

LA EVIDENCIA: UN NUEVO FACTOR DETERMINANTE DEL DICTADO DE DECISIONES JUDICIALES ANTICIPADAS

POR JORGE W. PEYRANO

I- Introducción. En qué consiste la llamada justicia temprana?

La evidencia es –se sabe- una “certeza clara, manifiesta y perceptible que nadie puede dudar racionalmente de ella”. Las líneas que siguen tienen por propósito dejar en claro que a la vera de la tantas veces “urgencia” (1), existen otros factores convalidantes de la concesión de una justicia temprana.

Ahora bien: cuándo puede predicarse que concurre el otorgamiento de una justicia temprana? Pues cuando sea legítimo, aunque fuera de modo provisorio y reversible un muy pronto desplazamiento de derechos. Algo más: siempre que funciona algún supuesto de justicia temprana, se da una hipótesis de tutela coincidente (2) porque el pedido de concesión de justicia temprana presupone que lo solicitado implica satisfacer –total o parcialmente y aunque fuere de modo provisorio- lo pretendido en el contenido de una demanda.

Muy distinto es el caso, por ejemplo, de las medidas cautelares (tutela divergente) donde la mutación jurídica (inmovilización de la titularidad de una inscripción registral, por ejemplo) recae no sobre el derecho debatido sino sobre otro que, llegado su momento, servirá para ejecutar lo declarado judicialmente respecto de la relación jurídica litigiosa; vale decir, respecto del derecho controvertido.

II- Qué es una tutela anticipada? La tutela anticipada de urgencia.

Una manifestación exitosa de justicia temprana está dada por lo que se ha dado en llamar tutela anticipada. Existe ésta cuando la matriz del proceso en cuyo seno se reclama su despacho no permite decir que se trata de una hipótesis de justicia temprana. Empero, la concurrencia de factores tales como la urgencia o la evidencia fun-

cionan como aceleradores excepcionales de los tiempos de un procedimiento normalmente más moroso en admitir el desplazamiento de derechos.

El proceso monitorio (3) por ejemplo, forma parte de la justicia temprana pero no puede señalarse como una muestra de tutela anticipada porque *ab initio* posee una matriz acelerada que posibilita un pronto desplazamiento de derechos. Cabe recordar, que: “El proceso monitorio puede ser conceptualizado como un proceso que tiende, mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutorio con efectos de cosa juzgada en aquellos casos que la ley específicamente determina. Existen dos clases de procesos monitorios el proceso monitorio puro (también denominado sin prueba o sin documento) y b) el proceso monitorio documental (llamado, asimismo, con prueba o con documento)” (4) La posibilidad de una pronta configuración de un título ejecutorio se encuentra, entonces, presente desde el vamos e inserta en la propia matriz del monitorio (5) A título de digresión válida, cabe consignar la exitosa difusión de los procesos de estructura monitoria en varias provincias argentinas. Entre ellas merece ser citado el caso del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro, cuyo principal autor intelectual fue Roland Arazi, que en sus artículos 487/94 ha instrumentado un proceso monitorio, susceptible de funcionar en muchas y variadas hipótesis, que en la práctica está funcionando a plena satisfacción.

Igualmente, la medida autosatisfactiva (6) tampoco es un ejemplo válido de tutela anticipada porque *ab initio* su diseño presupone un casi inmediato desplazamiento de derechos sin que medie cosa juzgada. También en la materia, algunas provincias argentinas han marcado rumbos aceptando su ideario por vía legislativa. Es que el legislador “en varias provincias le ha otorgado el crisma de lo legal. A saber, Chaco, La Pampa, Corrientes, Formosa, San Juan y Santiago del Estero, han incorporado a sus leyes procesales civiles la regulación de la autosatisfactiva. Cabe acotar que en Córdoba, en Santa Fe y en el ámbito nacional también se han registrado movidas legislativas en pro de su incorporación formal a la ley de rito civil correspondiente”.(7)

En nuestro país, hoy se conoce y aplica, especialmente en el plano pretoriano, la denominada tutela anticipada de urgencia; precursoramente instituída por el artículo 273 del Código Procesal Civil de Brasil. Dicha institución obtuvo presencia local y cobró impulso a partir del permanentemente citado precedente “Camacho Acosta” (8) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, luego seguido por muchos otros. En todos ellos se ha aceptado la incidencia del factor “urgencia” como preponderante para acortar los tiempos de un proceso normalmente muy extendido, en miras a lograr un desplazamiento de derechos, provisorio y reversible, sin que exista cosa juzgada. Y no se crea que todo ello es patrimonio exclusivo del ingenio pretoriano porque también se han sancionado normas legales convalidantes de la operatividad “aceleradora” preponderante de dicho factor. Así, el artículo 231 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa ha consagrado una tutela anticipada de urgencia, en los siguientes términos: “El juez podrá anticipar, luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvección si: 1) Existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias. 2) Se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría. 3) Se efectivice contracautela suficiente. 4) La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. Solicitada la tutela del juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá. El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria podrá modificarse o quedar sin efecto”.

No militan dudas acerca de que, efectivamente, el factor “urgencia” puede ser un acelerador de tiempos en procura de conseguir una tutela judicial efectiva y así, con su auxilio posibilitar, v.gr., paliar los tiempos desesperadamente lentos de un juicio ordinario. O acaso Camacho Acosta debía en justicia perder para siempre la chance de colocarse una prótesis bioeléctrica en uno de sus

antebrazos porque de transcurrir algunos meses más, su muñon ya no lo admitiría; y ello porque el juicio ordinario de resarcimiento que había promovido poseía una duración mínima de dos o tres años? Es o no “urgente” satisfacer su reclamo de que se le anticipara, cumplidos los recaudos de viabilidad correspondientes (prestación de contracautela, muy fuerte verosimilitud del derecho de fondo alegado, etc.) , una parte muy menor de la indemnización solicitada ; quedando el anticipo sometido a las resultas de la sentencia definitiva? Afortunadamente, hoy no faltan precedentes (especialmente cuando se trata de tutelas anticipadas postuladas por parapléjicos, quienes se encontrarían con riesgo de muerte si no se les anticipara una porción de la indemnización reclamada) de despachos de tutelas anticipadas de urgencia (9). La doctrina autoral nacional coincide en la ventajas para un mejor Servicio de Justicia que ello involucra, siempre y cuando se cumpla con los requisitos de procedencia exigidos mayoritariamente (10)

Finalmente, tenga en cuenta el lector que cuando se trata de una tutela anticipada de urgencia es menester que, precisamente sea el factor “urgencia” el principal convalidante para la prestación de una justicia temprana .

III- El factor “evidencia”.

Opera en nuestro medio otro factor, soterrado, acelerador de tiempos procesales cual es la “evidencia”. Ello surge con meridiana claridad en los casos de “desalojo anticipado por intrusión” regulado por algunos ordenamientos procesales civiles argentinos (11). Así, el artículo 680 bis del C.P.N. dispone lo siguiente: “*Entrega del inmueble al accionante.* En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar”. No crea el lector que todo se trata de novedades porque el muy conocido levantamiento de embargo sin tercería (12) o levantamiento liso y llano de embargo (13), también otorgan a la “evidencia” un rol preponderante para acelerar tiempos procesales, en el caso los propios de una tercería.

En los ejemplos aportados, es la “evidencia” (fortísima verosimilitud de que le asiste razón al requirente en su planteo) el factor preponderante para decretar un cambio en el status de Derechos aun sin que medie cosa juzgada. Son ellos, claro está, hipótesis de justicia temprana, pero no de tutela anticipada porque inicialmente la matriz de dichos procedimientos reconoce la viabilidad de obtener una justicia pronta.

IV- La tutela anticipada de evidencia

Si se está ante una verdadera tutela anticipada de evidencia, será esta última el factor principalmente determinante de su despacho y, además, el proceso en el cual se inserta no deberá preverla en su matriz normal sino, a lo sumo y cuando se encuentre legalmente regulada, como una suerte de coyuntura excepcional.

En todos los casos, la tutela anticipada de evidencia debe funcionar como un acelerador de los tiempos normalmente previstos para la tramitación y dilucidación del procedimiento. Podrá el legislador contemplar, tal posibilidad, pero, insistimos, siempre cual si fuere un episodio extraordinario y no a título de elemento propio y connatural del proceso correspondiente.

En fecha reciente, se ha plasmado un excelente Anteproyecto del nuevo Código Procesal Civil de Brasil, que ya tiene estado parlamentario, cuyo Comité Redactor fuera presidido por la prestigiosa procesalista Teresa Arruda Alvim Wambier . Su artículo 285 prevé lo que para nosotros sería una tutela anticipada de evidencia al contemplar, concediendo el rol de factor preponderante a la “evidencia”, la posibilidad a la actora de obtener un cambio provisorio en la titularidad de derechos contra la demandada, sin perjuicio de que prosiga la sustanciación del juicio respectivo en cuyo curso obtuviera la tutela anticipada y de que ésta fuera dejada sin efecto por la sentencia final que podrá revocar, modificar o confirmar lo decidido anticipadamente; todo previa prestación de cautela indónea para eventualmente restituir la obtenida provisoriamente.

El ingenio brasileño ha enumerado algunas coyunturas que revelan que la “evidencia” acerca de la titularidad de derechos controvertidos se encuentra del lado de la actora, y que ello convalida una decisión anticipada con el consiguiente desplazamiento provisorio de derechos. Lo que interesa

señalar es que en el modelo brasileño referido la “evidencia” es lo que justifica preponderantemente la aceleración de tiempos procesales.

V- La tutela de evidencia en Argentina

En la Argentina hoy ya no sorprende la concesión de tutelas anticipadas de urgencia ni se considera que su despacho involucre prejuicio alguno (14). Mucho se ha evolucionado en punto a los recaudos exigibles para su despacho y hoy, prudentemente, se requiere no sólo la prestación de contracautela idónea, sino también una fortísima verosimilitud del derecho debatido, que el derecho a desplazar sea fácilmente reversible, la exigencia de una seria demostración de la “urgencia” invocada y la necesaria sustanciación del pedido mediante la audiencia del destinatario del pedido de tutela anticipada (15)

Para la procesalística brasileña más moderna la tutela anticipada de urgencia es una pariente próxima de la tutela anticipada de evidencia (el Anteproyecto de nuevo Código Procesal Civil brasileño las regula en lugares vecinos y relacionados).

Ahora bien: por qué no aceptar también en nuestro medio a la tutela anticipada de evidencia que ya está en funciones en países vecinos como Brasil y Uruguay (16) cuando –con prestación de contracautela idónea y concurrencia de un general *fumus boni iuris* acentuado, por añadidura milita alguna de las circunstancias que a continuación enumeraremos y que están inspiradas en el listado de coyunturas convalidantes de una tutela anticipada de evidencia previsto por el citado Anteproyecto de Reformas del Código Procesal de Brasil? : a) existencia de jurisprudencia vinculante u obligatoria que defina la materia debatida, b) existencia de precedentes reiterados y sostenidos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se hubieran pronunciado inequívocamente sobre los derechos debatidos. Vaya como digresión válida que con ello se podría paliar un tanto la ausencia de legislación nacional en materia de acciones colectivas (17), y que Halabi (18) todavía no ha podido remediar adecuadamente. Así, por ejemplo, la concesión de tutelas anticipadas de evidencia no podría evitar la fatigosa reiterada iniciación de juicios previsionales cuyo desenlace ya se conoce, pero al menos se podría evitar su morosa e irritante sustanciación íntegra; c) existencia de una causa de puro Derecho y respecto de la cual militan precedentes judiciales y doctrinarios recibidos, que tornan indudablemente

predecible el desenlace del litigio; d) un accionar de la demandada signado por el abuso del derecho de defensa y el palmario propósito de retardar maliciosamente la marcha del procedimiento (19).

Note el lector que cualquiera de las coyunturas convalidantes reseñadas *evidencia* que le asistiría razón al demandante; existiendo, entonces, cuando se le suma el otorgamiento de contracautela, el *fumus boni iuris* general correspondiente y la previa debida audiencia del demandado, suficientes razones para que aquél pueda obtener en su favor una condena – total o parcial- provisional.

La *evidencia* es en la especie el factor preponderante que justifica dicha solución excepcional (el dictado de una tutela anticipada) que viene a acelerar tiempos procesales normalmente más morosos. En las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en Chile (26 al 28 de agosto de 2010) se planteó la consideración del factor evidencia en el diseño del nuevo Código Modelo de Proceso Civil, calificándolo como un cambio fundamental en la concepción de los esquemas procesales, que podría funcionar como complemento de los procesos urgentes para la elaboración de un sistema procesal más ágil (20).

Cabe destacar que se ha planteado, con acopio de razones (21), si no sería procedente que la medida autosatisfactiva también pudiera despacharse ante la *evidencia* de las razones hechas valer por el requirente y aunque no mediara en el caso y en sentido estricto “urgencia”. Preferimos –por ahora, al menos- preservar a la medida autosatisfactiva un lugar entre los procesos urgentes.

VI Colofón

La justicia temprana es un género del cual forman parte la conocida tutela anticipada de urgencia y la recién llegada tutela anticipada de evidencia. Ambas se caracterizan por actuar, excepcionalmente y frente a la incidencia de los factores “urgencia y “evidencia”, de modo de obtener contra el demandado una condena provisoria y eventualmente reversible. Ambas, asimismo, convalidan desplazamientos de derechos sin que concurra cosa juzgada, otrora única legitimante de cambios en el emplazamiento de derechos llevados a juicio.

Ayer parecía un sueño próximo al prevaricato postular y decidir ante razones de urgencia un cambio, aunque fuera provisorio, en el status de derechos controvertidos. La aparición de “Camacho Acosta” hizo al sueño realidad y la amenaza de prevaricato se transformó en juicio laudatorio. El coraje civil de algunos jueces pudieron más que la inercia.

La tutela anticipada de evidencia en Argentina –que hoy no existe como institución aceptada y aplicable- quizás tenga mañana igual destino que hoy se reconoce a la tutela anticipada de urgencia: constituir uno de los elementos indispensables para materializar una reforma procesal civil profunda y en serio.

J.W.P.

Abstract :La tutela anticipada de urgencia y la tutela anticipada de evidencia forman parte de la llamada Justicia temprana.La última,recién llegada,posibilita que ante la evidencia de que le asistiría razón al actor pueda dictarse,previa prestación de contracautela, una condena provisorio y reversible contra el demandado, La evidencia que deberá reunir el requirente es calificada porque deberá poner de resalto que el caso se encuentra comprendido en alguna (y no en cualquiera) de las situaciones a las que se le asigna el rol de conferir evidencia a efectos de conceder una tutela anticipada de evidencia.

- NOTAS-

- (1) URGENCIA, según el Diccionario de la Real Academia Española, es “precisar una cosa, su pronta ejecución o remedio”.
- (2) PEYRANO, Jorge W., “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa” en “Medida innovativa”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, pág. 31: “Cuando prospera una medida innovativa con corazón de anticipo del juicio de mérito se genera una tutela “coincidente” en el sentido de que la prestación reclamada concuerda (en todo o en parte) con la que se reclama para que forme parte de la sentencia de mérito”
- (3) CORREA DEL CASSO, J.P. “El proceso monitorio”, Barcelona 1998, Editorial José Maria Bosch, *passim*.
- (4) LEGUISAMÓN, Héctor, “Derecho Procesal Civil”, Santa Fe 2009, Editorial Rubinzal Culzoni, tomo 2, página 722.
- (5) FALCÓN, Enrique; “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Santa Fe 2006, Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo IV, página 817.

- (6) PEYRANO, Jorge W., “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución” ,en “Medidas autosatisfactivas”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 1999, Editorial Rubinzal, página 13: “ se trata de un requerimiento “urgente” formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado ,erróneamente, como una cautelar autónoma”
- (7) PEYRANO, Jorge W., “La medida autosatisfactiva: causas principales de su génesis y difusión” en “Doctrina judicial procesal” N° 6, página 76.
- (8) Vide el texto de dicha sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, comentado por Roland Arazi, en Revista de Derecho Procesal N° 1, Editorial Rubinzal Culzoni, página 385 y siguientes.
- (9) Conf. “Medidas precautorias y anticipatorias. Visión Jurisprudencial”, obra colectiva dirigida por Oscar Vázquez, Córdoba 2007, passim y de Jorge W Peyrano , “Escolio sobre los “leading cases”cordobés y platense en en materia de tutela anticipada”, en “Nuevas Apostillas Procesales”, Santa Fe 2003, Editorial Panamericana, página 163 y siguientes.
- (10)MORELLO, Augusto “Anticipación de la tutela”, La Plata 1996, Editorial Platense, passim, PEYRANO, J.W., “Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada en “Nuevas Tácticas Procesales” Rosario 2002, Editorial Nova Tesis, página 159 y ss. y DE LOS SANTOS, Mabel, “El lanzamiento anticipado en la reforma procesal civil”, JA, 2003-IV-955.
- (11)Artículo 517 del C.P.C. santafesino: “El juicio de desalojo procede contra el locatario, sublocatario, tenedor precario, intruso o o cualquier otro ocupante o tenedor cuya obligación de restituir o entregar sea exigible. En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso (s), en cualquier estado del juicio luego de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega

del inmueble si el derecho invocado fuere verosímil y previa fianza por los eventuales daños y perjuicios que se puedan ocasionar”

- (12) Artículo 104 del C.P.N. “Levantamiento del embargo sin tercería- El tercero perjudicado por un embargo podrá pedir su levantamiento sin promover tercería, acompañando el título de dominio u ofreciendo sumaria información sobre su posesión, según la naturaleza de los bienes. Del pedido se dará traslado al embargante. La resolución será recurrible cuando haga lugar al desembargo. Si lo denegara, el interesado podrá deducir directamente la tercería, cumpliendo los requisitos exigidos por el art. 98”
- (13) Artículo 324 del C.P.C. Santafesino: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes, el tercero perjudicado por un embargo tendrá derecho a requerir su levantamiento liso y llano comprobando de inmediato su posesión actual. Esta gestión se resolverá previo traslado al embargante. La decisión será irrecurrible para el // tercero y no afectará su derecho a deducir la tercería pertinente”.
- (14) Conf. el tenor del precedente “Camacho Acosta”, citado en nota 8
- (15) PEYRANO, Jorge W. “Tendencias y proyecciones de la doctrina de la tutela anticipada”, página 162. “Por más que en el modelo brasileño aparentemente no es requerida de manera ineludible la sustanciación previa ,siempre hemos creído que sería más conveniente decretar la sentencia anticipatoria sólo después de contestada la demanda o de transcurrido el plazo para contestarla (circunstancia ésta que refuerza sin duda, la chance del actor de resultar ganancioso en la litis). Nada dice sobre este aspecto “Camacho Acosta”, lo que no puede extrañar porque el requirente eligió el camino de una cautelar innovativa. Empero, tanto en la resolución aquí glosada (“Gómez”) como en “Elías” y en un reciente caso de otorgamiento de alimentos en una filiación extramatrimonial, se instrumentó una comprimida bilateralidad al pedido de despacho de una sentencia anticipada. De igual forma, la doctrina autoral es proclive a propiciar que se conceda al destinatario de una tutela anticipada la chance de ser oído antes de su emisión”
- (16) Artículo 200 del Código General del Proceso del Uruguay regulatorio

tanto de la tutela de urgencia como de la tutela de evidencia, pero circunscripta a la tramitación de la segunda instancia: “Decisión anticipada- 200.1 En segunda instancia los cuerpos colegiados podrán resolver en cualquier momento, el estudio en el acuerdo por unanimidad de votos y en los casos siguientes: 1) Si se tratare de cuestiones simples o reiteradamente consideradas por el tribunal; 2) Si existiere jurisprudencia del tribunal sobre el caso y éste decidiere mantenerla, 3) Si hubieren manifiestas razones de urgencia; 4) Si fuere evidente la finalidad de retardar innecesariamente el proceso. 200.2. En los mismos casos y cuando se trate de sentencias de segunda instancia, también podrán dictar decisión anticipada los tribunales unipersonales”.

(17) Conf. “Procesos colectivos”, publicación de la Asociación Argentina de Derecho Procesal editada por Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2006, obra colectiva coordinada por Eduardo OTEIZA, *passim*.

(18)

(19) Conf. sobre el punto consultar el artículo 200 del Código General del Proceso de Uruguay transcrito en nota 16.

(20) Conf. Informe general de la Comisión “Procesos urgentes y cautela judicial” elaborados por Mabel DE LOS SANTOS y Petrônio CALMÓN en *Derecho Procesal Contemporáneo, Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, 2010, T. I, pág. 365/396. En parecido sentido se pronuncia el trabajo de Carlos Carbone “ La noción de tutela jurisdiccional diferenciada. Para abarcar fenómenos distintos como la tutela anticipatoria y la de autosatisfacción”, en *La Ley* 2000 A, pág. 1196 y ss.

(21) BARBERIO, Sergio, “La medida autosatisfactiva” Santa Fe 2006, Editorial Panamericana, página 158.