



***La prueba frente a la
evidencia y la urgencia
¿En el juicio de Desalojo
corresponde solo frente
a la causal de Intrusión?***

Dra. Nora Elena Baró

Jueza de 1^{era} Instancia de Circuito N° 18, El Trébol (SF)

Señala Morello¹ con relación a la tutela anticipatoria que en oportunidad de asistir a la Segunda Conferencia Nacional (brasileña) de Abogados, en Curitiba, Paraná, se advirtió que era imprescindible antes de ser invadidos de un contagioso empeño en pro de los logros anticipatorios, detenerse a esclarecer el punto de partida. Esto es, sobre lo que no dejaba de experimentarse dudas, y que, centralmente, son éstas: cuando de modo unilateral (sin audiencia de la otra parte) sin acatar la previa bilateralidad, reconozco y concedo un anticipo de la condena a sobrevenir al concluir el proceso que tiene el mismo objeto que ha sido anticipado.

¿Procede la jurisdicción en ejercicio de una actividad cautelar o, inversamente, condena ya (definitiva o provisoriamente) en todo o en parte, dejando total o parcialmente baldía a la sentencia de mérito, y si es así no compromete severamente, lo más riguroso del proceso justo?

Este autor cree que la jurisdicción que adelanta resultados sólo como deriva-

dos de la sentencia final, en el mérito, lejos de ser censurable o cuestionable su racionalidad, abierta, dinámica y adaptable a los infinitos supuestos de la tutela anticipatoria; genera técnicas instrumentales sustanciales positivas, necesarias y útiles. Y aunque parecen colisionar con las clásicas exigencias dogmáticas, son, sin embargo legítimas si se discriminan sus objetos y respetan sus finalidades. Sirven de estímulo para imaginar el momento adecuado, a favor de necesidades, valores e intereses a proteger.

La presión de las necesidades a abastecer y el desenvolvimiento armonizador de explicaciones válidas para cada una de las categorías o tipos procesales (cautelares, de condena, etc.) han impuesto adaptaciones que se reputan convenientes en miras a la modernización del servicio de justicia. No se trata de establecer en el tablero de lo procesal, categorías, clasificaciones o comportamientos herméticos y excluyentes, sino de imaginar estructuras y adecuaciones maleables, de adecuada textura y razonable conexión, que en-

riquezcan sus respectivos contenidos en un juego de sumatoria, aunque sin ultrapasar los límites superiores de la garantía fundamental del proceso justo.

Tal como enseña Peyrano² la teoría cautelar ortodoxa no ha podido dar respuestas adecuadas a ciertos requerimientos de los justiciables que claman por soluciones inmediatas, en tiempo razonable, ante situaciones que no advierten demora, por tanto la procesalística moderna nos habla hoy de la necesidad de concebir una suerte de tutela judicial urgente, partiendo de la idea de que lo urgente es distinto y más amplio que lo cautelar. De allí que «si bien todo lo cautelar es urgente; no todo lo urgente es cautelar».³

La nota característica de estos procesos urgentes es la prevalencia que se asigna al principio de celeridad, que conduce a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad a los fines de asegurar una tutela eficaz.

Los procesos urgentes representan una categoría que engloba una multi-

Claves Judiciales

La prueba frente a la evidencia y la urgencia

¿En el juicio de Desalojo corresponde solo frente a la causal de Intrusión?

plicidad de procedimientos (las resoluciones anticipatorias, el régimen del amparo y del *hábeas corpus*, las propias medidas cautelares, etc.) caracterizados todos por reconocer que en su seno el factor «tiempo» posee una relevancia superlativa. Vale decir que cuando se está ante un proceso urgente, siempre concurre una aceleración de los tiempo que normalmente insu-me el moroso devenir de los trámites judiciales: a veces se tratará del despacho de una diligencia sin oír previamente al destinatario de la misma; y en otras ocasiones de resolver sobre el mérito de una causa sin que la misma todavía se encuentre en estado de declarar el derecho o de sumarizar la extensión del debate judicial. De tal modo sostiene Peyrano que hay proceso urgente «cuando concurren situaciones que exijan una particularmente presta respuesta y solución jurisdiccional».⁴

Las conclusiones formuladas en el X Congreso Provincial de Derecho Procesal celebrado en Venado Tuerto en Agosto de 1996 con relación a éstos procesos urgentes, fueron puntualmente:

1) El proceso urgente constituye una categoría amplia caracterizada por la necesidad de proporcionar respuestas jurisdiccionales prontas y expeditas a determinadas situaciones cuya solución no admite demoras. Las diligencias cautelares son sólo una especie de las mismas, pero también se integra con otras: medidas autosatisfactivas, las sentencias anticipatorias, el *hábeas corpus*, etc.

2) La doctrina cautelar clásica es insuficiente para otorgar soluciones adecuadas a ciertas coyunturas urgentes. Su principal falencia consiste en exigir, ineludiblemente, la promoción de acciones principales posteriores para mantener en pie la solución urgente lograda; acciones principales cuya promoción, muchas veces no desean los justiciables requirentes.

De este modo se ha definido a la tutela de urgencia como una modalidad de la tutela jurisdiccional diferenciada cuya característica fundamental consiste en el factor tiempo, dándose prevalencia a la celeridad, a cuyos efectos se reduce la cognición y se posterga la

bilateralidad, asegurando con ello la utilidad del resultado.⁵ El proceso urgente, como género, comprende en su seno a las medidas cautelares, pero también a otro tipo de resoluciones diferenciables y con caracteres propios, como las tutelas anticipatorias (cuya virtud es la de anticipar el contenido de la pretensión, pero sin prescindir del proceso principal posterior ni del amplio contradictorio); y las medidas autosatisfactivas.

La aparición de tutelas diferenciadas, apunta a la idea de la conveniencia de contar con una justicia que tenga múltiples herramientas procesales para canalizar los derechos y expectativas diferentes de las corrientes.

Es dable destacar que la voz «tutela» en el caso es empleada en el sentido de constituir un haz de medios, facultades y herramientas puesto en manos del requirente del servicio de justicia para asegurar la eficacia de éste; es decir para hacer realidad el derecho material prometido por los Códigos de fondo. Lo de «diferenciado» alude a su calidad

de distinta respecto de las tutelas tradicionales y de uso más corriente, verbigracia, el proceso ordinario, sumario, sumarísimo, especiales etc.; por intentar preservar derechos materiales que no reclaman un tratamiento procesal específico, abarcando las tutelas ordinarias a la generalidad de los casos.⁶

En consecuencia, el citado profesor deslinda a la tutela diferenciada diciendo que «habrá tutela diferenciada cuando excepcionalmente a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama; se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía del debido proceso (que ampara tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos, y, notoriamente,

de las matrices vigentes clásicas. Dicho montaje procesal deberá brindar al demandante un trato preferencial y admitir, por lo común, una legitimación activa amplia».⁷ La sola circunstancia de que se haya instrumentado un procedimiento rápido, expedito y diferente para satisfacer la expectativas de un acreedor, no es suficiente, cuando no está en juego un «nuevo derecho» o una muy particular urgencia del requirente. Por ello es que, verbigracia, el proceso de ejecución prendaria registral no es una tutela diferenciada pese a sus rasgos singulares.

Esta tutela diferenciada tiene estrecha relación la justicia temprana. Así, puede afirmarse que habrá justicia temprana cuando resulte legítimo un muy pronto desplazamiento de los derechos en disputa.⁸ Aunque fuera de un modo provisorio y reversible. El derecho Procesal Civil actual reconoce y proporciona diversas formas de obtener una justicia temprana frente a situaciones urgentes que legitiman una respuesta jurisdiccional expedita y rápida. Estas son situaciones en las cuales la trans-

cendencia de la urgencia planteada supera y se antepone a la necesidad de certeza jurídica previa que reclama toda resolución judicial en la cual se registren imposiciones de conductas o movilizaciones patrimoniales.

Esta justicia temprana es el género que contiene distintas especies, cuales son: el proceso monitorio, la llamada medida autosatisfactiva; la llamada tutela anticipada de urgencia y su pariente más próxima, la llamada tutela anticipada de evidencia. De ahí que pueda decirse que «si bien una urgencia puede generar una tutela anticipada; no toda tutela anticipada es de carácter urgente».

Con relación a la tutela anticipada sostiene Ponce⁹ que la tutela anticipada es un logro más del constante avance del Derecho Procesal en busca de una tutela judicial efectiva. En muchos casos la justicia del caso se encuentra supeditada a la materialización de una determinada pretensión de manera inmediata, la decisión jurisdiccional debe entonces adaptarse con urgencia, de lo con-

Claves Judiciales

La prueba frente a la evidencia y la urgencia

¿En el juicio de Desalojo corresponde solo frente a la causal de Intrusión?

trario la cuestión se tornaría abstracta.

Sin perjuicio que las citadas figuras pretorianas, a saber medida autosatisfactiva, tutela anticipada tanto de urgencia como de evidencia, no han tenido recepción legislativa, son de uso corriente en nuestro medio.

Antes de hacer referencia a cada figura es dable destacar que la tutela anticipada posee caracteres comunes con las medidas cautelares típicas ya que ambas son importantes instrumentos para la efectividad del proceso, así, la tutela cautelar asegura la idoneidad del proceso, mientras que la anticipación de tutela por su parte adelanta la provisión de lo solicitado por el actor, no producen efecto de cosa juzgada material ya que son dictadas mediante una cognición necesariamente sumaria; no causan instancia pues su acogimiento no configura prejuzgamiento y son de ejecutabilidad inmediata.

La tardanza, la exagerada duración de los procesos, ha dado origen a una serie de instituciones enderezadas a in-

tentar el hallazgo de soluciones para los diversos problemas que la morosidad de las actividades judiciales ocasiona a los intereses para cuya satisfacción han sido generados

Con relación a la primera figura pretoriana apuntada, puede sostenerse que se tiene por «Medida Autosatisfactiva» a aquel requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva– con su despacho favorable; sin ser, entonces necesario 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.¹⁰

En segundo lugar y haciendo mención a las resoluciones anticipatorias, puede decirse que son aquellas que a pedido de parte podrá dictar el magistrado anticipando total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda.¹¹ ¿Cuáles son sus características?

1) Anticipan el goce del objeto mediato de la pretensión que habrá de ser eventualmente consagrado en la sentencia definitiva.

2) Su vigencia está supeditada al dictado de una sentencia definitiva revocatoria o confirmatoria de la resolución anticipada.

3) Su dictado no apareja óbice alguno para la prosecución del trámite en aras al dictado de la sentencia definitiva.

4) El grado de conocimiento requerido como presupuesto para su despacho no se restringe al de la mera captación de la verosimilitud del derecho (bastante para ordenar medidas cautelares). Tampoco se reclama un grado de convicción equivalente a la certeza definitiva que caracteriza a las sentencias de mérito, sino que se satisface con una certeza provisional, una fuerte probabilidad de que el derecho sea atendido.

5) La técnica de cognición enderezada a provocar ese minimum de convicción en el juzgador requerida para su des-

pacho es el de una cognición sumaria.

6) La prueba a aportarse a esos efectos deberá enderezarse a acreditar no solo la alta probabilidad del derecho que invoca el actor sino también la concurrencia de un conjunto de circunstancias que justifiquen una respuesta jurisdiccional fundamentada en la equidad (verbigracia peligro de sufrir un perjuicio irreparable, situación económica extrema que determina una desigualdad real entre los litigantes, o el propósito dilatorio del demandado, etc.).

7) Las resoluciones anticipatorias carecen de la virtualidad de producir cosa juzgada material o formal.

8) Su despacho deberá proceder mediante prestación de contracautela a cargo del peticionante de la medida, salvo especiales y extremas que el juez ponderará en cada caso particular.

9) No procede de oficio, solo son despachables a pedido de parte.

10) La beneficiaria de la resolución anticipatoria es en todos los supuestos, la parte actora.

11) Carecen de la potencialidad de engendrar un proceso accesorio o sirviente, como sucede en el caso de las medidas cautelares clásicas. De tal suerte, las resoluciones anticipatorias constituyen un elemento integrante del juicio principal, no requiriendo su instrumentación, la formación de pieza separada del expediente principal.

12) La prestación anticipada es esencialmente reversible, razón por la cual esta especie de resoluciones no resulta viable en los juicios constitutivos de derechos.

13) La propia naturaleza de estas medidas, en tanto proceso urgente, imponen su apelabilidad al solo efecto devolutivo; en tanto que lo contrario las tornaría ineficaces.

14) La resolución que consagre la anticipación deberá ser fundada.

Que en ésta materia contamos como es sabido con un fallo pionero de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 7 de Agosto de 1997 que es precisamente Camacho Acosta M. c/ Grafi Graf. S.R.L. y otros. El daño irreparable que causaba a la víctima de un accidente de trabajo cuyo antebrazo fue amputado por una máquina que el muñón se estuviera cerrando y toda dilación hiciera imposible implantar una prótesis bioeléctrica, justificó que la Corte Suprema acordara un anticipo parcial de la indemnización para costear esa prótesis.¹² A partir del mismo se aceptó la incidencia del requisito de urgencia para acortar los plazos normales del proceso, logrando un desplazamiento de derechos, lógicamente provisorio, sin que exista cosa juzgada.

De las diferencias:

Existen marcadas diferencias entre las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada,¹³ a saber:

a) La autosatisfactiva es un proceso autónomo, mientras que la tutela anticipada de urgencia es un segmento de

Claves Judiciales

La prueba frente a la evidencia y la urgencia

¿En el juicio de Desalojo corresponde solo frente a la causal de Intrusión?

un proceso cuyo tramitación prosigue. Así, la primera es una solución urgente no cautelar que genera un proceso autónomo de todo otro (a diferencia de lo que sucede con el proceso cautelar, que es sirviente de otro principal) y que puede coronarse por una resolución con valor de cosa juzgada. En cambio, la tutela anticipada de urgencia no es un proceso independiente. El pedido de su despacho se inserta en un proceso de conocimiento, asumiendo la urgencia el rol de factor acelerador de los tiempos que normalmente insumiría aquél para producir un desplazamiento de derechos a favor del requirente. Una vez obtenida la resolución anticipada de urgencia favorable –en nuestro medio concretada siempre merced al despacho de una innovativa– ella será recurrible. Aun cuando el recurso en cuestión no prosperara, de todos modos habrá que esperar el desarrollo íntegro del procedimiento principal para verificar el resultado de la sentencia final de mérito, que se emitirá concluida que fuere toda la sustanciación del proceso principal, y que podrá confirmar, modificar o dejar sin efecto (or-

denando las restituciones del caso) lo decidido por la resolución anticipada.

b) La medida autosatisfactiva persigue solucionar la urgencia que justifica su promoción, en tanto que la tutela anticipada busca solucionar una urgencia que no ha originado la iniciación del proceso principal en el cual se inserta. Un ejemplo de la primera lo sería el caso de una persona de edad avanzada y viuda que se encuentra en estado comatoso, debiendo ser operada de inmediato. El equipo quirúrgico interviniente en atención a la complejidad de la operación y a posibles secuelas, reclama el consentimiento de sus dos hijos mayores de edad. El caso que uno lo otorga y el otro lo niega. Se da en éste caso un supuesto de «urgencia pura». Que exigía el despacho de una solución judicial urgente no cautelar, ya que ninguna otra acción principal acompañaría el pedido de autorización judicial para que se practicara la operación del caso. En cambio la tutela anticipada busca solucionar una urgencia, (verbigracia la necesidad apremiante de afrontar gastos impor-

tantes cuya falta de pago puede poner en riesgo de vida al requirente) que no ha sido el motivo desencadenante del proceso principal (que por ejemplo, consiste en un reclamo indemnizatorio de daños y perjuicios) incoado a raíz de la insatisfacción de lo reclamado por la actora.

c) La medida autosatisfactiva sólo procede cuando no es menester una amplitud de debate, lo que no ocurre respecto de la tutela anticipada de urgencia. La materia sobre la cual versa la autosatisfactiva necesariamente no debe ser susceptible de amplio debate y compleja prueba; calidades éstas íntimamente relacionadas con la fuerte apariencia de que le asistiría razón en sus planteos con que debe contar el requirente si es que pretende un despacho favorable.

d) La medida autosatisfactiva reclama un mayor grado de verosimilitud que la tutela anticipada de urgencia. Es que mientras la primera genera un proceso autónomo que se agota en sí mismo y que no es susceptible más

que de una «revisión» (vgr., mediante la tramitación del recurso de apelación interpuesto por el destinatario de ella); la tutela anticipada de urgencia es «pluralmente revisable»: primero en oportunidad de su despacho favorable (vía apelación, por ejemplo), en segundo lugar en ocasión del dictado de la sentencia de mérito correspondiente que puede tanto confirmar como dejar sin efecto la resolución anticipada del caso, y finalmente, ésta última también podrá ser objeto de los recursos correspondientes ante un tribunal superior.

De las similitudes:

Pero así como se han marcado las diferencias de estas figuras, también debe señalarse lo que ambas tienen en común. Así el aval que respalda a ambas instituciones es de nivel constitucional, y no es otro que el plácido principio de la tutela judicial efectiva; consignado en innumerables convenciones internacionales signadas por la Argentina que en la actualidad poseen fuerza de normativa constitucional. Tanto la tu-

tela anticipada de urgencia como la de evidencia permiten obtener un pronunciamiento de condena ya sea total o parcial antes de haber quedado finiquitada la tramitación de un juicio de conocimiento pleno; en tanto y en cuanto, y sin perjuicio de los recaudos comunes cuales son la fuerte apariencia de buen Derecho y el otorgamiento de contracautela; concurren «urgencias» o coyunturas procesales determinadas y previamente reguladas que vengas a funcionar en la especie como factores convalidantes, verbigracia existencia de jurisprudencia vinculante u obligatoria que defina la materia debatida; existencia de causa de puro Derecho; un accionar de la demandada signada por el abuso del derecho de defensa; inequívoco propósito de retardar maliciosamente la marcha del procedimiento.

¿Cuáles son los recaudos que deben acompañarse a un requerimiento de Tutela Anticipada de Evidencia?

Siguiendo al Maestro Peryano¹⁴ pueden enunciarse:

1) Demostración de que resulta «evidente» que le asistirá razón al requirente de una tutela anticipada de este tipo. Ello se logra no sólo mediante la acreditación de una fuerte verosimilitud del derecho invocado, sino también gracias a que el peticionante comprueba que el caso se encuentra incurso en alguna de las causales preestablecidas para reforzar el grado de verosimilitud del planteo del requirente. Por ejemplo la existencia de jurisprudencia vinculante u obligatoria que defina la materia debatida; la existencia de precedentes reiterados y sostenidos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se hubieran pronunciado inequívocamente sobre los derechos debatidos; la existencia de una causa de puro Derecho y respecto de la cual militan precedentes judiciales de grado y doctrinarios recibidos, que tornan indudablemente predecible el desenlace del litigio; un accionar de la demandada signado por el abuso del derecho de defensa y el palmario propósito de retardar maliciosamente la marcha del procedimiento; el caso del supuesto de la manifiesta inconsisten-

Claves Judiciales

La prueba frente a la evidencia y la urgencia

¿En el juicio de Desalojo corresponde solo frente a la causal de Intrusión?

cia del responde de la demandada.

2) El requirente de la medida deberá prestar contracautela efectiva para asegurar la eventual restitución de lo percibido a título de lo percibido a título de tutela anticipada. Al igual que lo que acontece en materia de tutela anticipada de urgencia, en la de evidencia lo usual será que el órgano jurisdiccional acuerde una tutela parcial y no total.

3) Al igual, también, de lo que ocurre con la tutela anticipada de urgencia, la tutela anticipada de evidencia reclama sustanciación; es decir oír al destinatario de ella antes de que el órgano jurisdiccional se pronuncie al respecto.

Precedentemente aludimos a las diferencias entre las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada; ahora merece preguntarse si ¿existe diferencia entre la tutela de urgencia y la tutela de evidencia?

Se nota un marcado paralelismo existente entre ambas instituciones, pero se diferencian tan solo porque en la tu-

tela anticipada de evidencia no se reclama la demostración de la urgencia; lo que explica que en aquella se exija un más acentuado grado de *fumus boni iuris* aportado por la demostración de que en el caso se encuentra incurso en alguna de las causales preestablecidas referidas. Vale decir la apreciación del *fumus boni iuris* será más severa en la tutela anticipada de evidencia.

Señala Peyrano¹⁵ que esta figura es producto del ingenio brasileño, incluida en el artículo 285 del Anteproyecto del Nuevo Código Procesal de Brasil y que puede y debe ser aprovechada en nuestro medio, con las adaptaciones del caso, para posibilitar que, dada ciertas circunstancias procesales, sumadas ella a una fuerte verosimilitud del derecho invocado por la demandante y habiéndose prestado una contracautela adecuada para eventualmente restituir lo percibido provisoriamente, pueda conseguir la actora una condena provisoria en su favor, total o parcial, sin perjuicio de que luego la causa continúe su curso hasta la sentencia final que podrá revocar, modifi-

car o confirmar lo decidido provisoriamente merced a la concesión de una tutela de evidencia. De tal modo, una vez lograda por la actora la tutela de evidencia, cesará en muchos casos la resistencia de la demandada y la causa concluirá merced a alguna forma de autocomposición.

A esta Tutela de Evidencia, la encontramos en nuestro Código Procesal Civil y Comercial, puntualmente en dos artículos, el referido al levantamiento de embargo sin tercería, previsto en el Art. 324 y el referido al Desalojo por Intrusión en el Art. 517 de dicho cuerpo normativo. Estos institutos también se encuentran regladas en el Código Procesal Nacional, en los arts.104 y 680 bis, ter y 684 bis.

Que el art. 517 reza «El juicio de desalojo procede contra el locatario, sublocatario, tenedor precario, intruso 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 intrusos en cualquier estado del juicio lue-

go 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».

No es mi intención determinar quiénes son los intrusos. Ninguna norma procesal o de fondo, define dicho concepto aunque sí calificada doctrina. Sí me interesa y con relación a la figura de la tutela anticipada por evidencia, advertir los alcances de nuestra ley ritual, ya que solo concede ésta tutela cuando la causal de Desalojo es la de intrusión, vale decir autoriza el lanzamiento anticipado solo ante la presencia de intrusos.

Consecuentemente de la comparación de ambas normativas, la nacional y la provincial, surge que ésta última tiene un ámbito subjetivo restringido, al aludir únicamente a la figura del intruso.

Mucho se discute acerca de la naturaleza jurídica de dicho instituto. Así, se lo ha calificado como una medida cautelar.

Se ha puesto el acento también en que no se trata de una cautelar clásica, sino especial. Al respecto, se afirma que, a diferencia de las medidas cautelares clásicas, la del caso no busca garantizar ulterioridades, o sea, consecuencias de una sentencia firme y en condiciones de ejecutar, con ella se actualiza la protección que antes de la sentencia merece el derecho invocado. Se beneficia a aquel que invoca la titularidad de un derecho a la tenencia actual y pacífica del inmueble.¹⁶

Otra corriente de opinión, –a la que adhiero– entiende que el desalojo anticipatorio o lanzamiento anticipado, según la terminología que se prefiera, es un verdadero despacho interino de fondo o sentencia anticipatoria. Al respecto se ha dicho en nuestra jurisprudencia provincial, por ejemplo, que la misma es una resolución anticipatoria, esto significa que dicha resolución en vez de asegurar la futura realización de un derecho, realiza ya mismo el derecho material sometido a juicio antes de que éste finalice.¹⁷

Vale decir como se expresó solo se concede esta tutela anticipatoria cuando estamos en presencia de intrusos, a diferencia del Código Procesal Nacional que la hace extensible a otras causales, verbigracia: falta de pago o vencimiento de contrato, ello según las previsiones del art. 684 bis. Consecuentemente de acuerdo a lo reglado en dicha norma el actor amplía la posibilidad de obtener la desocupación inmediata bajo caución real en los casos en que la causal invocada para el desalojo fuera la de falta de pago o de vencimiento de Contrato. Claro está si se probare, de acuerdo a la previsión de dicho artículo, que el actor obtuvo esa medida ocultando hechos o documentos que configuraren la relación locativa o el pago de alquileres, además de la inmediata ejecución de la caución se le impondrá una multa de hasta \$20.000 a favor de la contraparte.

La normativa del CPN está dispuesta en beneficio del actor y a la vez produce un efecto desalentador para el inquilino u ocupante que incumpla sus obligacio-

Claves Judiciales

La prueba frente a la evidencia y la urgencia

¿En el juicio de Desalojo corresponde solo frente a la causal de Intrusión?

nes, ya que será obligado a dejar el inmueble en cuestión en un plazo breve. No se nos olvide que ya se le aplique al desalojo el trámite sumario o sumarísimo según el caso, el plazo de duración de dicho proceso es incierto y permite en innúmeras oportunidades realizar por parte del ocupante o locatario maniobras dilatorias con un marcado perjuicio al actor.

¿Qué hacer entonces con nuestro art. 517 que no tiene los alcances de la normativa nacional?

A priori entiendo como expresé se trata de una sentencia anticipatoria.

En segundo lugar ya se trate de desalojo o cualquier otra acción que amerite esta anticipación de tutela, el juez debe estar convencido: a) de que existe una fuerte probabilidad que le asista razón al peticionante -verosimilitud del derecho- y que por tanto se hace necesario el otorgamiento de la tutela anticipatoria, b) que exista urgencia (que es más amplia que el periculum in mora de las medidas cautelares ge-

néricas) en que sea atendido su pedido so riesgo de sufrir un daño irreparable; c) que la evidencia sea en la especie, el factor preponderante que justifique la solución excepcional de tutela anticipatoria; d) la defensa desplegada por el demandado al contestar la demanda y sus fundamentos; e) la conducta del demandado; f) las constancias de autos; etc. En suma estos extremos hacen a un juicio de atendibilidad que realiza el juez considerando las reales circunstancias del caso, la urgencia y la evidencia.

La verificación de éstos recaudos es de suma importancia ya que en virtud de las previsiones del art. 517 del CPCC, aquella tutela se ordenará o no después de trabada la *litis*, por tanto el juez lo hará en forma pormenorizada y de acuerdo a las reglas de la sana crítica para luego formar su convicción sobre el otorgamiento de la tutela y con los recaudos que aquella normativa indica.

Ahora bien, ¿qué ocurre si no se trata de un intruso y el actor peticiona el lanzamiento anticipado por cualquier

otra causal de desalojo?

Pues bien, dos son las respuestas.

La más fácil es el rechazo *in limine* por cuanto no está previsto en las disposiciones del art. 517 del CPCC.

La otra, será en primer lugar ordenar la traba de la *litis* como lo prescribe el artículo; y en segundo lugar analizar en forma pormenorizada los recaudos que debe contener la tutela anticipatoria y que ya se expresó precedentemente, verificar si dichos recaudos se encuentran cumplidos en el proceso, analizar detenidamente los términos de la defensa y la conducta del demandado. También, se me ocurre en el caso que la pretensa tutela anticipada obedezca a un uso abusivo del inmueble cedido en locación, analizar la prueba que con la demanda acompañe el actor. De seguro acompañará fotografías, intimaciones realizadas por el Consorcio del Edificio; intimaciones que él mismo hizo al locatario; respuestas del locatario aquellas intimaciones, etc.

Después, si el juez tiene, no la certeza absoluta que pudiera adquirir al dictar la sentencia de mérito, sino una convicción suficiente acerca del derecho que le asiste al accionante, deberá declarar a priori la inconstitucionalidad de la norma para después conceder ésta tutela anticipatoria de evidencia.

Huelga una aclaración, no solo se deberá fundamentar en forma pormenorizada la declaración de inconstitucionalidad de la norma y la concesión de la tutela anticipada de evidencia, sino por sobre éste recaudo, el juez deberá ser sumamente prudente en la declaración y en la concesión. En el sentido que la primera es la última ratio del ordenamiento jurídico y la segunda es de carácter excepcional. La declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, la última ratio del ordenamiento jurídico y debe ser ejercida por los magistrados (cualquiera); únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad sea inconciliable; o cuando no quede más remedio en situaciones de

máxima gravedad. Si bien su misión es afianzar la justicia, otorgando una tutela judicial efectiva siempre debe hacerlo con prudencia y mesura.

A modo de conclusión.

Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa y consecuentemente dar cabida legal a los procesos urgentes. Por fortuna la jurisprudencia ha acogido favorablemente las figuras preterianas que hacen viable aquel proceso, y que por otra parte constituyen un avance en nuestra procesalística y responden a una corriente doctrinaria moderna. En los tiempos que corren más que nunca los órganos jurisdiccionales se ven exigidos a otorgar respuestas prontas ya que los justiciables no admiten dilaciones.

No podemos olvidar que el derecho a la jurisdicción consagrada en nuestra Constitución Nacional engloba no solo el acceso a la justicia sino también a la tutela judicial oportuna, es decir en tiempo útil. La necesidad de generar una «jurisdicción oportuna» condujo

al replanteo del orden clásico de los factores en la estructura del proceso y a su posible alteración: oportunidad de debate y oportunidad de la decisión.

La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental en sí mismo, ya que se trata del derecho de todo individuo a hacer valer judicialmente sus derechos (no solo los fundamentales) mediante técnicas procesales idóneas para la efectividad de los mismos y la procesalística moderna del siglo XXI busca entre otras cosas hacer efectivos los derechos sustanciales de la sociedad toda.

Entre los procesos urgentes encontramos a la medida autosatisfactiva, a la sentencia anticipada por urgencia y por evidencia. Con relación a éstas últimas puede decirse que la justicia temprana es el género, siendo especies de la misma la tutela anticipada de urgencia y la tutela anticipada de evidencia.

Para su concesión, el juez deberá analizar cuidadosa y prudentemente, en el caso de las últimas citadas el fac-

Claves Judiciales

La prueba frente a la evidencia y la urgencia

¿En el juicio de Desalojo corresponde solo frente a la causal de Intrusión?

tor urgencia y el factor evidencia. Resulta poco probable que el juez despache una medida autosatisfactiva o una resolución anticipatoria, solo a mérito exclusivo de estimar verosímil la afirmación de los hechos narrados por el requirente. Por tanto deberá considerar la conducencia y pertinencia de los hechos, el factor urgencia, el factor evidencia y valorar la prueba que aportara prima facie el requirente de la medida y que hagan a la seriedad de la postulación.

En el juicio de desalojo anticipado previsto en nuestra Ley Ritual, deberá estar trabada la litis. Pero siempre, en todos los casos, deberá apreciar el juez la conducta de las partes.

Estas caras soluciones pretorianas, que aún no han tenido recepción legislativa en nuestra Provincia, son de carácter excepcional, cuyo objetivo es acelerar los tiempos procesales normalmente morosos, obteniendo una condena provisoria y eventualmente reversible.

Si bien el juez debe ser exigente en el

cumplimiento de los recaudos que hacen a la procedencia de éstas medidas; una vez verificados tales, una vez valorado los extremos apuntados precedentemente, no deben trepidar en despacharlas, claro está siempre con prudencia. Reitero, luego de apreciar de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la seriedad del escrito de postulación, el factor urgencia, el factor evidencia, la documentación o elementos en la que se sustenta la pretensión, la conducta de las partes, los términos de la contestación de la demanda y sus fundamentos en el caso del juicio de Desalojo, etc., valiéndose para tal objetivo del requisito de fuerte probabilidad que el Derecho sea atendible.

No media afectación del principio de bilateralidad si se posterga la contradicción, sino, por el contrario, una adecuada compatibilización e integración de las garantías constitucionales vinculada al «debido proceso», por un lado, la defensa en juicio y la igualdad y; por el otro el dictado de una rápida y eficaz decisión jurisdiccional que haga efectivo el postulado de afianzar la justicia.

Como dijo el Maestro Morello «el impacto de las reformas constitucionales en la sociedad nos reclama (a los abogados) que, sin cortedad de miras, ni avaricia en la imaginación demos un salto cualitativo y reivindicemos a la Justicia». ■

CITAS

¹MORELLO, AUGUSTO MARIO. «Avances Procesales». Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. Año 2003. Pág. 343.

²PEYRANO, JORGE WALTER. J.A. 1995 I. Pág. 899.

³PEYRANO, JORGE WALTER. L.L. 1996- A- 999.

⁴PEYRANO, JORGE WALTER. «La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular» E.D. 163-786.

⁵PEYRANO, JORGE WALTER - EGUREN, MARÍA CAROLINA. «Medidas Autosatisfactivas» Tomo I. Parte General. Segunda Edición ampliada y actualizada. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. Año 2014. Pág. 28.

⁶PEYRANO, JORGE WALTER. «Nuevas Tácticas Procesales». Editorial Jurídica Nova Tesis. Rosario. Año 2010. Pág. 131.

⁷PEYRANO, JORGE WALTER. «Nuevas Tácticas Procesales» Ob. Cit. Pág. 144.

⁸PEYRANO, JORGE WALTER «El dictado de decisiones judiciales anticipadas». L.L. 2011 B. p. 774.

⁹PONCE, CARLOS RAÚL. «Pruebas en poder de la parte contraria. Postergación de la bilateralidad», en «Temas de Prueba. Prueba Ilícita y Prueba Científica». Director ROLAND ARAZI. Editorial Rubinzal Culzoni. Primera Edición. Santa FE. Año 2008. Pág. 253.

¹⁰PEYRANO JORGE WALTER «Un fuerte espaldarazo jurisprudencial a la medida autosatisfactiva». E.D. 180-285.

¹¹PEYRANO, JORGE WALTER - CARBONE CARLOS «Sentencia Anticipada». EGUREN, MARÍA CAROLINA. «La Jurisdicción oportuna». Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. Año 2000. Pág.300.

¹²J.A. 1998 I Pág. 465.

¹³PEYRANO, JORGE WALTER «Herramientas Procesales». Editorial Jurídica Nova Tesis. 1ra. Edición. Rosario. Año 2013. Pág. 107.

¹⁴PEYRANO, JORGE WALTER. «La Tutela Anticipada de Evidencia» La Ley 2011 -C- Pág. 680.

¹⁵PEYRANO, JORGE WALTER. «Herramientas Procesales» Editorial Jurídica Nova Tesis. 1ra. Edición. Rosario. Año 2013. Pág.180.

¹⁶L.L. 1999 D 924. L.L. 2006. 369.

¹⁷Cámara de Apelaciones de Circuito de Rosario. ZEUS Boletín N° 6485 del 7/8/2000.