (95 sentencias) y una única sentencia en la cual las razones alegadas priorizaron lo social. Al mismo tiempo, no se registraron sentencias con prevalencia en lo axiológico (Cuadros n° 25 y 26).

Cuadro n° 25: justificación social, normativa y axiológica de las sentencias expresada en cantidades

social	normativa	axiológica
1	95	0

Cuadro n° 26 : justificación social, normativa y axiológica de las sentencias expresada en porcentajes



Sin embargo, algunas sentencias relevadas presentaron matices de justificación y fue posible identificar combinaciones entre razones alegadas con preponderancia normativa-social y normativa-axiológica. Estas sentencias también mostraron aspectos sociales y axiológicos en la justificación de la decisión aunque con prioridad en lo normativo. Algunos ejemplos de esta tipología de sentencias son “Zabaloy”, “Espil” y “Barrio Padre Mugica”.

En “Zabaloy” se priorizó la salud de quienes concurrían a una escuela rural y eran afectados por fumigaciones en los campos circundantes teniendo en consideración el impacto en la comunidad.

En “Espil” se priorizó evitar que otras personas pudieran ingresar al predio en el que se ubicaba una laguna en la que falleció una persona. En “Zabaloy” y en “Espil” la justificación de la decisión se basó, prioritariamente, en elementos normativos pero también en el respeto del deber general de prevenir el daño derivado del principio axiológico de no dañar a otros.

En “Barrio Padre Mugica” el elemento social de la justificación de la decisión es el predominante y en base a este es que el juez determina la necesidad de realizar un plan de trabajo que adecue la infraestructura edilicia del complejo barrial a los

protocolos de seguridad de viviendas. El juez priorizó la comunidad, la vida y la salud de los habitantes del lugar en modo integral y la trascendencia de la decisión sin considerar únicamente a los aspectos normativos.

El elevado porcentaje de la justificación de la decisión judicial en base a las normas reveló un grado de mayor determinismo normativo de las sentencias. En efecto, de los datos extraídos podría considerarse que para la tutela preventiva los jueces alegan razones basadas en el encuadre jurídico del caso y en la regulación normativa de la prevención del daño.

No obstante, en el contexto actual en el que el nivel de abstracción que suponen las normas generales se contraponen, en mucho, a las bases culturales de la época, y en el que los cambios son vertiginosos y hay un acelerado avance de normas generales indeterminadas (Chaumet, 2003) se requiere un abordaje de análisis y metodológico que considere lo social, lo normativo y lo axiológico. Mas aun si lo que se pretende es formalizar normas imprecisas o incompletas y también principios de reparto que reclaman normas para que puedan empezar a funcionar.

En este contexto, gana espacio la idea de la operatividad decisoria y de que se le reclama al juez, como encargado del funcionamiento su determinación, aun en los casos de omisión que marcan un profundo cambio en el rol de los jueces, y se constituye en una de las principales causas que hacen a la dificultad en el descubrimiento y la justificación de la decisión (Chaumet, 2003).

La sentencia preventiva (en su condición de reparto) está justificada en la medida que la sociedad en la que se inserta la estima como digna de ser repetida. La justificación de la sentencia impacta fuertemente en la idea de prevención, no solo en la persona obligada al deber preventivo sino a la sociedad toda a la cual, directa o indirectamente, beneficia con la prevención del daño. Desde este punto de vista el reparto judicial está justificado cuando resulta inserto en el tejido fáctico y axiológico de la sociedad de que se trate.

El relevamiento evidenció un elevado porcentaje de justificación normativa de las sentencias. El encuadre normativo, en sí mismo, no es una alternativa negativa para la

justificación pero si la decisión omite considerar el contexto social en el que se inserta y los valores que subyacen en la sociedad a la que se dirige, difícilmente pueda consolidarse y convertirse en una decisión justificada con fuerza de convicción de su cumplimiento, ejecución y eficacia.

La justificación influye en la eficacia porque si la decisión no convence o persuade a la persona obligada de que la cumpla difícilmente pueda ser una sentencia eficaz. Una sentencia eficaz es la que permite cumplir la finalidad preventiva por eso es tan importante su justificación.

La tutela preventiva en la jurisprudencia tiene mucho por reforzar. La responsabilidad preventiva tiene el potencial de convertirse en una importante herramienta para la solución de los casos que se judicializan por las situaciones (análogas o no) sobre las que se proyecta la prevención de un daño concreto.

Las decisiones a través de las que se concreta dicha tutela requieren reconocer la complejidad del fenómeno jurídico (aumentada por la pluralidad de fuentes), la necesidad de determinación (y en algunos casos elaboración) de normas que exigen mayor carga argumentativa y un abordaje normativo, social y axiológico de los casos a resolver para construir decisiones justificadas y eficaces con alto grado de convicción de la sociedad a la que están destinadas.

8.1. La eficacia de la sentencia preventiva del daño.

La justificación de la sentencia preventiva genera convicción en la persona obligada a prevenir que repercute en el grado de cumplimiento de dicha obligación. Si bien, para demostrar el grado real de eficacia habría que realizar un seguimiento del efectivo cumplimiento de las sentencias por parte de las personas obligadas, datos que no es posible extraer de este trabajo, si pueden mostrarse la diversidad de medios utilizados por los jueces para asegurar la eficacia de la sentencia preventiva.

Según las circunstancias del caso, procede su cumplimiento material compulsivo por la persona obligada, la ejecución a través de terceros, la imposición de sanciones conminatorias o disuasivas (astreintes y multas civiles) y la privación de beneficios económicos de los que detentaba el obligado por disposición estatal o convenio de partes, entre otras alternativas (Zavala de González, 2015).

Con este objetivo, se intenta evitar, en la medida de lo posible, que el cumplimiento de la sentencia se materialice mediante ejecuciones sustitutivas por terceros o por daños cuando el auxilio de la fuerza pública u otros recursos pueden lograr el acatamiento de una orden judicial desobedecida (Peyrano, 2013). El resultado práctico debe procurarse enfáticamente a fin de evitar la conversión del mandato originario en una indemnización dineraria sustitutiva (Zavala de González – González Zavala, 2011).

Así como las medidas preventivas pueden ser progresivas, también su infracción puede tornar progresivo un acrecentamiento del monto de sanciones conminatorias como astreintes o de multas civiles, a partir de la prolongación temporal de la actividad riesgosa o de la repetición de actos peligrosos que el juez prohibió.

Los datos extraídos evidenciaron una diversidad de medidas tendientes a lograr la “eficacia en la obtención de la finalidad” conforme lo establece el artículo 1713 del CCyC. Así, se pueden mencionar como ejemplos: la adecuación total de parámetros de seguridad, el desmalezamiento y limpieza de un terreno, la presentación de un plan de trabajo para cerramiento de un terreno con laguna, la realización de trabajos y control de gas, la prohibición de venta de productos usados como drogas, la incorporación de información del servicio en el menú, la recalificación profesional del empleado y la asignación de nuevas tareas, no fumigar en zonas linderas a la escuela, no realizar actos que entorpezcan el suministro de energía eléctrica, eliminación de publicaciones del muro de facebook, realización de tareas de impermeabilización de medianera, la formulación de un acuerdo conciliatorio entre partes para que indemnicen o vendan por la parte del terreno que deben devolver a los actores, exhortación al PL a que realice acciones debido a la dificultad interpretativa que presenta la Ley Nacional de Tránsito, entre otros (“Barrio Padre Mugica sobre Legajo de control”, 18/9/2015, “G., C. L. y otro

contra Superior Gobierno de Córdoba”, 9/9/2017, “E.M. I. y otro contra Apilar S.A.”, 17/11/2016, “N. C. V. y otros en riesgo”, 7/4/2017, “Zabaloy Ana Maria contra Marchi Luis Miguel”, 31/10/2019, entre otros).

Los datos obtenidos dieron cuenta de la diversidad de medidas preventivas adoptadas por los jueces para garantizar la prevención.

La sentencia de la tutela preventiva del daño, en la medida en que materializa el deber de prevención en el caso concreto, posee relevancia social y sentido axiológico y para cumplir con su objetivo preventivo es importante que sea eficaz.

Para que sea eficaz es necesario que los jueces realicen el abordaje de los casos teniendo en cuenta la dimensión social (para estudiar y comprender los hechos, los repartos y las adjudicaciones y la comunidad a la que se dirige la decisión preventiva), la dimensión normativa (para “hacer funcionar” las normas, contribuir a su determinación y su elaboración) y la dimensión axiológica (para construir decisiones justificadas que generen legitimidad y fuerza de convicción hacia quienes van dirigidas y que sean justas -las más justas posibles dentro de las diferentes alternativas- y que respeten los valores subyacentes en una comunidad).

La eficacia de la tutela preventiva del daño también se mide en función del grado de proporción en que ha sido concedida y denegada por los jueces desde su sanción por el CCyC y hasta la fecha de esta investigación.

La admisibilidad o el rechazo de la tutela permitieron medir, de algún modo, la aplicación de la tutela y su concreción en la realidad social a partir de su incorporación normativa.

Por esta razón se adoptó la *concesión* y la *denegación* como categorías de análisis de este trabajo con el objetivo de mostrar el estado de aplicación de la tutela por parte de los jueces y, en cierto modo, la eficacia de la captación normativa preventiva.

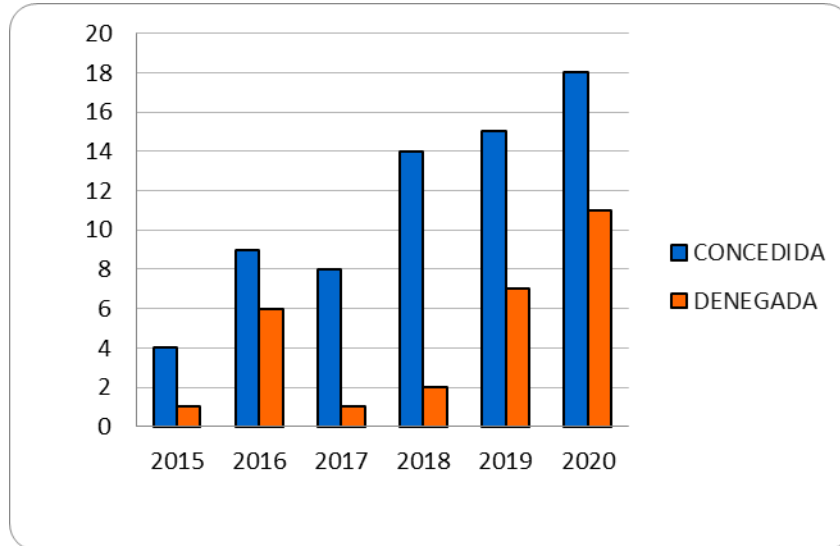
§ 9. Categoría tutela preventiva del daño: Concedida y denegada

En esta categoría los datos extraídos revelaron una tendencia mayor a admitir las pretensiones preventivas con relación a la cantidad que son rechazadas. Al mismo tiempo, se verificó una evolución en la admisibilidad a través de los años, a excepción del año 2016 que exhibió una disminución respecto al año 2015 (Cuadros n° 27, 28 y 29).

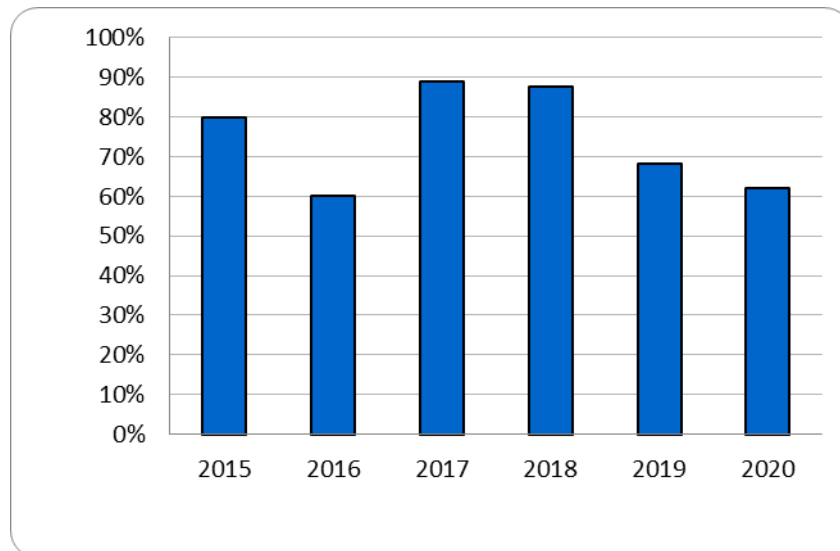
Cuadro n° 27: concesión y rechazo de pretensiones preventivas por año y expresadas en cantidades

año	demandas	concedidas	denegadas	porcentaje concesión
2015	5	4	1	80%
2016	15	9	6	60%
2017	9	8	1	89%
2018	16	14	2	88%
2019	22	15	7	68%
2020	29	18	11	62%
TOTAL	96	68	28	71%

Cuadro n° 28: concesión y rechazo de pretensiones preventivas por año expresadas gráficamente.



Cuadro n° 29: concesión y rechazo de pretensiones preventivas por año expresadas en porcentajes.



La proporción de demandas concedidas y rechazadas indicó que la ausencia de determinación y precisión normativa y procesal de la tutela preventiva no incidió en la articulación del instituto preventivo por parte de las personas. Los datos mostraron un aumento progresivo de demandas preventivas a través de los años que, al mismo tiempo, reflejó un mayor uso del instituto.

El 71 % de concesión de las demandas preventivas también permitió inferir un rol activo por parte de los jueces que se ha traducido en el trazado de los perfiles de la sentencia preventiva a través de las tareas de funcionamiento, determinación, interpretación y elaboración.

Si bien los datos obtenidos revelaron ausencia en la ponderación concreta de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo; en la medida en que fueron expresadas concretamente en las sentencias; los jueces resolvieron y superaron estos problemas adoptando una postura amplia en las alternativas y herramientas preventivas soslayando los requisitos. El relevamiento evidenció la ausencia de determinación y ponderación concreta de dichos criterios para resolver los casos, pero no reveló una disminución en la casuística ni repercutió en el uso del instituto preventivo.

No obstante, el elevado porcentaje de admisibilidad de demandas preventivas no implicó ni reveló la construcción de repartos justificados. La ausencia de razones que permitieran explicar la elección de una determinada medida sobre otras alternativas, igualmente posibles, y que pueden optarse como solución, sin revelar una valoración de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo, repercutieron en la construcción de sentencias justificadas.

Las sentencias revelaron, en general, una tendencia a ceñirse a los aspectos normativos y literales de la norma en detrimento de lo social y lo axiológico. Esto impactó en la forma en que se adjudican los repartos y en la fuerza de convicción de dicha adjudicación. Es probable que esto se explique por la consolidación de las características propias de la responsabilidad civil (evidencia de antijuridicidad, adjudicación de factores de atribución, compensación ceñida a indemnización en

dinero, entre otros) que no se corresponden con el instituto de la responsabilidad civil preventiva.

A pesar de esto, el aumento de demandas preventivas y su admisibilidad evidenciaron una receptividad y proyección positivas en el uso del instituto y perfilaron una muestra de sentencias preventivas superadoras de las indeterminaciones e imprecisiones normativas.

Si bien hay mejoras que realizar, como la determinación más precisa de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo, el alcance y precisión del elemento antijuridicidad, la construcción de un encuadre procesal específico de las demandas, y reforzar los elementos que sirven de base para construir decisiones justificadas, hay trabajo jurisprudencial realizado por el rol activo de los jueces ha contribuido a superar los obstáculos marcados por la normatividad.

CAPÍTULO VII

§ 10. Conclusiones.

10. 1. Alcances y delimitaciones de la sentencia preventiva del daño del Código Civil y Comercial en la jurisprudencia argentina (período 2015-2020).

Al inicio de este trabajo de investigación se formularon hipótesis sobre el funcionamiento de la tutela preventiva del daño en las sentencias de la jurisprudencia argentina entre los años 2015 y 2020 con el objetivo de mostrar los perfiles, alcances y delimitaciones de las sentencias preventivas.

Las hipótesis formuladas expresaban que:

(i) La ausencia de delimitaciones concretas acerca de la sentencia de la acción preventiva del daño disminuye el uso de la tutela preventiva del daño.

(ii) La imprecisión del término ponderación y la indefinición de los criterios de menor restricción posible y medio más idóneo, como pautas para la sentencia de la acción preventiva, dificultan la aplicación de soluciones preventivas por parte de los jueces.

El trabajo de investigación desarrollado y la constatación de las hipótesis mencionadas permitirían determinar:

(i) si persisten los paradigmas clásicos (apego a la antijuridicidad formal y anclaje en daños ya ocurridos) en la forma en que los jueces resuelven las demandas preventivas.

(ii) si a pesar de esa persistencia, y a tenor de la amplitud dada por el legislador, la jurisprudencia muestra flexibilidad y adaptación a casuísticas heterogéneas, con ejemplos variados de aplicación de la tutela preventiva del daño y con las herramientas procesales disponibles que permitan encuadrar y canalizar la acción preventiva del daño.

(iii) si en el estado actual de la jurisprudencia, esa combinación de flexibilidad y heterogeneidad derivó en la carencia de criterios sistemáticos que suplan las indefiniciones normativas del legislador, lo cual explicaría y a la vez consolidaría la permanencia de los paradigmas clásicos de la responsabilidad civil en la forma de resolver las demandas preventivas.

(i) Con relación a las hipótesis formuladas se verificó que:

1. En la tutela preventiva la trascendencia de los daños es mayor (sean individuales o colectivos) porque los intereses comprometidos y las derivaciones perjudiciales de su lesión tienen un alcance superior derivado del deber general de prevención que comprende a todas las personas.

2. El alcance de la protección preventiva deriva de la solidaridad social que subyace del deber de prevención general que impone prevenir comportamientos antisociales e injustamente lesivos, aunque reporten ventajas individuales, y opera hacia los damnificados eventuales y entre los mismos dañadores.

3. Los jueces resuelven los reclamos preventivos en función de las pretensiones y las normas aplicables, que interpretan, reformulan y sintetizan y en consideración de las relaciones entre las personas afectadas por la situación disvaliosa y las personas convocadas a responder. El relevamiento mostró que los

jueces se esfuerzan por adaptarse a la heterogeneidad y complejidad de los reclamos y para superar los obstáculos normativos.

4. La vulneración del deber de prevención regulado en el artículo 1710 del CCyC, y que origina el reclamo preventivo, se circunscribió a *no agravar* el daño en el 76 % de las demandas articuladas mientras que el supuesto referido a *evitar el daño* representó el 24 % de los reclamos preventivos. La hipótesis referida a adoptar medidas tendientes a evitar o disminuir el daño no se verificó como objeto de la pretensión preventiva. En estos casos la tutela preventiva continúa judicializándose en base a los parámetros generales de la responsabilidad civil resarcitoria que conecta al responsable, previamente individualizado con el daño, y requiere la existencia de un factor de atribución.

5. La tutela preventiva no requiere un factor de atribución para el reclamo, pero la praxis judicial demostró que solo se reclama preventivamente cuando es posible vincular el daño con la persona incumplidora y que vulnera el deber de prevención, de ahí que solo se reclame para “evitar el daño” y para “no agravarlo”. Al mismo tiempo, los supuestos “evitar el daño”, “no agravarlo” y de “adoptar medidas tendientes a evitar o disminuir el daño” operan como encuadre de la pretensión preventiva y como parámetros para definir y delinear la obligación preventiva y el alcance dado en la sentencia.

6. La pretensión preventiva y la extensión de la obligación en base a los supuestos regulados por el artículo 1710 del CCyC exhibieron homogeneidad (los reclamos se encuadraron en “no agravar” y en “evitar el daño”); heterogeneidad (en los objetos sobre los cuales recaen los reclamos preventivos), inminencia (urgencia en obtener una respuesta favorable) e identificación del destinatario del deber preventivo (todas las sentencias muestran identificación de la persona obligada por la prevención preventiva).

7. El relevamiento también mostró que hay tres personas alcanzadas por el deber preventivo: el posible dañador (quien está obligado a evitar el daño o no agravarlo); el tercero (que no generó el peligro pero que tiene posibilidad de eliminarlo,

desviarlo o atenuar sus efectos) y la propia víctima (que no debe agravar el daño experimentado).

8. La ausencia de determinación y precisión normativa y procesal de la acción preventiva no repercute en el uso de la tutela preventiva por parte de las personas. El relevamiento mostró un 18 % de reclamos preventivos encuadrados en “acciones preventivas” (que fueron denominadas de ese modo por los reclamantes, pero no tienen un encuadre procesal específico); un 10 % y un 9 % de articulación de demandas preventivas a través de procesos comunes de daños y perjuicios y de medidas autosatisfactivas y un 5 % y un 6 % de medidas de no innovar, cautelares innovativas y amparo, respectivamente.

9. La ausencia de delimitaciones procesales del instituto de la tutela preventiva no interfiere en la confianza por parte de los abogados, auxiliares y jueces en dicho instituto y la diversidad de institutos procesales flexibiliza su utilización.

10. La variedad de institutos procesales a través de los cuales puede articularse la tutela preventiva delimita las distintas formas elegidas por las personas para articular la prevención. Al mismo tiempo, condicionan la decisión porque los repartos que hacen los jueces del deber de prevención son definidos por las distintas figuras procesales a través de las cuales se articula la pretensión preventiva y condicionan los objetos que se reparten.

11. Las acciones preventivas tienen el 71 % de concesión, superado por las acciones de daños y perjuicios en un 80 % y por los amparos que tienen un porcentaje de concesión del 100 %. Los datos mostraron que la ausencia de delimitación procesal de las acciones preventivas no es un obstáculo para que los jueces resuelvan la pretensión preventiva. El promedio de concesión total entre todos los institutos procesales fue del 71 %.

12. La falta de encuadre procesal para la articulación de la acción preventiva del daño influyó en la valoración que realizan los jueces sobre el requisito de verificación de “acciones u omisiones antijurídicas” del artículo 1711 del CCyC que es

desplazado por los requisitos procesales del instituto o herramienta procesal que se utilice para el encauce del reclamo preventivo.

13. Las acciones de daños y perjuicios y los amparos superaron al instituto preventivo del artículo 1711 del CCyC porque son herramientas consolidadas procesalmente, que tienen un encuadre jurídico específico, recepción normativa nacional y local y una amplia trayectoria de litigiosidad y permiten pretensiones de naturaleza preventiva. Al mismo tiempo, las cautelares innovativas, las medidas de no innovar y las medidas autosatisfactivas, que representan un 67 %, un 60 % y un 44 %, respectivamente, mostraron un porcentaje relativamente elevado de concesión. Son institutos con requisitos procesales específicos que son analizados por los jueces considerando la pretensión preventiva y la finalidad perseguida en cada caso.

14. La indefinición de formas específicas a través de las cuales se canalizan las demandas preventivas influye y determina las relaciones entre los repartos, los objetos del reparto y las redistribuciones. Asimismo, la canalización procesal dependió de otros factores como el tipo de daño que se intenta prevenir, los derechos vulnerados que intentaron protegerse, la finalidad perseguida, el alcance del deber de prevención y de la realidad y de las necesidades sociales que requieren respuesta previa a la generación del daño. La investigación también mostró que la ausencia de determinación procesal no tiene incidencia directa en la proporción de demandas preventivas ni en la cantidad de sentencias admisibles.

15. El CCyC dispone que la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento y no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución (art. 1711). Los datos mostraron que en 77 sentencias de las 96 relevadas se articularon demandas preventivas que se originaron por acciones antijurídicas que hacen previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento mientras que las omisiones representaron 19 sentencias.

16. Hay una mayor proporción de sentencias cuyo reclamo preventivo se origina en acciones antijurídicas. Esto significó que, cuando se reclama preventivamente el daño o la amenaza de daño, hay una conducta activa de una

persona que, según la persona reclamante, es la responsable de hacer cesar o modificar esa acción y del deber de prevención. Al mismo tiempo, estos reclamos preventivos delimitaron el marco de acción de los jueces frente a la antijuridicidad de la conducta puesto que aquellos deberán examinar si esta acción se verifica en la realidad y si es o no antijurídica.

17. Los reclamos por acciones antijurídicas fueron concedidos en un 69 % de los casos y tuvieron una receptividad importante, sin embargo, los reclamos originados en omisiones mostraron una concesión mayor que se eleva a un 79 %. De este modo, la tutela preventiva se activa en una proporción mayor de casos en los que el origen del daño deriva de conductas de omisión por parte de aquellas personas obligadas a prevenir.

18. Los datos revelaron que, frente a las acciones y omisiones antijurídicas los jueces tuvieron una postura receptiva que impactó positivamente en la admisibilidad de la tutela preventiva.

19. La ausencia de encuadre procesal concreto, si bien no condiciona la admisibilidad de la tutela preventiva, delimitó la interpretación judicial al igual que la pretensión que se origina en el reclamo por daños derivados de acciones u omisiones jurídicas. Los jueces elaboraron, redefinieron y determinaron los perfiles de la tutela preventiva.

20. La antijuridicidad es uno de los presupuestos de admisibilidad de la tutela preventiva y, si bien la normatividad preventiva parece determinar un perfil formal de la antijuridicidad, las sentencias relevadas mostraron perfiles disímiles de este elemento derivados de la interpretación que hacen los jueces en cada caso concreto que deben resolver.

21. El relevamiento evidenció tres criterios o posturas interpretativas adoptadas por los jueces alrededor del requisito antijuridicidad que fueron denominadas: *antijuridicidad formal* y *antijuridicidad material*; teniendo en cuenta si una conducta o acción es antijurídica por transgredir una norma (ley, reglamento, etc.) o por

infringir el deber general de prevención; y un tercer criterio que se denominó *antijuridicidad no valorada*.

22. La *antijuridicidad formal* reveló una ponderación del elemento por parte de los jueces teniendo en cuenta si el daño que motivó la pretensión preventiva infringió una norma jurídica; la *antijuridicidad material* mostró que, aunque el daño tenga origen en una causa que justifique su producción es injusto y vulnera el deber de prevención. La *antijuridicidad no valorada* exhibió que los jueces no hacen una valoración o ponderación del elemento y condicionan su decisión a la verificación de otros requisitos o circunstancias, aún en los casos en los cuales aparece textualmente la palabra “antijuridicidad” en las sentencias.

23. El relevamiento mostró 75 sentencias con antijuridicidad no valorada por los jueces, 18 sentencias que mostraron una valoración formal de la antijuridicidad mientras que en solo 3 sentencias la interpretación respondió a una valoración material de la antijuridicidad.

24. La valoración del presupuesto antijuridicidad forma parte de la tarea interpretativa de los jueces y condiciona el resultado de la tutela preventiva en la sentencia. Los datos revelaron que la ausencia de valoración de la antijuridicidad del daño impacta positivamente en su admisibilidad dado que, de las 75 sentencias en las que no se ponderó el requisito, la tutela preventiva fue admitida en 60 sentencias mientras que fue rechazada solo en 15. A la inversa, en los 21 casos en los que fue valorada (*antijuridicidad formal* y *antijuridicidad material*) fue rechazada en 18 casos, mientras que solo fue concedida en 3 casos que representan las sentencias de *antijuridicidad material*.

25. Los jueces tienen una importante tarea en su rol de conductores y repartidores para resolver y dar respuesta a los problemas que se le plantean y adecuar la ley teniendo en cuenta, entre otros elementos, sus palabras y sus finalidades. También corresponde admitir que la construcción y consolidación de los perfiles de la tutela preventiva no dependen únicamente de la regulación normativa y de los aportes de la doctrina, sino de la aplicación que hacen los jueces para lograr que funcione.

26. En base a la normatividad del artículo 1710 del CCyC referida al deber general de prevención puede determinarse que los perfiles de la antijuridicidad elaborados por la jurisprudencia derivan de la valoración que hacen los jueces de la infracción o transgresión a una norma jurídica (que surge del alcance otorgado al daño no justificado que no pudo evitarse, o sobre el que no se adoptaron medidas razonables para evitarlo o disminuirlo o no agravarlo) (antijuridicidad formal) y de la vulneración o infracción al deber general de prevención que deviene de la injusticia del daño o del daño que amenaza, aun cuando sea legítimo (antijuridicidad material).

27. Forma parte del perfil dado a la antijuridicidad el supuesto de la inexistencia de valoración del elemento. Las sentencias relevadas, que en su mayoría no valoraron ni mencionaron el presupuesto antijuridicidad, dieron cuenta de una concepción del presupuesto que se construye por oposición a la antijuridicidad formal pero que no muestra perfiles determinados. Al mismo tiempo, los jueces cuando valoraron la antijuridicidad en el caso concreto adoptaron una perspectiva formal de la antijuridicidad.

28. El abordaje formal del análisis de la antijuridicidad condiciona el resultado de la tutela preventiva y soslaya los casos en los que los daños no surgen necesariamente de actividades ilícitas o cuando el origen del daño es difuso pero genera menoscabos en los derechos de las personas que se concretan en daños injustos: hay actividades que aun siendo lícitas generan daños que corresponde prevenir y es necesario considerar supuestos en donde la antijuridicidad no se advierte nítidamente o es de muy difícil comprobación (como en supuestos donde se producen afectaciones a la dignidad humana, al honor, a la intimidad, entre otros) que deben ser apreciados con un esfuerzo mayor y priorizando el principio axiológico que interpela a no dañar a otros.

29. Es posible asignarle a la antijuridicidad un alcance distinto al meramente formal y que la ausencia de justificación derive también de la injusticia del daño. El sentido material asignado a la antijuridicidad exige mayores argumentos y justificación de la decisión por parte de los jueces y esto se contrapone con la cantidad de

sentencias en las cuales no se menciona ni se analiza el presupuesto antijuridicidad para la admisibilidad o rechazo de la pretensión preventiva.

30. La interpretación que realizan los jueces de la antijuridicidad delimita y condiciona la concesión o el rechazo de la tutela preventiva en la sentencia. De las 21 sentencias en que la antijuridicidad fue valorada, solo en 3 (antijuridicidad material) se concedió la tutela preventiva mientras que en las 18 sentencias restantes (antijuridicidad formal) la no verificación del presupuesto en el caso fue el argumento para denegarla.

31. Por el contrario, en las 75 sentencias en las que no hay valoración de la antijuridicidad la cantidad de demandas admitidas se mantuvo elevada (se concede la tutela preventiva en 60 sentencias) mientras que solamente se rechazó en 15 sentencias.

32. De la valoración que hacen los jueces de la *antijuridicidad en sentido material* derivó que:

i. no es necesaria la antijuridicidad formal. Alcanza con que la actividad sea riesgosa, amenazante y que el interés amenazado prevalezca sobre el amenazante. Así, si el riesgo no es socialmente útil puede ser impedido.

ii. la antijuridicidad es un concepto objetivo, no requiere la voluntad de la persona. Comprende lo prohibido por ley y aquellas conductas que surgen de la consideración armónica de lo contrario a la moral, las buenas costumbres y el orden público. De este modo, es antijurídica cualquier conducta ilegal o que vulnere el *alterum non laedere*.

iii. se refiere al daño causado por una acción no justificada. Cuando es además extracontractual, es atípica y deriva de la vulneración del deber general de conducta de no dañar a otros (de acción y omisión).

iv. hay un deber de actuar cuando la abstención de actuar genere abuso del derecho.

v. para analizar la antijuridicidad hay que tener en cuenta la regla y las excepciones alrededor del deber general de prevención. El art. 1710 CCyC del inciso a es la regla y el b proporciona las pautas de evaluación teniendo en cuenta que hay un derecho general a no actuar y que únicamente cuando se configure un abuso de ese derecho (se vincula con lo razonable y la buena fe) puede haber responsabilidad por omisión.

vi. la antijuridicidad puede derivar de la ilicitud o licitud con potencialidad dañosa del hecho generador. En principio, el hecho generador del daño deber ser ilícito, pero no está excluido el acto lícito con potencialidad dañosa, aunque debe valorarse más restrictivamente porque rige la presunción de admisibilidad.

vii. radica en la injusticia del daño que amenaza y, en consecuencia, debe ser analizada bajo el principio general de no dañar a otros.

33. La antijuridicidad material se perfila hacia la consideración de la injusticia del daño que amenaza y el deber de no dañar a otros y de la consideración armónica de las conductas o acciones contrarias a la moral, las buenas costumbres y el orden público.

34. La antijuridicidad formal que parece plasmar el CCyC, en su nivel lógico, se desplaza (a la vez que se reconstruye hacia una antijuridicidad material) hacia captaciones de repartos realizados que se materializan en las decisiones judiciales. La antijuridicidad comprende las conductas humanas prohibidas, injustas, ilícitas y que no solo refieren a aquellas que son contrarias a derecho.

35. Si el deber de prevención del daño es general, y la tutela del daño únicamente procede cuando la conducta dañosa vulnera una norma jurídica, no habría una obligación general de prevenir sino una obligación de no transgredir una norma jurídica para no generar daño. Esto explica por qué, en una amplia mayoría de sentencias, la antijuridicidad no es valorada por los jueces y cuando ello ocurre la proporción de concesión de la tutela preventiva es mayor.

36. Es posible construir un perfil de antijuridicidad que contemple que los jueces valoren el elemento teniendo en cuenta la conducta que transgrede una norma

jurídica y genera un daño y todas aquellas conductas que, aún lícitas, también pueden provocar menoscabos y que por ello son injustas. Las conductas injustas forman parte de lo jurídico del mismo modo que el incumplimiento de la prevención integra el deber general de prevenir.

37. La tutela preventiva requiere un abordaje comprensivo de estos aspectos y del repertorio de conductas o acciones generadoras de un daño en la medida que, si generan daño son injustas, y si son injustas son antijurídicas y transgreden el deber general de prevención.

38. La decisión preventiva, que se traduce en una sentencia, puede dictarse a solicitud de parte o incluso de manera oficiosa, puede ser provisoria o definitiva, su objeto radica en la imposición de eventuales obligaciones de dar, hacer o no hacer, se consigna la exigencia de ponderar los criterios de menor restricción posible para fundamentar la decisión que se adopte y el juez debe seleccionar los medios más idóneos para obtener eficazmente la finalidad perseguida.

39. La tutela preventiva permite la aplicación de un mandato preventivo que es una orden judicial oficiosa de carácter excepcional que se dispone en el marco de un proceso un judicial en el cual se ha tomado conocimiento de la posibilidad cierta de que se produzca, repita o agrave un daño. La decisión contenida en el mandato preventivo ordenado es susceptible de toda la gama de recursos que correspondan. Los datos obtenidos mostraron un 67 % de mandatos preventivos con decisiones cuyos efectos trascienden el caso concreto con el fin de evitar o prevenir daños futuros.

40. El mandato preventivo constituye una herramienta excepcional para el desempeño social de la labor de los jueces, pero requiere un ejercicio razonable y coherente que pueda traducirse en decisiones positivas que impacten en beneficio de la comunidad.

41. Los datos extraídos del relevamiento revelaron mandatos preventivos con las siguientes características: a) si bien lo habitual es que se trate de una actividad oficiosa por parte del juez, no hay inconveniente en que alguna de las partes (o ambas) sugieran algunas diligencias, por ejemplo, tendientes a evitar daño a terceros; b) puede

dictarse para las partes o para terceros ajenos al proceso y con efectos a las partes y a terceros; c) admite su dictado en todo tipo de procesos e independientemente de la materia de que se trate y los derechos que involucre; d) al dictarse en el marco de la prevención del daño le caben los criterios aplicables a la sentencia (menor restricción posible y medio más idóneo) y puede enrolarse en obligaciones de dar, hacer o no hacer; e) la finalidad del mandato preventivo debe ceñirse a evitar el daño, o que este empeore o se extienda si ya se produjo o está produciendo efectos.

42. El mandato preventivo no afecta el principio de congruencia porque, cuando el órgano jurisdiccional se decide a incursionar en el ámbito del mandato preventivo, es en realidad una nueva instancia, muy diferente a aquella que le sirve de marco. Son dos procedimientos autónomos, susceptibles cada uno de toda la gama recursiva (recursos ordinarios, extraordinarios) correspondiente y que no se influyen uno sobre otro. La sustanciación independiente determina que, en principio, en su interior, el ejercicio del plexo de atribuciones judiciales resulte pleno.

43. Existe una responsabilidad social que le incumbe al juez, cuyos mandatos a las partes o a los funcionarios públicos suelen ser el medio más idóneo para resolver el problema, y que no puede ser reemplazado por otras vías. De lo contrario, se lo constriñe a permanecer inerte hasta que acontezca otro daño irreparable similar, que a su vez provoque otra acción resarcitoria, con dispendio de actividad y resultado adverso a la solidaridad pues se volvería a condenar por daños que pudieron y debieron evitarse.

44. La decisión puede ser dictada de modo provisorio (medidas cautelares típicas) o definitivo (sentencias definitivas), principal (es decir autónoma, como las medidas autosatisfactivas) o accesorio (como la tutela preventiva), a pedido de parte o de oficio, en un proceso ya iniciado (juicio ordinario o sumario) o promovido solo a esos efectos (como las medidas autosatisfactivas), otorgándole al juez amplias facultades. Existen numerosas herramientas que son utilizadas para desplegar políticas precautorias y preventivas y que se trasladan a los procesos judiciales o a tramitaciones administrativas con tales objetos. Sobre esa base, hay “grados” de medidas que

abarcen desde el estudio intensivo de un problema hasta la prohibición de una determinada actividad.

45. El relevamiento mostró una tendencia mayoritaria a la adopción de medidas definitivas por parte de los jueces en relación con las medidas transitorias. Las medidas definitivas abarcaron el 79 % mientras que las transitorias representaron el 21 %. La mayor cantidad de medidas definitivas se justifica con el daño que se intenta evitar y su ejecución, prolongación o no reiteración. Las medidas definitivas se identifican con una mayor y mejor cobertura del riesgo potencial del daño que las medidas provisionales y permiten asegurar con mayor eficacia la finalidad preventiva.

46. Al mismo tiempo, si bien pueden asociarse con mayores restricciones y exigencias para aquellas personas sobre las cuales recae el deber de prevención, permiten garantizar, con un grado mayor de éxito, la prevención del daño al excluir o eliminar el hecho dañoso en forma inmediata a través de su aplicación. Las medidas transitorias, al contrario, requieren plazos de ejecución que suelen prolongarse.

47. Las obligaciones de dar, hacer o de no hacer constituyen un elemento fundamental de la sentencia preventiva porque permiten perfilar el deber preventivo y establecer el alcance de la prevención.

48. Los datos extraídos del relevamiento dieron cuenta de que, de un total de 96 sentencias relevadas, hubo 92 sentencias en las cuales los jueces impusieron obligaciones de hacer, 3 en las que se dispuso obligaciones de no hacer y 1 en la cual se impuso una obligación de dar. El resultado obtenido mostró que, en la mayoría de los casos, la prevención se tradujo en conductas específicas de hacer o no hacer por parte de la persona obligada que están vinculadas a la actividad dañosa o a la forma en que se desarrolla.

49. El deber de prevención se perfila, en su mayoría, a través de obligaciones de hacer que representan la mayor proporción de sentencias. Las personas obligadas por la prevención están en condiciones de realizar las conductas indicadas en la decisión que se traducen en acciones concretas marcadas por la versatilidad,

flexibilidad y heterogeneidad. Estos caracteres también derivan de la naturaleza de los reclamos preventivos.

50. La falta de adjudicación de obligaciones de dar indica que los jueces asocian a esta clase de obligaciones con los paradigmas clásicos de la responsabilidad civil. Las obligaciones de dar pueden considerarse una clase de compensación, similar al resarcimiento y las circunstancias fácticas también limitan la decisión. El inciso b del artículo 1710 del CCyC que establece el deber de toda persona de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud contiene los lineamientos de las obligaciones de hacer que pueden ser considerados por el juez para definir la decisión preventiva y el alcance del deber de prevención.

51. El CCyC regula ciertas directivas que guían la decisión preventiva que han sido denominadas como los criterios de “menor restricción posible” y del “medio más idóneo”, a las que corresponde adicionar “la mayor eficacia de la medida” y la “obtención de la finalidad perseguida” que están incluidas en la regulación del contenido de la sentencia (art. 1713).

52. Las directivas que guían a la decisión preventiva deben cumplir con parámetros de razonabilidad, así el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una “decisión razonablemente fundada” (art. 3, CCyC).

53. Los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo requieren un juicio de ponderación que se impone como paradigma dominante dentro de la comunidad jurídica. Este nuevo paradigma implica el traspaso del modelo de subsunción de reglas al de la ponderación de principios. La sentencia que admite la acción preventiva debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (art. 1713, CCyC).

54. La “ley de la ponderación” implica que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. La tarea de *ponderar* es compleja en la medida en que requiere evitar que la discrecionalidad en la interpretación y la resolución de los casos se

convierta en arbitrariedad. A la vez, no puede convertirse en el resultado de una actividad subjetiva y particularista.

55. Los datos extraídos de las 96 sentencias relevadas dieron cuenta de que solo en 7 de ellas es posible identificar una relativa ponderación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo. En las demás sentencias, las razones alegadas que justifican la decisión tienen motivación en una pluralidad de argumentos pero no mencionan, en sentido estricto, los criterios de ponderación que determina el CCyC.

56. La escasez de sentencias en las que se advierte en forma concreta la ponderación de los criterios por parte de los jueces pueden explicarse porque el razonamiento que deriva del juicio de ponderación responde a una labor intelectual vinculada a un proceso lógico racional que se produce en el fuero interno del intérprete. Es un proceso intelectual que debe realizar el juez para resolver los casos y puede no estar expuesto en la escritura de la sentencia.

57. Las razones alegadas deben traducir y transparentar el proceso intelectual que fundamenta y le otorga legitimidad a la decisión judicial y fuerza de convicción a quien se dirige. En esto radica la verdadera dificultad de concretar el juicio de ponderación y de construir una decisión razonablemente fundada (art. 3, CCyC).

58. La exigencia de ponderación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo evidencia que las normatividades constituyen una herramienta fundamental para la construcción de la decisión judicial pero, en general, no suelen dar la respuesta al caso concreto. Algunas razones de ello son los problemas vinculados a la indeterminación de los conceptos y a la vaguedad y ambigüedad del lenguaje. Los jueces deben buscar la respuesta que mejor se adapte al caso, identificarla, determinarla, perfilarla a través de la tarea de interpretación e intentar que sea la más justa posible dentro de todas las respuestas posibles porque en eso consiste la discrecionalidad judicial.

59. La aplicación del juicio de ponderación no está exenta de complejidad y esto explica por qué no es posible extraer (o visibilizar) en las sentencias relevadas la

ponderación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para adoptar la decisión preventiva.

60. El método de la ponderación puede no estar presente o visibilizarse en la construcción y el contenido de la decisión judicial, pero es importante justificar *por qué* se llega a determinada decisión y *cómo* se seleccionan los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo.

61. La ausencia de justificación de una decisión judicial puede llevar a que se “pondere” sin hacer referencia a los postulados que la teoría de la ponderación propone o soslayando la indeterminación de los principios constitucionales sin que las razones alegadas de la decisión den cuenta de *por qué* se opta por una opción y no por otra. Esto lleva a que, bajo la invocación de palabras como ponderación (a las que a veces se le agrega la proporcionalidad y que en realidad remiten a métodos de interpretación jurídica de base intelectualista), se esconda un juicio de valor subjetivo. Ello repercute en el funcionamiento y favorece la formación de decisiones contradictorias que pueden contener sesgos de arbitrariedad.

62. Las sentencias relevadas dieron cuenta de la diversidad, de la complejización y heterogeneidad de los casos, que se originan a partir de pretensiones también complejas y heterogéneas que los jueces deben valorar ante la ausencia de criterios estandarizados o predeterminados para la justificación de las decisiones preventivas. A esta complejización y heterogeneidad se le suma que la normatividad del derecho está preferentemente estructurada sobre reglas indeterminadas, principios y directrices (la ponderación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo son un ejemplo de ello) y que las adjudicaciones judiciales deben concretar las exigencias constitucionales y los principios que surgen de las demás fuentes.

63. En la prevención del daño, es aún más necesario asumir que la complejidad de un caso constitucionalizado implica necesariamente asumir el análisis de su dimensión sociológica. La ponderación de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para lograr la finalidad preventiva solo son posibles desde el análisis de la dimensión sociológica que permite entender con plenitud los aspectos normológicos y axiológicos de una decisión judicial.

64. La ponderación de los criterios de menor restricción posible y del medio más idóneo constituyen un parámetro útil para resolver los casos de tutela preventiva, pero son insuficientes si se los considera aisladamente sin tener en cuenta los hechos y los aspectos axiológicos del caso.

65. Las sentencias relevadas mostraron una casuística compleja y esta complejidad se manifiesta principalmente en el relacionamiento de las normas con la realidad social. Cuando el juez toma una decisión con normas interesa saber en qué medida reflejan esa realidad porque esto influirá en el grado de cumplimiento de esas normas.

66. Para la decisión preventiva, la interpretación, que pretende averiguar la auténtica voluntad de los autores de las normas, es insuficiente y requiere de la determinación cuando los jueces superan ese marco y también de la elaboración cuando se apartan del marco de posibilidades normativas. El juez es el verdadero adjudicador del deber de prevención y para ello requiere valorar no solo el derecho, sino los hechos en su contexto social y los valores que subyacen dentro de una comunidad determinada.

67. Como resultado de la ponderación de los criterios, la decisión preventiva no solo tiene que ser la menos restrictiva para el caso y el medio elegido para la prevención el más idóneo, sino que debe ser la mejor decisión dentro de las distintas decisiones alternativas posibles y ello involucra una valoración axiológica.

68. Es necesario entonces que el juez, como repartidor del deber preventivo, y con las herramientas que le provee la normatividad, reexamine los aspectos del paradigma dominante y aborde la casuística desde su dimensión social, normativa y axiológica.

69. El criterio de menor restricción posible puede identificarse con el camino más factible y menos oneroso, debe priorizarse la adopción de medidas que permitan evitar o disminuir los factores de riesgo o generadores del daño sobre la prohibición de la actividad o el emprendimiento.

70. Se propicia que se adopten medidas para suspender la actividad generadora del daño hasta que se eliminen los elementos con riesgos dañosos o exigir, en forma previa o alternativa, que se completen constataciones e investigaciones para identificar los elementos que subyacen en una situación de peligro.

71. La medida que se adopte y que sea la menos restrictiva posible para el caso deberá responder a las siguientes directivas:

viii. Las órdenes preventivas impartidas deberán respetar la libertad de quienes ejercen regularmente sus derechos, sin abuso ni exceso, pues entonces el daño resultante deviene de un actuar legitimado por una causa de justificación (art. 1718, inc. a),

ix. Si las medidas son impropias o desmesuradas pueden paralizar o distorsionar actividades necesarias o útiles,

x. La magnitud de los costos preventivos o de precaución debe guardar proporcionalidad con los beneficios de eliminarlos o reducirlos. Procede equilibrar esos costos con la entidad de daños potenciales y con las ventajas de la persona obligada a prevenir y opera la noción de desarrollo sostenido o sustentable, que procura satisfacer necesidades económicas, sociales, culturales y ambientales de la actual generación, pero sin poner en peligro la satisfacción de las mismas necesidades a las generaciones futuras.

72. Las soluciones preventivas no implican evitar la producción de cualquier daño y a cualquier costo sino que deben evaluarse las directivas reseñadas para equilibrar la prevención frente al daño eventual a una persona responsable o a personas indeterminadas.

73. En las órdenes preventivas la selección de los medios más idóneos comprende el objetivo final y las técnicas procesales para lograrlo. Los medios más idóneos no siempre equivalen a los más gravosos y, si bien todos generan alguna medida de restricción para la persona responsable de prevenir, hay que priorizar aquellos que compatibilicen con la prevención de daños y con la actividad donde se originan los peligros que no debe ser coartada sino encauzada. Puede haber medios

excelentes en cuanto a su idoneidad abstracta, pero infructuosos en concreto para asegurar la finalidad perseguida.

74. El juez también deberá tener en cuenta la naturaleza de los derechos involucrados, el encauce procesal, las medidas procesales alternativas, las etapas y las clases de procesos.

75. El análisis de las sentencias en base a la consideración de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para la adopción de la solución preventiva y, la ausencia de valoración de dichos elementos en la jurisprudencia analizada, dió cuenta de que es difícil encontrar parámetros que permitan identificar cual es la medida (o decisión) “menos restrictiva” y el “medio más idóneo” para resolver los casos y obtener la finalidad preventiva. La naturaleza de los derechos involucrados, la trascendencia o el impacto del daño a prevenir, la mayor o menor onerosidad de la medida, las probabilidades de la persona obligada a cumplir, los recursos para la prevención podrían considerarse como parámetros o indicadores del cumplimiento de aquellos criterios.

76. Se postula que los jueces, tomando en consideración los criterios del CCyC, adopten un enfoque tridimensional como método de abordaje para resolver los casos y para la búsqueda de una solución justa y eficaz, que, al mismo tiempo, se aggieorne a la complejidad de la realidad actual. Esto permitiría una aproximación abarcativa y completa de los casos que sea compatible con el rol del juez como encargado del funcionamiento normativo y como responsable de la distribución y adjudicación del deber de prevención.

77. La justificación de la sentencia preventiva es lo que le otorga legitimidad para el cumplimiento y ejecución de la medida preventiva y fuerza de convicción en la persona obligada a prevenir. Al mismo tiempo, le otorga confianza a la persona que busca obtener la protección de sus derechos y a la comunidad en que se inserta la decisión y en la que trasciende la decisión preventiva.

78. La investigación mostró un 99 % de sentencias que priorizaron lo normativo que equivalen a 95 sentencias y una única sentencia en la cual las razones

alegadas priorizaron lo social. Al mismo tiempo, no se registraron sentencias con prevalencia en lo axiológico.

79. Algunas sentencias relevadas presentaron matices de justificación y se identificaron así combinaciones entre las razones alegadas con preponderancia normativa-social y normativa-axiológica. Estas sentencias también contienen un análisis de los aspectos sociales y axiológicos que permiten justificar la decisión aunque con prioridad en lo normativo.

80. La sentencia preventiva (en su condición de reparto) está justificada en la medida que la sociedad en la que se inserta la estima como digna de ser repetida. La justificación de la sentencia impacta fuertemente en la idea de prevención, no solo en la persona obligada al deber preventivo sino a la sociedad toda a la cual, directa o indirectamente, beneficia con la prevención del daño. Desde este punto de vista el reparto judicial está justificado cuando resulta inserto en el tejido fáctico y axiológico de la sociedad de que se trate.

81. El relevamiento mostró un elevado porcentaje de justificación normativa de las sentencias. El encuadre normativo en sí mismo no es una alternativa negativa para la justificación, pero es necesario que la decisión considere el contexto social en el que se inserta y los valores que subyacen en la sociedad a la que se dirige para convertirse en una decisión justificada con fuerza de convicción de su cumplimiento, ejecución y eficacia.

82. La justificación influye en la eficacia porque si la decisión no convence o persuade a la persona obligada de que la cumpla, difícilmente pueda ser una sentencia eficaz. Una sentencia eficaz es la que permite cumplir la finalidad preventiva por eso es tan importante su justificación.

83. La tutela preventiva, tal como se muestra a partir del análisis del relevamiento de las sentencias en esta investigación, tiene mucho por reforzar. La responsabilidad preventiva tiene el potencial de convertirse en una importante herramienta para la solución de los casos que se judicializan por las situaciones (análogas o no) sobre las que se proyecta la prevención de un daño concreto.

84. Las decisiones a través de las que se concreta dicha tutela requieren reconocer la complejidad del fenómeno jurídico (aumentada por la pluralidad de fuentes), la necesidad de determinación (y en algunos casos elaboración) de normas que exigen mayor carga argumentativa y un abordaje no solo normativo sino social y axiológico de los casos a resolver para construir decisiones justificadas y eficaces con alto grado de convicción de la sociedad a la que están destinadas.

85. Las medidas preventivas pueden ser progresivas y también su infracción puede tornar progresivo un acrecentamiento del monto de sanciones conminatorias como astreintes o de multas civiles, a partir de la prolongación temporal de la actividad riesgosa o de la repetición de actos peligrosos que el juez prohibió.

86. La sentencia de la tutela preventiva del daño, en la medida en que materializa el deber de prevención en el caso concreto, posee relevancia social y sentido axiológico y para cumplir con su objetivo preventivo es importante que sea eficaz. Para que sea eficaz es necesario que los jueces realicen el abordaje de los casos teniendo en cuenta la dimensión social (para estudiar y comprender los hechos, los repartos y las adjudicaciones y la comunidad a la que se dirige la decisión preventiva), la dimensión normativa (para “hacer funcionar” las normas, contribuir a su determinación y su elaboración) y la dimensión axiológica (para construir decisiones justificadas que generen legitimidad y fuerza de convicción hacia quienes van dirigidas y que sean justas -las más justas posibles dentro de las diferentes alternativas- y que respeten los valores subyacentes en una comunidad).

87. La investigación mostró una tendencia mayor a conceder las pretensiones preventivas con relación a la cantidad que son rechazadas. Al mismo tiempo, se verificó una evolución en la admisibilidad a través de los años, a excepción del año 2016 que exhibió una disminución respecto al año 2015.

88. La proporción de demandas concedidas y rechazadas indicó que la ausencia de determinación y precisión normativa y procesal de la tutela preventiva no incide en la articulación del instituto preventivo por parte de las personas. Los datos mostraron un aumento progresivo de demandas preventivas a través de los años que, al mismo tiempo, reflejaron un mayor uso del instituto.

89. El 71 % de concesión de las demandas preventivas reveló un rol activo por parte de los jueces que se tradujo en el trazado de los perfiles de la sentencia preventiva a través de las tareas de funcionamiento, determinación, interpretación y elaboración.

90. No obstante, el elevado porcentaje de admisibilidad de demandas preventivas no implicó la construcción de repartos justificados. La ausencia de razones que permitan explicar la elección de una determinada medida sobre otras alternativas, igualmente posibles, y que pueden optarse como solución, sin revelar una valoración de los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo repercutió en la construcción de sentencias justificadas.

91. Las sentencias revelaron, en general, una tendencia a ceñirse a los aspectos normativos y literales de la norma en detrimento de lo social y lo axiológico. Esto impacta en la forma en que se adjudican los repartos y en la fuerza de convicción de dicha adjudicación. A pesar de esto, el aumento de demandas preventivas y su admisibilidad evidenciaron una receptividad y proyección positivas en el uso del instituto y perfilaron una muestra de sentencias preventivas superadoras de las indeterminaciones e imprecisiones normativas.

10.2. Consideraciones finales sobre los perfiles y delimitaciones de la sentencia preventiva del daño.

El trabajo de investigación mostró el perfil de la tutela preventiva construida por la jurisprudencia argentina entre los años 2015 y 2020 y permitió concluir que la ausencia de determinación y precisión normativa y procesal de la acción preventiva no repercute en el uso reducido de la tutela preventiva por parte de las personas.

También se verificó que la imprecisión de los elementos antijuridicidad, ponderación, menor restricción posible y medio más idóneo, si bien han sido superados y perfilados por los jueces, no logran constituir repartos justificados.

El perfil jurisprudencial de la tutela preventiva reveló que;

- persisten los paradigmas clásicos de apego a la antijuridicidad formal y de anclaje en daños ya ocurridos que se identifican con la responsabilidad civil resarcitoria. Esto se advirtió al analizar las categorías antijuridicidad y deber de prevención que mostraron una tendencia de parte de los jueces a no valorar la antijuridicidad o a adoptar una postura formal y que la tutela preventiva, en la mayoría de los casos, se articula cuando el daño ya ocurrió y continúa produciendo efectos.
- al mismo tiempo, y a tenor de la amplitud dada por el legislador, la praxis judicial mostró flexibilidad y adaptación a casuísticas heterogéneas, con ejemplos variados de aplicación de la tutela preventiva del daño y con las herramientas procesales disponibles que permiten encuadrar y canalizar la acción preventiva del daño.

El estado de la jurisprudencia argentina en el periodo 2015-2020 reveló que la labor judicial de determinación y especificación adjudicativa, ejercitada para responder a un contexto de flexibilidad y heterogeneidad casuística, permitió superar las indefiniciones normativas del legislador. El juez queda encargado de definir los perfiles del deber de prevención y ello requiere valorar el derecho, los hechos en su contexto social, y los valores que subyacen dentro de una comunidad determinada.

Es importante observar que la jurisprudencia debe afinar y desarrollar con mayor determinación los elementos *antijuridicidad*, la forma en que pondera los criterios de *menor restricción posible* y de *medio más idóneo*, y el encuadre procesal específico para la articulación de demandas. Además, se subraya la necesidad de superar los paradigmas clásicos de la responsabilidad civil resarcitoria y comprender que puede articularse anticipadamente al daño. Aún con estas advertencias se advierte que la

jurisprudencia analizada, con apoyo en las elaboraciones y proyecciones doctrinarias, ha contribuido considerablemente a la consolidación de la *tutela preventiva*.

Por eso, entre los temas que requieren mayor atención en la tutela preventiva se destaca la tarea de justificación de las sentencias de parte de los jueces que deben poseer cualidades científico técnicas que les permitan construir sentencias justificadas y deben estar especialmente calificados para conocer el impacto y trascendencia de sus decisiones. Si esto se cumple, las personas sobre las cuales recaerá la decisión preventiva y aquellas a las que trasciende la decisión, estarán particularmente calificadas para cumplir con la sentencia y esto contribuirá a una mayor legitimidad y eficacia de la decisión preventiva.

Además, la prevención del daño tiene proyección comunitaria y solidaria porque las decisiones preventivas pueden trascender el caso concreto y evitar la reiteración de nuevos daños.

La prevención del daño permite dar respuesta anticipada a los eventuales menoscabos y eliminar sus efectos y se despliega en deberes concretos de impedir perjuicios injustificados que recaen sobre todas las personas en condiciones para hacerlo.

Esta proyección comunitaria es una de las razones por la que se propicia un mayor desarrollo de la prevención del daño y la consolidación de la articulación de demandas preventivas en el entendimiento de que constituye una herramienta fundamental para la protección de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACCIARRI, H. (2013). Funciones del derecho de daños y de prevención LL, 2013-A.
2. ALEXY, R. (2008). Ponderación, Control de constitucionalidad y representación. LL, 2008 (F), 785-787.
3. ALEXY, R. (2005). Balancing, constitutional review and representation. *International Journal of Constitutional Law*, 3 (4), 572.
4. ALEXY, R. (1992). *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 161.
5. ALTERINI, A. A. (2010). *Perspectiva de la responsabilidad civil*. RCyS, 2010 (II).
6. ANDORNO, L. O. (1995). El denominado proceso urgente (no cautelar) en el Derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho Italiano. *J.A*, 1995 (II), 887.
7. ANDORNO, L. O. (2002). El principio de precaución: un nuevo standart jurídico para la era tecnológica. LL, 2002 (D), 1326.
8. ANDORNO, R. (2002). El principio de precaución: un nuevo standart jurídico para la era tecnológica. LL, 2002(D), 1326.
9. ARAZI, R. (2013). El afectado como legitimado activo en las acciones colectivas. LL, 2013-B.
10. ARAZI, R. (2016). La Tutela Preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación. En J. W. Peyrano & S. L. Esperanza (Eds.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación* (p. 321). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
11. ATIENZA, M. (2010). A vueltas con la ponderación. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 44, p. 46.
12. ATIENZA, M. (2005). *Teorías de la argumentación jurídica*. México.

13. AVALLE, D. A. (2005). De la reparación a la prevención del daño. JA, 2005(I), p. 1063
14. BARACAT, E. J. (2016). Herramientas procesales para la prevención del daño en el Nuevo Código Civil y Comercial. En J. W. Peyrano & S. L. Esperanza (Eds.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación (p. 321). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
15. BERNAL PULIDO, C. (2008). La racionalidad de la ponderación en el principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Serie Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, p. 44.
16. BERNAL PULIDO, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. Doxa, 26, 228.
17. BUERES, A. J. (1989). El daño y la ilicitud de la conducta. En Derecho de Daños, Libro Homenaje a Jorge Mosset Iturraspe (p. 141-160). Ediciones La Rocca.
18. CERUTTI, A., PLOVANICH, D., JUNYENT BAS, F., & LOUSTAU BIDAUT, F. (2011). Principios de prevención y precaución. Ponencia presentada a las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán).
19. CHAUMET, M. E. (2019). Los casos de derecho privado desde la perspectiva constitucional. En Derecho Privado del Siglo XXI, Tomo 1, Derecho Privado. Persona. (p. 188-196). Astrea.
20. CHAUMET, M. E. (2007). Los hechos y la complejidad de la decisión judicial. LL, 2007 (B), 1246.
21. CHAUMET, M. E. (2015). Perspectiva Trialista para la caracterización de los Casos Difíciles. Carpatacio n° 4, p. 16.
22. CHAUMET, M. E. (2017). Argumentación, Claves aplicables en un derecho complejo. Edit. Astrea.
23. CHAUMET, M. E. (2019). Los casos de derecho privado desde la perspectiva constitucional. En Derecho Privado del Siglo XXI, Tomo 1, Derecho Privado. Persona. (p. 188-196). Astrea.

24. CHAUMET, M. E. (2019). Los casos de derecho privado desde la perspectiva constitucional. En Derecho Privado del Siglo XXI, Tomo 1, Derecho Privado. Persona. (p. 196-197). Astrea.
25. CIANCIARDO, J., & ROMERO, M. J. (2015). Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad. En Tratado de los derechos constitucionales, Tomo I, arts. 1708 a 1723 (p. 478-504). Alveroni Ediciones.
26. CIURO CALDANI, M. A. (1989). La responsabilidad por daños desde la filosofía del derecho. En F. A. Trigo Represas y R. S. Stiglitz (dirs.), Derecho de Daños, homenaje al Profesor Doctor Mosset Iturraspe (p. 328 y ss.). Edit. La Rocca.
27. CIURO CALDANI, M. A. (1998). Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales. Doxa, 21(2), 79 y ss.
28. CIURO CALDANI, M. A. (2001). El juez en el cambio histórico. LL, 2001-D-1150.
29. CIURO CALDANI, M. A. (2003). Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actualización de los jueces. Revistas del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, (27), 30 y ss.
30. CIURO CALDANI, M. A. (2004). Perspectivas trialistas para la construcción de los casos. LL, 2004-D-118 y ss.
31. CIURO CALDANI, M. A. (2015). Despliegues tácticos de teoría general del derecho de la constitución de 1853 y su reforma de 1860 y de los códigos civiles de 1869 y 2014. Revista de Investigación y Docencia del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario, (49), 84 y ss.; 131 y ss.
32. CIURO CALDANI, M. A. (2015). Acerca de la correspondencia entre tipos legales jusprivatistas internacionales y puntos de conexión. Juris, 5 (80), 298 y ss.
33. CIURO CALDANI, M. A. (2018). La crisis de la razón judicial en nuestro tiempo. JA, 1998-III-602 y ss.

34. CIURO CALDANI, M. A. (1989). Acerca de la correspondencia entre tipos legales jusprivatistas internacionales y puntos de conexión. *Juris*, 5 (80), 298-315.
35. CIURO CALDANI, M. A. (1989). La responsabilidad por daños desde la filosofía del derecho. En F. A. Trigo Represas & R. S. Stiglitz (Eds.), *Derecho de Daños, homenaje al Profesor Doctor Mosset Iturraspe* (pp. 328-345). Edit. La Rocca.
36. CIURO CALDANI, M. A. (1998). Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales. *Doxa*, 21(2), 79-102.
37. CIURO CALDANI, M. A. (2002). El juez en el cambio histórico. *LA LEY*, 2001 (D), 1150 - LLP 2002, 1058.
38. CIURO CALDANI, M. A. (2001). Proyecciones académicas del trialismo (disertaciones, comunicaciones y ponencias). Sobre la judicialidad, la judicialización y la desjudicialización. Nuevamente sobre la estrategia en la complejidad jurídica, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario.
39. CIURO CALDANI, M.A. (2019). Una teoría trialista del mundo jurídico. Rosario: FDER Edita.
40. CIURO CALDANI, M.A. (2019). Perspectivas trialistas para la construcción de los casos difíciles. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (27), 118-133.
41. COMPIANI, M.F. (2011). Principios de prevención y precaución en el Derecho de daños. Ponencia presentada a las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011).
42. Conclusión en minoría en las XXVI Jornadas de Derecho Civil, La Plata, 2017 (despacho C, Voto: URRUTI).
43. Conclusión por mayoría en las XXVI Jornadas de Derecho Civil, La Plata, 2017 (despacho A).

44. Conclusión por mayoría en las XXVI Jornadas de Derecho Civil, La Plata, 2017 (despacho B, Votos: MORENO; FARINA; LAMMANA GUIÑAZÚ; UBIRÍA; TORELLO; MORÓN; TAGLIANI; CENTENO; GATTO; PIZARRO; ROJAS; GOROSITO).

45. Conclusión unánime de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017.

46. Conclusión unánime en las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (octubre de 2011).

47. CURO CALDANI, M.A. (1987). Notas para un estudio sistemático de la antijuridicidad. Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, (8), 121-138.

48. DABOVE, M.I. (2015). Argumentación jurídica y eficacia normativa: hacia un sistema integral del funcionamiento del derecho. Dikaion, 24(1), 53-69.

49. DE LOS SANTOS M.A. (2014). Diferencias entre la medida autosatisfactiva y la cautelar. En J.W. PEYRANO (dir.), Medidas autosatisfactivas (p. 437-470). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

50. DE LOS SANTOS, M.A. (1997). Medida cautelar genérica. En J.W. PEYRANO (coord.) y otros, Tratado de las medidas cautelares (Vol. 4). Santa Fe: Panamericana.

51. DE LOS SANTOS, M.A. (2016). Vías procesales para deducir la pretensión preventiva. En J.W. PEYRANO (dir.) y S.L. ESPERANZA (coord.), La acción preventiva en el código civil y comercial de la Nación (p. 207-226). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

52. DE LOS SANTOS, M. A. (2014). Diferencias entre la medida autosatisfactiva y la cautelar. En J. W. Peyrano (Dir.), Medidas autosatisfactivas (2da ed. Ampliada y actualizada, T. I). Rubinzal-Culzoni.

53. DE LOS SANTOS, M. A. (2002). El amparo y la medida autosatisfactiva como vías procesales para la prevención del daño. Revista de Derecho Procesal, nro. 2002-2, Derecho Procesal de Familia -II.

54. DE LOS SANTOS, M. A. (2008). La sentencia anticipada. Revista de Derecho Procesal, nro. 2008-.1, Sentencia-II, Rubinzal-Culzoni.

55. DE LOS SANTOS, M. A. (2016). Vías procesales para deducir la acción preventiva. En J. W. Peyrano y E. S. L. (Dir.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación (p. 206). Rubinzal-Culzoni.

56. DE LOS SANTOS, M. A. (2005). Aspectos procesales de la restitución internacional de menores. En M. M. Córdoba (Dir.), Derecho moderno, Liber amicorum (T. I). Rubinzal-Culzoni.

57. DE LOS SANTOS, M. A. (2012). Las garantías constitucionales del proceso civil. En P. L. Manili (dir.), Tratado de Derecho Procesal Constitucional (T. I, p. 551). La Ley.

58. DE LOS SANTOS, M. A. (2010). Medida cautelar genérica o innominada. En J. W. Peyrano (dir.), Medidas cautelares (T. I, p. 573-594). Rubinzal-Culzoni.

59. ECHEVESTI, C. A. & STIGLITZ, G. A. (1991). La nueva categoría de análisis y la apertura a mecanismos de complementación de la responsabilidad civil. LL, 1991-A-772 y ss.

60. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2001). Apuntes sobre el daño a la persona. En G. A. Borda (Ed.), La persona humana (p. 21 y ss.). Editora "La Ley".

61. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (2000). La "antijuridicidad" como problema. Revista Lumen de la Facultad Femenina del Sagrado Corazón, 1(1), 4.

62. FOGLIA, R. (2013). Modificaciones a la Ley de Riesgo de Trabajo. LL, 2013-B.

63. GALDOS, J. M. (2015). Comentarios al art. 1713. En R. L. Lorenzetti (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado (T. VIII, arts. 1614 a 1881, p. 198-2010, 312-318 y 473-483). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

64. GALDÓS, J. M. (2015). La Responsabilidad civil, Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencial: arts. 1708 a 1780, CCCN, T. I. Sección 2º (pp. 198-210). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

65. GARBERI LLOBREGAT, J. (2008). El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Barcelona, España: Bosch.
66. GARRIDO CORBERÁ, L. M. (2020). La prevención del daño y el derecho de daños. En M. A. Ciuro Caldani, N. L. Nicolau y S. A. Frustagli (Dir.), Derecho Privado del Siglo XXI, Tomo 2, Obligaciones, Responsabilidad (p. 172-190). Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
67. GARRIDO CORDOBERA, L. M. (2008). El riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo, un punto de tensión en la aplicación de los principios del Derecho de Daños. *Revista de Derecho de Daños*, 2, 129-142.
68. GASCÓN ABELLÁN, M., & GARCÍA FIGUEROA, A. J. (2017). *La Argumentación en derecho* (3ª ed.). Perú: Palestra Editores.
69. GHERSI, C. A. (1988). *Teoría general de la reparación de daños*. Astrea.
70. GOLDSMIDT, W. (1978). *Introducción filosófica al derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. LexisNexis.
71. GOMEZ. (2001). Daños ocasionados por los medios de comunicación. *Fuero de Córdoba*, (68), 27 y ss.
72. GOZAINI, O. (2013). *Medidas cautelares contra el Estado*. LL, 2013-C.
73. GROSMAN, C. (2009). El artículo 1113 y el problema de los incentivos. *RCyS*, 2009-XI.
74. GUASP. *Derecho procesal civil*. En PALACIO, E. L. (segunda edición sexta reimpression), *Derecho Procesal Civil, T. I, Nociones Generales* (p. 368 y ss.). Abeledo-Perrot.
75. GUZMÁN. *Derecho a una sentencia motivada*. Cit, 230.
76. HERNÁNDEZ GIL. *Metodología de la ciencia del derecho* (p. 116 y ss.).
77. HERNANDEZ SAMPIERI, R. (2014). *Metodología de la investigación* (6ta ed.). McGRAW-HILL / INTERAMERICANA.

78. HERNANDEZ, C., & SOZZO, G. (2011). La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina. *Revista de Derecho de Daños*, (2), 361 y ss.

79. LOPEZ HERRERA, E. (2008). La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones. *Revista de daños*, 2008-2: prevención del daño, 193 y ss.

80. LORENZETTI, R. L. (2009). Responsabilidad civil en el caso de intereses individuales, individuales homogéneos y colectivos. *RCyS*, 2009-IV-233 y ss.

81. LORENZETTI, R. L. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo VIII, arts. 1614 a 1881, Título V, Otras funciones de las obligaciones, Capítulo I, Responsabilidad Civil, Sección 2da, Función Preventiva y Función Excesiva. Rubinzal-Culzoni.

82. LORENZETTI, R. L. (1995). La tutela civil inhibitoria. *LL*, 1995-C-1217 y siguientes.

83. LORENZETTI, R. L. (1997). La protección jurídica del ambiente. *LL*, 1997-E-4.

84. LORENZETTI, R. L. (2003). Fundamento constitucional de la reparación de daños. *LL*, 2003-C-1184.

85. LORENZETTI, R. L. (2003). La nueva ley ambiental. *LL*, 2003-C-1332.

86. LORENZETTI, R. L. (2008). *Teoría del derecho ambiental*. Edit. Thomson-Reuters.

87. LORENZETTI, R. L. (2013). La Tutela Inhibitoria. *L.L.*, 2013-D-1326.

88. MACHADO, J. D., & OJEDA, R. H. (2008). Prevención del daño. *Revista de Derecho de Daños*, 2008-2.

89. MARINONI, L. G. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Edit. Palestra.

90. MARINONI, L. G. (2010). Tutelas urgentes y tutelas preventivas. Edit. Communitas.
91. MENICOCCI, A. (1988). Complejidad y simplicidad en la conceptualización del derecho. Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía y Filosofía Social, n° 10, 43-57.
92. MORELLO, A. M. (1992). La cautela material. J.A., 1992-IV-314.
93. MORELLO, A. M. (1995). La cautela satisfactiva. J.A., 1995-IV-414.
94. MORELLO, C. A., & STIGLITZ, G. A. (1987). Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia. LL, 1987-D-364.
95. MORESO, J. J. (2003). Conflictos entre principios constitucionales. En E. Carbonell Sánchez (Ed.), Neoconstitucionalismo (s) (p. 99-122).
96. MOSSET-ITURRASPE, J. (2010). Responsabilidad extracontractual o por actos ilícitos. Revista de Derecho Privado y Comunitario, (15).
97. NAVAS, R. F. H. (2015). Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado. In E. G. Clusellas (Coord.), Tomo 6, artículos 1666 a 2036 (pp. 154-...)
98. NICOLAU, N. (1996). La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional. LL, 1996-A-1245.
99. PALACIO, E. L. (2005). Derecho Procesal Civil, T. I, Nociones Generales (2nd ed., 6th reprint). Abeledo-Perrot.
100. PALACIO, E. L. (1998). Manual de Derecho Procesal Civil (14th ed.). Abeledo-Perrot.
101. PANTELEON PIETRO, A. F. (2018). Como repensar la responsabilidad extracontractual (también de la Administración Pública). En R. López Cabana (Ed.), Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana.

102. PASSI LANZA, M. A. (1968). Elaboración de los conceptos de sentencia fundada motivada y autosuficiente y autonomía. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 131, 65.
103. PERELMAN, Ch., & OLBRECHT-TYTECA, L. (1989). *Tratado de la argumentación La nueva retórica*. Madrid, España: Gredos.
104. PEREZ LUÑO, A. E. (2011). El desbordamiento de las fuentes del Derecho. En J. C. Rivera, J. S. Elias, L. S. Grosman, y S. Legarre (Dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Tomo I, arts. 1708 a 1723 (pp. passim). Buenos Aires, Argentina: Edit. Alveroni Ediciones.
105. PEYRANO, J. W. (1991). El mandato preventivo. *La Ley*, E-1276.
106. PEYRANO, J. W. (1992). El escorzo del mandato preventivo. *JA*, 1992(I), 888-896.
107. PEYRANO, J. W. (1993). El mandato preventivo. En *El proceso atípico* (pp. 23 y ss.). Universidad de Buenos Aires.
108. PEYRANO, J. W. (2004). *La acción preventiva*. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis Abeledo-Perrot.
109. PEYRANO, J. W. (2013a). La ejecución de resoluciones judiciales por mano del juez. *La Ley*, 2013 (B).
110. PEYRANO, J. W. (2013b). La jurisdicción preventiva. *La Ley*, 2013 (D), 1326.
111. PEYRANO, J. W. (2013c). Potestad cautelar. *La Ley*, 2013 (B).
112. PEYRANO, J. W. (2014). Vías procesales para el principio precautorio. *La Ley*, 2014(C), 1123-1137.
113. PEYRANO, J. W., & ESPERANZA, S. L. (Dirs.). (2016). *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
114. PEYRANO, J. W. (1995). Lo urgente y lo cautelar. *J.A.*, 1995-I-899.

115. PEYRANO, J. W., & otros. (1997). Tratado de las medidas cautelares. Santa Fe, Argentina: Panamericana.
116. PIAGGIO, A. (2005). Presencias de la culpa. La Ley, F-1444, RCyS, 2011-III.
117. PICASSO, S. y SÁENZ, L. R. J. (2015). Comentarios al Título V. Otras Fuentes de las obligaciones, Capítulo 1, Responsabilidad Civil, Disposiciones Generales. En M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso (Directores), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo IV, Libro Tercero, artículos 1251 a 1881 (pp. 409-452). Buenos Aires: Infojus.
118. PIZARRO, J. (s.f.). Detrás de las noticias (Acerca de la prevención del daño derivado de la actividad de los medios masivos de comunicación). En T. 2 Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina.
119. PREVOT, J. M. (2008). La prevención del daño en la codificación del siglo XXI y en el Código Civil argentino. Revista de Derecho de Daños, (2), 177-189.
120. PREVOT, J. M. (2009). Prevenir, punir o resarcir. La finalidad de la responsabilidad civil. LL, (B-747).
121. RAMIREZ AMABLE, V., BASALDÚA, G. A., y ACEVEDO, A. B. (2016). La acción preventiva de daños prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación. En J. W. Peyrano (Dir.) y S. L. Esperanza (Coord.), La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación (p. 161-202). Santa Fé: Edit. Rubinzal Culzoni.
122. REDONDO, M. B. (2021). Cómo tramitar una tutela preventiva en Santa Fe. Análisis de normas del CCCN, CN y tratados de DD.HH. Doctrina. Anexo jurisprudencial. Anexo de modelos de escritos judiciales. Editorial Juris.
123. RIVERA, J. C. (1989). Derecho a la intimidad. En Derecho de Daños, 355.
124. RIVERA, J. C. (1997). Medidas cautelares limitativas de la circulación o difusión de libros en tutela del honor (a propósito de los casos "Miterrand", "Martorell" y "Grenada"). En Responsabilidad por daños en el tercer milenio (p. 598-610).

125. RIVERA, J. C. (1993). Medidas tuitivas de la dignidad personal. Su alcance frente a la protección de la prensa contra la censura previa. Revista de la Asociación de Magistrados y funcionarios de la Justicia Nacional, (9).
126. TAVANO, M. J. (2006). El riesgo. Revista de Derecho de Daños, (3).
127. OBÍA, M. - PÍZARRO, R. D. (2000). Omisión antijurídica, obligación de seguridad y daño moral. JA, 2000-II-294.
128. TRABUCCHI, A. (1992). Istituzioni di Diritto Civile (33ª ed.). Cedam.
129. VAZQUEZ FERREYRA, R. (2015). Aspectos generales de la responsabilidad en el nuevo Código de Derecho Privado. RCyS, 2015-II-5.
130. VERGARA, L. (2003). La prevención en el derecho de la responsabilidad civil. RCyS, 2003-252.
131. VIGO, R. L. (2012). De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración. Dikaion, 21(1), 9-34.
132. ZAVALA DE GONZALEZ, M. - GONZALEZ ZAVALA, R. (2011). La prevención como función esencial en la responsabilidad por daños. Ponencia presentada a las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011).
133. ZAVALA DE GONZALEZ, M. - GONZALEZ ZAVALA, R. (2011). Pretensiones judiciales preventivas. Ponencia presentada a las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011).
134. ZAVALA DE GONZALEZ, M. (2015). La responsabilidad civil en el nuevo Código (4 tomos). Alveroni Ediciones.
135. ZAVALA DE GONZALEZ, M. (2004). Los daños morales mínimos. LL, 2004-E-311 y ss.
136. ZAVALA DE GONZALEZ, M. (2011). Nuestro incipiente proceso ambiental. Revista de Derecho de Daños: "Daño ambiental", 2011-1.
137. ZAVALA DE GONZALEZ, M. (1999). Presupuestos y funciones del Derecho de Daños. Hammurabi.

138. ZAVALA DE GONZALEZ, M. (1999). Resarcimiento de daños. En Presupuestos y funciones del derecho de daños. Hammurabi, T. 4, p. 436.

139. ZAVALA DE GONZALEZ, M. & RUBIO, R. (2008). Robo en Bancos: seguridad y resarcimiento. Revista de derecho de daños, 2008-2: "prevención de daño", Rubinzal-Culzoni.