

JURISDICCIÓN PREVENTIVA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Roxana Del Valle Foglia¹

“Para que el debate judicial tenga sentido, las respuestas de la justicia no pueden llegar tarde ni mal. La cuña de la eficacia, que representa la anticipación de la tutela, es una de las contribuciones de nuestro tiempo...”

Augusto Mario Morello

Artículo Científico Recibido: 24 de septiembre de 2015 **Aceptado:** 24 de noviembre de 2015

SUMARIO:

I. Introducción. II. El deber de prevención en el sistema interamericano sobre derechos humanos. III. El deber de prevención en el sistema jurídico nacional argentino. IV. Jurisdicción preventiva civil. 1. La función preventiva en el derecho de daños. 2. La acción preventiva civil. 2.1. La acción preventiva civil y sus presupuestos. 2.2. La legitimación: interés razonable. 2.3. La sentencia preventiva. Conclusiones.

RESUMEN:

La integración y complementación entre el Derecho sustancial y el Derecho procesal está dada por cuanto interesa tanto “como” y “que “hacer, el reconocimiento de los fines dependen en gran medida de los medios arbitrados, tanto de los fines como de los medios para alcanzarlos hacen realidad la justicia efectiva; proteger a las personas contra posibles daños justos potenciales e inminentes justifican la implementación de técnicas instrumentales inhibitorias en pos de los derechos amenazados.

PALABRAS CLAVE: tutela, procesos, daños, preventivo, inhibitorio.

¹ Abogada y Diplomada en Desarrollo Humano y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Docente de Derecho Procesal Constitucional, docente en la materia opcional Derecho de Amparo y Adscripta a las cátedras de Derecho Constitucional y Procesal Civil de esa Alta casa de estudio. Secretaria Académica de la Sala de Derecho Constitucional del Colegio de Abogados de la Ciudad de Córdoba, especializándose en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Blas Pascal, maestrando en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Lomas de Zamora, Director Dr. Alfredo Gozaíni. Buenos Aires. Argentina, maestrando en Derecho Procesal, Universidad Siglo 21 sede Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional de Argentina. Evaluadora de la Revista universitaria “Nuestra Joven Revista”, de la facultad de derecho de la UNC.

ABSTRAC:

The integration and complementarity between the substantive law and procedural law is given because so interested in "how" and "who" do, recognition of the purpose depend largely on media refereed both ends and the means to achieving effective justice actually do; protect people against possible damage potential and imminent just justify the implementation of inhibitory instrumental techniques after the threatened rights.

KEYWORDS: protection, processes, damages, preventive, inhibitory.

I. INTRODUCCIÓN

Enfocado el ordenamiento jurídico interno, de los Estados Partes, en la función reparadora por daños causados a las víctimas, ante violación de los derechos humanos dentro de sus respectivas jurisdicciones, se ha invisibilizado la responsabilidad objetiva internacional primordial que asoma en el compromiso asumido por los Estados Americanos ratificantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José-1969), entre otros instrumentos internacionales pertinentes, en respetar y garantizar el pleno goce de los derechos y garantías reconocidos a sus titulares, esto es el ser humano desde su concepción, sin discriminación, a manera enunciativa, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones política, origen, posición económica, como se expresa en el art. 1 del mencionado instrumento internacional.

Las exigencias derivadas del ius cogens obligada a virar la óptica centrada en la función preventiva en materia de Derechos Humanos, cierto es que la consolidación de una régimen de libertad de la persona, fundada en el respeto a la dignidad humana, no puede quedar recortada a su protección reparadora cuando el daño ya la ha socavado.

La tutela preventiva, enclaustrada en garantías reconocidas dentro de cada uno de los Estados Partes, ya sea que estén previstas constitucionalmente o infra normativamente citando el amparo² preventivo, habeas corpus³ preventivo, habeas data preventivo⁴, entre ellas, se enlaza con la obligación de prevenir la violación de los derechos humanos y hace a la obligación de protección primaria a cargo de los Estados y de protección internacional del sistema americano, de naturaleza convencional coadyuvante o

² Art. 43 Constitución de la República Argentina, art. 107 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 86 Constitución Política de Colombia "Acción de tutela".

³ Art. 43 Constitución de la República Argentina, art. 30 Constitución Política de Colombia.

⁴ Art. 43 Constitución de la República Argentina.

complementaria en este último nivel.

El ideal del ser humano libre y pleno sólo puede realizarse dentro de un marco protectorio preventivo, pieza fundamental en las actuales democracias constitucionales de América, integrando la judicatura uno de los eslabones de dicha cadena protectoria, como garantes de los derechos fundamentales.

El orden público internacional del *ius cogens* y el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional (art. 3 Convención americana DH) de las víctimas de violaciones de derechos humanos no puede quedar amputado a un enclave reparador, mereciendo citar el deber de adoptar disposiciones de derecho interno necesarias para la efectividad de los derechos y libertades (art. 2 CADH).

En consecuencia el orden jurídico interno debe prever mecanismos sustanciales y procesales que viabilicen la prevención de eminentes violaciones de los derechos humanos.

El juez americano al efectuar el control de convencionalidad aún de oficio⁵, en casos sometidos a su decisión en materia de derechos humanos, debe tomar las medidas necesarias y pertinentes para tutelar los derechos humanos en ciernes de ser jaqueados, de manera cierta, potencial e inminente, por actos u omisiones del Estado o particulares, dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

II. EL DEBER DE PREVENCIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO SOBRE DERECHOS HUMANOS

La función preventiva de protección del sistema americano fue adjudicada, en pretéritos tiempos, con mayor énfasis dentro de las competencias de la Comisión Interamericana sobre los Derechos Humanos y dentro de la competencia consultiva de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (CIDH) primado en cambio en su competencia jurisdiccional la función reparadora, posición ésta última que fue superada en actuales precedentes⁶.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "Rodríguez Pereyra Jorge Luis c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios". Causa R 401. XLIII. Sentencia 27/11/2012; en dicho caso se expresó "La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado".

⁶ CIDH, caso *Gelmán vs. Uruguay*. Sentencia de fondo y reparaciones, del 24 de febrero de 2011, Serie C n° 221, CIDH, caso *Gelmán vs. Uruguay*. Resolución de la CIDH, de 20 de marzo de 2013. Supervisión de cumplimiento de Sentencia.

La propia Corte Interamericana, en anterior postura, entendió que en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa resolvía sobre la responsabilidad estatal en casos concretos, en cuanto a víctimas determinadas por violaciones de Derechos Humanos, estando imposibilitada de realizar un control preventivo de normas, actos u omisiones por parte del Estado, entendiendo que le asiste un control concreto y no abstracto.

En opinión consultiva OC-14/94, instrumento jurídico cuyos efectos fueron analizados en numerosos precedentes, se expresa:

“La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención... la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención (Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)⁷.”

Sin mayores indagaciones sobre el deber de adoptar medidas positivas asumido por los Estados Partes en defensa del pleno goce de los derechos y libertades fundamentales, entre ellas adecuando el ordenamiento interno, se soslayó la naturaleza que yace tras el deber asumido, por los Estados Partes, en su doble faz preventivo y reparador, abarcando todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural en resguardo de los derechos humanos.⁸

En esa mirada acotada el Estado no era responsable internacionalmente ante la promulgación de una ley inconventional, descuidando la posible amenaza y/u obstáculo para el ejercicio efectivo de un derecho o garantía que sopesaba sobre la generalidad de los ciudadanos, sólo su aplicación era motivo del control de convencionalidad difuso por los jueces locales y concentrado por la propia Corte Americana, siempre que se *afecte*

⁷ CIDH, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 49.

⁸ CIDH, caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sentencia de fondo, del 8 de diciembre de 1995, Serie C n° 22, párr. 67.

“derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados”.⁹

A partir del debate en el propio seno de la intérprete auténtica de la Convención Americana, la Corte, fue elaborándose una novel doctrina de control preventivo, afirmando, en su momento, el juez A.A. Cançado Trindade, en sus votos razonados, la necesidad de hacer la reserva, en los casos concretos sometidos a su competencia, de examinar y decidir sobre la incompatibilidad o no de normas internas con lo preceptuado en la Convención Americana¹⁰, aun tratándose de normas que no fueron aplicadas o bien aplicadas no lo han sido respecto a las víctimas, fundándose esta postura en la brecha de impunidad que la norma vigente inconventional pudiere construir.¹¹

La sola vigencia de una norma, puede implicar en sí misma una amenaza a sufrir un mal en caso de ejercerse un derecho y/o garantía reconocidos, impidiendo de esa manera el Estado el pleno goce de los mismos, si bien desde el punto de vista formal se hallan garantizados. Lentamente la función preventiva fue anclándose en el andamiaje del sistema americano en casos posteriores¹².

La doctrina preventiva actual partió de enfatizar *“la propia existencia de una disposición legal puede per se crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana. Una ley puede ciertamente violar estos derechos en razón de su propia existencia, y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la amenaza real a la(s) persona(s)”*; una ley interna incompatible con el espíritu y la letra de la Convención Americana, independientemente de su aplicación, por su propia existencia constituye una real amenaza contra los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción generando una situación continuada legislativa inconventional¹³.

⁹ CIDH, caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Sentencia de fondo, del 8 de diciembre de 1995, Serie C n° 22, voto disidente del juez Nieto Navia.

¹⁰ En ocasión de analizar, en el caso “El Amparo”, la solicitud de reforma previamente requerida por parte de la Comisión Interamericana, respecto de los incisos 2° y 3 ° del art. 54 del Código Militar Venezolano, reglamentos e instrucciones castrenses alegando su incompatibilidad con el ordenamiento supranacional americano.

¹¹ El art. 54 del Código Militar Venezolano establece: al disponer “son atribuciones del Presidente de la República, como funcionario de justicia militar:... 2. Ordenar que no se abra juicio militar en casos determinados, cuando así lo estime conveniente a los intereses de la Nación. 3. Ordenar el sobreseimiento de los juicios militares, cuando así lo juzgue conveniente, en cualquier estado de la causa”.

¹² CIDH, caso Geni Lacayo vs Nicaragua. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 29 de enero de 1997, Serie C n° 30.

¹³ Voto disidente juez Cançado Trindade, CIDH, caso El Amparo vs Venezuela. Sentencia de fondo, del 14 de septiembre de 1996, Serie C n° 28.

En su faz preventiva jurisdiccional del sistema americano no se exige la consumación del daño, ya sea material o moral, a efectos de impugnar normas inconvencionales, no es un control en abstracto sino en concreto de incompatibilidad con la Convención Americana.

El sistema americano se tornaría en un sistema reparador de violación de los derechos humanos si primara el requisito de un daño concreto, convirtiendo esa sistema en un mecanismo de desamparo por quienes estén en situación amenazante en el goce de sus derechos u obstaculizados en su ejercicio por una norma o acto inconvencional, sin garantía de efectiva tutela y de no repetición de los hechos.

Frente a la amenaza de sufrir un menoscabo en sus derechos ante normas, actos u hechos provenientes de los distintos poderes u órganos estatales y/o de particulares surge la *Responsabilidad objetiva Internacional del Estado Parte, por desconocer principios rectores como la buena fe y principio pacta sunt servanda en la suscripción de los Tratados Internacional*¹⁴ en desmérito del *ius cogens*.

III. EL DEBER DE PREVENCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL ARGENTINO

El artículo 43¹⁵ de la Constitución Política Argentina prevé las garantías de amparo, habeas corpus y habeas data ante actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual e inminente, amenacen, arbitraria o ilegalmente, los derechos y garantías reconocidos; implica una tutela preventiva ante la sola "amenaza" de sufrir un menoscabo, sin causa legal que lo justifique.

¹⁴ Art. 27 Convención de Viena.

¹⁵ Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto y omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley que determinara los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

Merece citarse la prevención en la órbita del derecho ambiental y del consumidor, prevista en los arts. 41¹⁶ y 42¹⁷ de la Carta Política, detonando infra constitucionalmente en "microsistemas" que giran alrededor del Código Civil y Comercial de la Nación o mejor dicho de la propia la Constitución Nacional.

A su vez la constitucionalización del derecho privado argentino¹⁸ ha virado los paradigmas y principios, en pos de un sistema protectorio con pretensión de tutelar a los más débiles; el campo del derecho de Daños ha sido terreno propicio donde el hombre, por su connatural vulnerabilidad, a buscando respuestas en un mundo cada vez más hostil donde los riesgos se han intensificado y en este nuevo paradigma civilista se inserta el derecho de daños, que también es proteico.

Dentro de los principios rectores la prohibición de no dañar a otro (*alterum non laedere*) se localiza en el propio texto constitucional argentino¹⁹, existiendo un deber de no perjudicar salvo que existe una causa justificable.

El derecho a no ser víctima de daños injustos implica una visión superadora y complementaria de la concepción resarcitoria.

¹⁶ Artículo 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

¹⁷ Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control

¹⁸ Ley Nacional n° 26.994. Boletín oficial 8/10/2014. Decreto 1795/2014.

¹⁹ Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

En consonancia el art. 3²⁰ del novel código perfila un juez más activo que resuelve de manera razonablemente fundada, en virtud de esa razonabilidad se lo faculta para adoptar precauciones contra diversas contingencias, que pueden previsiblemente provocar un daño a una persona, grupo de ellas o a toda una comunidad.

El proceso judicial debe, en respuesta a este confieso paradigma protectorio, mutar en redefiniciones, en particular cuando hay posibles lesiones a derechos humanos esenciales, siendo que la dificultad en acceder a la justicia y la duración de los pleitos puede derivar en daños irreparable a quien tiene razón para clamar por justicia, en los estrados tribunalicios. En la doctrina especializada y en la jurisprudencia, internacional y nacional, se perfilan nuevos o mejor dicho renovados institutos procesales²¹ que mejor respondan, en el caso concreto, a la tutela judicial efectiva.

La reforma sustancial y adjetiva del orden jurídico argentino, que va desde la incorporación de nuevos derechos y garantías (arts. 41, 42 y 43) en la Norma Fundamental (año 1994) y la consiguiente jerarquización en igual rango de ciertos Tratados sobre Derechos Humanos (art. 75 inc. 22) *ha gravitado de manera decisiva para la aparición de las tutelas diferenciadas claramente influidas en su diseño por las características del derecho material que buscan restaurar*²².

En la sociedad actual ante el peligro de nuevos riesgos se exige *una justicia de rostro más humano*²³, en búsqueda de más eficacia, eficiencia y economía durante la tramitación del proceso civil, incluso asomando pretorianamente²⁴, previo a la reforma de la norma civil, institutos procesales marcados por la necesidad de una jurisdicción preventiva.

²⁰ Ley 26994. Sancionada 1/10/2014, promulgada 7/10/2014. Publicada Boletín Oficial 8/10/2014, entrada en vigencia 01/08/2015; art. 3°.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

²¹ Si bien se hace referencia a nuevos institutos procesales lo cierto es que autores de la talla de Calamandrei, Chiovenda, Carnelutti, entre otros, los han desarrollado en sus valiosos obras científicas; Calamandrei realizó una clasificación de las providencias cautelares entre las cuales mencionaba aquellas que deciden interinamente una relación controversial, antes de la decisión definitiva, de lo contrario podía producirse el daño irreparable, ver *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. El Foro. Buenos Aires. 1997.

²² PEYRANO Jorge W., ¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina? en "Tutelas procesales diferencias - I. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2008-2, p. 23.

²³ ARAZI Roland, La reposición o reconsideración como instrumento "Para una justicia de rostro más humano", en Revocatoria "In Extremis" (Director Jorge W. Peyrano). Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2012, p.131.

²⁴ CSJN Fallos 320: 1633, Recurso de Hecho en causa "Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf S.R.L. y otros. Causa 2348. XXXII; CSJN, "Recursos de Hecho deducidos por la Defensora Oficial de P.C.P y la actora en la causa, Pardo Héctor Paulino y otro c. Di Césare, Luis Alberto y otros artículo 250 del CPC", sentencia del 06/12/2011. Causa P. 24. XLVI.

IV. JURISDICCIÓN PREVENTIVA CIVIL

El diseño del proceso civil clásico fue perfilado para otra realidad en que los hechos no mudaban con el dinamismo actual y en un espacio globalizado, amén de la redimensión material de los derechos a tono con la exigencia de un ejercicio actual e impostergable de los mismos, por lo que la espera a recobrar su plenitud con el dictado de la sentencia judicial no responde a las exigencias de eficacia; ante la urgencia de quien reclama tutela, los pliegues y repliegues del litigar secan la paciencia y las expectativas de quienes demandan que “se haga justicia”²⁵.

Por ello se fue haciendo eco la judicatura de los reclamos de los justiciables de una justicia más eficaz, impulsados por la convicción de que es necesario acordar efectiva tutela a la pretensión urgente, las miradas se dirigen hacia los institutos de las medidas cautelares clásicas, “medidas autosatisfacías” y “tutela anticipada”. Estas últimas van ganando carta de ciudadanía²⁶.

1. La función preventiva en el derecho de daños

En materia de responsabilidad civil²⁷ hay una sistematización en el unificado código privado previendo tres funciones: preventiva, resarcitoria y disuasiva (aunque en ésta última se reserva a la facultad judicial de reducir las condenaciones pecuniarias cuando resultaren irrazonables o excesivas -art. 171 -, e incluso puede dejarla sin efecto -art. 1715).

Enlazado con los fundamentos del sistema jurídico privatista y la mentada constitucionalización, al tutelarse a la persona humana con normas que se inscriben en la tradición humanista y orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables bajo el paradigma protectorio, la regla es entonces a mayor vulnerabilidad de las víctimas mayor protección; adicionando la protección de los derechos de incidencia colectiva, la función preventiva no es baladí.

Lo anterior se contempla en aspectos tales como la privacidad, la identidad, etc., derechos cuyos titulares son personas reales y sujetas de derechos, merecedoras de una tutela eficaz ante el daño previsible.

La función de prevención se consagra expresamente en el art. 1710 imponiendo a todas las personas un “deber de prevención”; de tal manera el Derecho de daños esta

²⁵ MORELLO Augusto M., Anticipación de tutela. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata. 1996, p. 17.

²⁶ CORDEIRO Clara María – GONZÁLEZ ZAMAR Leonardo, La anticipación de la tutela. El otro punto de vista en “Medidas Cautelares”. Colección de Derecho Procesal n° 3-2008. Advocatus. Córdoba. 2008, p. 414.

²⁷ Código Civil y Comercial de la República Argentina, Título V, Capítulo 1, arts. 1708 a 1780.

conjuntamente en armonía con la libertad y la solidaridad, una sociedad justa y digna es sólo un ideal cuando el próximo no es tratado como prójimo.

Los alcances de la regla genérica es determinada por: a) la posibilidad de prevenir para no convertir en una carga excesiva para la persona de la cual depende evitar causar un daño injustificado; b) obrar con buena fe, conforme a las circunstancias, en la adopción de las medidas razonables para evitar la producción del daño o su agravamiento, y c) el derecho a ser reembolsado por los gastos efectuados cuando hay responsabilidad de un tercero en la previsible producción de un daño, aplicando las reglas de enriquecimiento sin causa.

Vivir en sociedad implica también responsabilidad y solidaridad trasladando en el ámbito jurídico la preocupación de prevenir ocasionar daños, girando la mirada del Derecho de daños hacia la víctima y la injusticia de los efectos; es necesario hacer lo posible para que no ocurran los daños para ello se requiere cambiar las reglas de juego imperando una prohibición rotunda: "no dañar".

2. La acción preventiva civil

Uno de los rasgos del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina es la incorporación de un importante número de normas procesales, esa integración con el Derecho procesal está dada por cuanto interesa tanto "como" y "que " hacer, el reconocimiento de los fines dependen en gran medida de los medios arbitrados, tanto de los fines como de los medios para alcanzarlos hacen realidad la justicia efectiva; proteger a las personas contra posibles daños justos potenciales e inminentes justifican la implementación de técnicas instrumentales inhibitorias en pos de los derechos amenazados.

La función preventiva se asienta en el trípode: acción, legitimación y sentencia (arts.1711, 1712 y 1713 CCCN).

La acción preventiva se configura tanto por acción o por omisión de naturaleza antijurídica que hacen previsible la producción, continuación o agravamiento del daño.

2.1. La acción preventiva civil y sus presupuestos

Ante la actual mirada del proceso cuya finalidad sea más que reparar sino prevenir perjuicios ante eventuales daños personales o patrimoniales injustificados, ante la omisión del deber de no dañar, el ordenamiento civil argentino, incorporando normas de naturaleza adjetiva, legitima al sujeto que pueda sufrir probablemente las consecuencias dañosas para entablar una acción para evitarlo, es decir, para prevenirlo.

En su vertiente clásica el Derecho de daños yace la idea de compensar a quien ha sufrido el mal injusto, en la mirada moderna se ensancha al incorporar la obligación de no causar perjuicios injustos y el deber de impedir daños, al sujeto que no los ha causado.

El clamor cada vez más acentuado de los ciudadanos por una justicia más eficiente y eficaz hace necesario otorgar herramientas que permitan a quien es probable que sufra un daño, conforme al curso natural de las cosas o en virtud de las reglas de la experiencia, enervar una demanda en sede judicial antes que la violación de no dañar a otro sea una realidad.

El derecho no puede desembarazarse del valor axiológico y esperar que exista un daño concreto y real para entrar en escena, la injusticia no es incompatible con la certeza y seguridad jurídica; la justicia no puede reposar a un lado de la balanza cerrando sus ojos a la espera del daño consumado.

Retrocederá la acción preventiva ante la omisión de no dañar²⁸ siempre que se configuren los siguientes requisitos: a) autoría: quien tiene el deber de prevención del daño en su omisión u acción no cumplió con dicha carga; b) antijuricidad: por la violación del deber de prevención; c) causalidad: la amenaza del daño resulta previsible por la acción u omisión antijurídicas; d) Factor de atribución: no es exigible su concurrencia diferenciándose en este aspecto, además de su función preventiva propiamente dicha, con la acción resarcitoria.

En cuando a la autoría se enlaza con la función preventiva: la responsabilidad preventiva hace surgir una obligación frente al peligro evitando que se produzca.

2.2. La legitimación: interés razonable

La legitimación requerida es la sustancial²⁹ para impetrar la demanda preventiva acreditando un interés razonable en la prevención del derecho, jaqueado por el previsible daño.

Se repara en la exigencia para acreditar la legitimación activa en base a un interés razonable quebrando su configuración clásica.

²⁸ Art. 1711 CC y C. Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídicas hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

²⁹ Art. 1712 CC y C. Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño.

2.3. La sentencia preventiva

La resolución jurisdiccional que clausura el proceso autónomo encierra una finalidad preventiva³⁰.

En lo resuelto se puede ordenar un dar, hacer, no hacer, según las circunstancias particulares del caso, teniendo en vista evitar el daño con la mejor restricción posible de los derechos en la medida de lo posible, de la manera más eficaz utilizando el medio más idóneo. Cuando la norma civil establece que la sentencia preventiva "debe" disponer, a pedido de parte o de oficio, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda configura la idea de un juez con responsabilidad social, más eficaz integrando una justicia más eficiente.

En la búsqueda de un proceso más justo el intérprete debe razonar conforme a las reglas de la lógica formal e informal aristotélica, dentro de un proceso dialógico en paridad de armas y reglas de juego; la ponderación de los derechos en juego se realiza conforme a un sistema de normas, reglas y valores, fundada la solución adoptada en que es la mejor posible.

De la mano del razonamiento forense las cuestiones procesales que se han destinado a la protección y/o reparación de los derechos humanos, entre ellas las modernas herramientas como la tutela preventiva son la base en la construcción de un Derecho Internacional protectorio de los derechos, como lo explicitó la Corte Interamericana, "*no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos,...que permita alcanzar...la protección judicial requerida*"³¹.

Los justiciables reclamar hoy eficacia *en concreto del proceso y de las prestaciones jurisdiccionales, principalmente en el factor temporal por la exigencia de administrarlas en tiempo razonable*³².

³⁰ Art. 1713 CC y C. Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

³¹ CIDH, Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de junio de 2005, Serie C N° 129, párr. 93.

³² BERIZONCE Roberto O., La tutela anticipatoria (Estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos). Revista Jurídica Lexis Nexis OnLinen° 003/000675. JA 1998-II-905.

La Corte Argentina en los últimos años ha profundizado, obiter dictum, mirar al proceso no como un fin en sí mismo sino como medio, por ello se exige *poner el acento en el valor "eficacia" de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere...para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía*³³.

CONCLUSION

El reconocimiento y protección efectiva de los derechos fundamentales obligan a una articulación de los mecanismos y herramientas sustanciales y procesales de manera preventiva para evitar, en lo posible, la violación de ellos.

La Jurisdicción preventiva nacional y supranacional adquiere un papel preponderante para dar cumplimiento a la reivindicación de la persona y su dignidad como principio y fin en la configuración del Estado democrático de Derecho³⁴.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Aaron Aulis, Lo racional como razonable. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991.

Alexy Robert, Teoría de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1989.

Alexy Robert, La construcción de los derechos fundamentales. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2012.

Alexy Robert, Derechos fundamentales, principios y argumentación. Editorial Comares. Granada. 2011.

Arazi Roland, La reposición o reconsideración como instrumento "Para una justicia de rostro más humano", en Revocatoria "In Extremis" (Director Jorge W. Peyrano). Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina.2012.

Arazi Roland-Rojas Jorge A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. T III. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. Argentina.2014.

³³ CSJN, 6/12/2011, "P., H. P. y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otros art. 250 del CPC", Revista Jurídica LA LEY 15/02/2012, 5, con nota de Carlos Alberto Carbone; Graciela Medina.

³⁴ CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés, *Constitución, Jurisdicción y Derechos Fundamentales* en "El Constitucionalismo de los Derechos". Editorial Barrios&Barrios, Panamá. 2014, p. 434.

Berzonce Roberto O., La tutela anticipatoria (Estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos). Lexis Nexis OnLInen° 003/000675. Revista JA 1998-II-905.

Bidart Campos, Germán, "El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa", Buenos Aires, Ediar, 1995. Calamandrei Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. El Foro. Buenos. Aires. 1997.

Carbone Carlos A., La noción de la tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría general de la llamada tutela anticipatoria y de los procesos urgentes, en Sentencia Anticipada (despachos interinos de fondo) (Jorge W. Peyrano-Director, Carlos A. Carbone-Coordinador). Rubinzal-Culzoni editores. Santa Fe. Argentina. 2000.

Cordeiro Clara María – GONZÁLEZ ZAMAR Leonardo, La anticipación de la tutela. El otro punto de vista en "Medidas Cautelares". Colección de Derecho Procesal n° 3-2008. Advocatus. Córdoba. Argentina.

De Los Santos Mabel Alicia, La flexibilización de la congruencia. Revista Jurídica La Ley, Suplemento Especial. Cuestiones Procesales Modernas, 2005 (octubre), 80.

Elster Jon, Ulises y las sirenas. Estudios sobre la racionalidad e irracionalidad. Fondo de Cultura Económica. México. 1995.

Elster Jon, Ulises desatado. Estudios sobre la racionalidad, precompromiso y restricciones. Gedisa. Barcelona. 2002.

Falcón Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Ed.Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, T. IV, pág. 902.

Foglia Roxana, El juez local y los mecanismos de participación democrática ciudadana. Conferencia "XV JORNADA INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL: Poderes y límites al arbitrio del juez en la sociedad poslegal. II Jornada Internacional de Derechos Humanos. XXIII Encuentro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Cancún, México. 13-14 y 15 de Noviembre 2014.

Gozáini Osvaldo Alfredo, "Introducción al Derecho Procesal Constitucional", 1º ed. Ed. Rubinzal-Culzoni editores. Santa Fe. Argentina.2006.

Hart Herbert, El concepto de Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1963.

Lien Arnold J. et al, Diversas Consideraciones relativas a la naturaleza y al logro de los derechos del hombre, en "Los derechos del hombre". Editorial Lia. Barcelona, 1973.

Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución, Ariel Derecho, Barcelona, 1986.

Lorenzetti Ricardo Luis, Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho. Rubinzal-Culzoni editores. Santa Fe. Argentina. 2006.

Morello Augusto M, El proceso justo. Editorial Platense SRL. Buenos Aires. 1994.

Peyrano Jorge W., ¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina? en "Tutelas procesales diferenciadas – I. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2008-2, p. 23.

Peyrano Jorge W. Sentencia Anticipada (despachos interinos de fondo). Rubinzal-Culzoni editores. Santa Fe. 2000.

Jorge W. Peyrano, Orientaciones en materia de Reposición "In extremis" en Revocatoria "In Extremis". Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2012.

Pozzolo Susanna et alias, Notas al margen para una historia del neo constitucionalismo", en "Neo constitucionalismo, derecho y derechos", POZZOLO Susanna (editora). Palestra. Lima. 2011. Zagrebelsky Gustavo, La virtud de la duda. Trotta. España. 2012.