

JURISDICCION Y COSA JUZGADA ANTICIPATORIA

ADOLFO ARMANDO RIVAS

Universidad de Buenos Aires, Universidad del Salvador (Argentina)

I. *Las funciones estatales*

Como es sabido, tres son las funciones estatales admitidas clásicamente¹: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional. Sin perjuicio de admitir que las dos últimas coinciden en aplicar el derecho objetivo al caso concreto² y que -pese a terminantes prohibiciones constitucionales³ la administración avanza sobre la jurisdicción ejerciendo actividades típicas de ésta⁴, es perfectamente posible establecer el campo propio de lo jurisdiccional y separarlo adecuadamente de lo administrativo.

II. *La función jurisdiccional*

La función jurisdiccional es, a nuestro juicio, la actividad estatal destinada a operar cuando se produce un conflicto con trascendencia jurídica que requiere de heterocomposición. Los órganos de la jurisdicción actuarán entonces como tercero imparcial -nunca como interesados en el enfrentamiento-, haciendo aplicación del derecho

¹ VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, Tomo I, pg. 10. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1949.

² KELSEN Hans. *Teoría General del Estado*. Traducción de Luis Legaz Lacambra, pgs. 316 y 317. Ed. Nacional, México. 1954.

³ Constitución argentina art. 109. "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas".

Con mayor contundencia, Constitución chilena, art. 73: "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos" (Primera parte).

⁴ La Corte Suprema de Justicia argentina, declaró en numerosas oportunidades que es válida la actividad administrativa en función jurisdiccional siempre que se asegure un control judicial suficiente acerca de lo resuelto, no siendo suficiente al respecto la posibilidad de interponer el recurso extraordinario federal (CSJN Fallos 187:79, 247:646, 274:157; 301:1217; 305:132 entre muchos otros).

objetivo -nunca de criterios de discrecionalidad o de naturaleza política-, a cuyos fines utilizarán al proceso como instrumento (en algunos casos a ciertos procedimientos⁵) de manera de poder arribar, como culminación de su intervención, a una sentencia capaz de adquirir fuerza de cosa juzgada dándose con ello solución al conflicto que motivó la actuación consiguiente.⁶

Preponderantemente, la función jurisdiccional es ejercida en naciones como la República Argentina, por el Poder Judicial⁷ si bien es factible que, según la estructura constitucional del país que se trate, se encuentre en manos de organismos que no le pertenecen⁸.

De tal manera y a los fines de simplificar nuestro trabajo y el de los lectores, seguiremos en adelante refiriéndonos a la figura del juez, personificación de la función que estamos considerando.

III. *Los componentes de la función jurisdiccional*

Así personificada la función jurisdiccional no podemos dejar de señalar que ésta se lleva a cabo utilizando los dos componentes que la alimentan: nos referimos al *imperium* y a la *iurisdictio*; el primero es el poder de mando del magistrado, en virtud del cual puede someter a sus decisiones a las partes y a los terceros; se trata de las conocidas *vocatio* y *coertio* de los romanos⁹ a las que debemos sumarles facultades tales como las de dirigir el proceso¹⁰, decretar medidas cautelares, disponer diligen-

⁵ Damos al concepto de "procedimientos" entre otras acepciones, la de tratarse del desarrollo procesal carente de bilateralidad; es lo que ocurre con los pasos relativos a la petición, recepción de prueba, decisión, otorgamiento de fianza y concreción de la medida cautelar. El proceso, incluso la actividad que puede generar la presencia del afectado después de la traba de aquellas medidas, es el que se caracteriza por la bilateralidad.

⁶ Obviamente que ello no excluye a los llamados modos anormales de terminación del proceso (transacción, conciliación, caducidad de la instancia, etc.) y a los sobreesimientos.

⁷ Ver nota 3; en la República Argentina, país federal, el Poder Judicial de la Nación de carácter federal, está formado por "una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación; la justicia federal es de excepción y la justicia ordinaria está a cargo de los tribunales instituidos por las provincias. La ciudad de Buenos Aires ha pasado a ser, desde la reforma constitucional de 1994, un estado autónomo, sede a la vez del Gobierno nacional; pese a esa autonomía que lo equipara a las provincias, una ley del Congreso determinó que la justicia ordinaria seguiría siendo como hasta ahora, de origen nacional.

⁸ Por ejemplo, Tribunales Constitucionales (Chile, art. 81 de la Constitución; España, art. 159 de la Constitución, etc.); en Colombia, si bien dentro de la denominada "Rama Judicial", la Constitución distingue entre Jurisdicción ordinaria, Contencioso administrativa con el Consejo de Estado y Constitucional (Corte Constitucional); incluso está prevista una jurisdicción especial a cargo de las autoridades de los pueblos indígenas con normas y procedimientos propios.

⁹ La *vocatio* es el poder del juez para compeler al justiciable a comparecer y/o a quedar sometido a sus decisiones como consecuencia de la convocatoria. Comenzó por considerársele un poder del actor, luego reconocido al tribunal. La *coertio* es el poder de hacer cumplir sus mandatos que alcanza incluso a terceros (testigos, expertos, etc.).

¹⁰ Por ejemplo, artículo 34 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación impone a los jueces como un "deber", dirigir el proceso, prevenir nulidades, mantener la igualdad de partes, prevenir y sancionar la inconducta procesal, llevar a cabo la concreción del principio de economía procesal; como "facultades", el art. 36 le autoriza a esclarecer la ver-

cias preparatorias, imponer y ejecutar sus propias decisiones, así como arbitrar los medios necesarios para forzar la obediencia de sus mandatos; como puede verse, agrupamos aquí un conjunto de actividades de autoridad; ahora bien, éstas se ejercen con relación a la *iurisdictio* y le sirven a la vez de presupuesto y consecuencia, de modo que no podemos separarla del *imperium*, ni hacerla jugar independientemente marcándose con ello la existencia de una inescindible unidad de tales factores, incluso porque el *imperium* no puede jugar sino como medio instrumental de la *iurisdictio*.¹¹

En cuanto a la *iurisdictio* consiste en el análisis del caso y la solución del conflicto mediante la aplicación del derecho; como puede verse, con ella se cumple el objetivo de la función respectiva al tiempo que la misma toma su nombre de este componente.

Ahora bien, tanto para el uso del *imperium* como para el de la *iurisdictio*, el juez debe *conocer del conflicto y de sus términos*, ya que su actividad, correlacionada con cada uno de aquéllos, no resulta ser permanente -a diferencia de la administrativa- sino que se pone en acto ante cada requerimiento concreto formulado a través de la acción; para ello debe enterarse de qué se trata, en qué consiste el enfrentamiento y a ello llegará según los casos, al usar las disposiciones normativas que le permiten actuar aplicando soluciones procesales o meramente procedimentales.

De tal manera, el conocimiento del conflicto quedará sometido a los términos del litigio y éstos, sujetos a los tipos procesales establecidos y al alcance que a través de los mismos se otorgue al conocimiento referido.

Según lo expuesto, puede darse que un conflicto para ser resuelto en su totalidad, genere distintos litigios; así, por ejemplo, un conflicto acerca de la posesión de un bien puede provocar lo que llamamos solución anticipatoria (medida cautelar para la generalidad de la doctrina), luego el posesorio y después el petitorio; una pretensión determinada puede requerir de una vía cautelar incidental, luego o paralelamente, de la solución del conflicto principal, distinto del que genera la medida cautelar; un ejecutivo admitirá un litigio de fondo ulterior.

De tal manera, cuando en lo sucesivo empleemos el término conflicto, deberá tenerse en cuenta que aludimos al que se presenta como contenido de una *litis* y que

dad de los hechos controvertidos, disponer la comparecencia de las partes, testigos y peritos, agregar documentos, llevar a cabo actividades para evitar la paralización del proceso; el art. 35 le permite tomar medidas disciplinarias y el 37 aplicar sanciones conminatorias.

La Constitución de Chile consagra en el art. 73, tercera parte, contundentes poderes de los jueces para hacer cumplir sus mandatos y practicar los actos de instrucción que dispongan.

¹¹ En contra de tal unidad puede verse la opinión de Lascano y Clemente Díaz que recordaban la carencia de *imperium* del *iudex* por ser connatural con la administración; ello les permite sostener que el *imperium* no es un elemento constitutivo y esencial de la jurisdicción (Díaz Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal*, Tomo II, pg. 40 nota I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972 y transcripciones que realiza de Lascano David, *Jurisdicción y competencia*, Buenos Aires, 1941).

Sin entrar a negar el acierto de tal aseveración pensamos que el concepto jurisdicción puede ser tomado históricamente (encontraremos, entonces, por ejemplo, jurisdicción sacerdotal, feudal, privada, estatal) o como realidad de ejercicio de la función estatal correspondiente; ello permite perfilar distintos elementos naturales de cada tipo que pueden darse en uno y no en otros sin desmedro de la caracterización inherente a cada uno.

podrá o no alcanzar a todos los aspectos del enfrentamiento según así lo permita o no el orden jurídico.

IV. *El conocimiento del juez*

El juez se encuentra ante el conflicto que se le presenta y la pretensión y defensa que se le exponen, en estado inicial de ignorancia acerca de la realidad de lo ocurrido, enfrentado a dos versiones cada una con vocación de verdad.

Pasará de inmediato a informarse a fin de poder otorgar en su momento la respuesta jurisdiccional que le es requerida. Luego y en la medida en que vaya reuniendo los elementos de información pertinentes entrará en un estado psicológico de duda; durante el mismo, teóricamente no puede formular válidamente juicios de certeza, a menos que el orden jurídico se lo imponga. Va en ello el principio de imparcialidad, el que debe ajustarse evitando así caer en prejuiciamiento, ello independientemente de aquello que pueda pasar por su fuero íntimo.

Al tiempo de sentenciar, pasará del estado de duda al de convicción; en éste aparecerá persuadido que los hechos ocurrieron de cierta manera y, siendo experto en ciencia jurídica al punto de "saber el derecho", combinará ambos factores produciendo una declaración de certeza con la que dará respuesta jurisdiccional al requerimiento que oportunamente se le formulara.

Tal respuesta no puede ser postergada ni remitida a otra vía procesal con fundamento en la existencia de un grado imperfecto de conocimiento; en tal sentido, el magistrado no goza del *non liquet* del *iudex romano*¹².

Por lo demás, el orden jurídico le impone producir la declaración de certeza en un momento procesal dado, de modo que la determinación de tal momento es, por lo general, ajeno a la voluntad del juez¹³; ello demuestra que la acumulación informativa está dependiendo de factores externos al intelecto del juzgador, de modo que puede verse forzado a resolver sin que tal acumulación sea completa¹⁴. En tal sentido aparecen las limitaciones al conocimiento impuestas en virtud de diversos principios y necesidades y que alteran la regla básica según la cual la declaración de certeza deberá hacerse cuando el magistrado se encuentre en condiciones de contar con toda la información necesaria para resolver de manera plena y definitiva el conflicto que le ha sido presentado. Nos remitimos igualmente a lo expuesto en el punto VII, cuando desarrollemos el tema de la certeza.

V. *Limitaciones al conocimiento*

Frente a la posibilidad de amplitud referida en el punto anterior, nos encontramos con que el conocimiento del juez puede sufrir (según lo imponga el orden jurídico en

¹² Ver al respecto, Constitución de Chile, art. 73 segunda parte.

El Código Civil argentino determina que los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (art. 15).

¹³ Así, el art. 34 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación le impone el deber de sentenciar y dictar providencias simples dentro de plazos de cumplimiento obligado, como principio general.

¹⁴ Para ello jugarán soluciones como las que aparecen en el punto VI, como caracterizando la convicción *propia ficta*.

virtud de la naturaleza de la pretensión, el alcance del derecho de defensa, las necesidades del requirente y la verdadera funcionalidad y eficacia de la jurisdicción) limitaciones a las que podemos clasificar en dos grandes grupos: a) por la extensión del conflicto; b) por la necesidad de anticipación.

Según la extensión del conflicto de acuerdo a la regulación legislativa, las limitaciones cognoscitivas pueden ser: 1) naturales; 2) horizontales, y 3) verticales.

Con respecto a las primeras, sabemos que el conflicto mismo establece una natural limitación inicial, desde que el juez no puede sino resolver aquél que le plantean las partes y dentro del ámbito que el mismo establece; sin embargo, fuera de eso es posible que, en base a determinadas circunstancias, el juez deba pronunciarse sin poder analizar determinados aspectos del conflicto; es lo que ocurre en las ejecuciones en las que le está vedado hacer lo propio con la causa de la obligación, campo que quedará fuera del ámbito del conocimiento y en su caso, para ser debatido en un proceso ordinario ulterior¹⁵; algo similar ocurrirá en materia de interdictos, mediante los cuales podrá discutirse la temática del hecho de la posesión, pero no la del derecho a ella que quedará remitido a las respectivas acciones¹⁶.

Las limitaciones verticales -que pueden combinarse o no con las anteriores¹⁷- se dan cuando, dentro del campo de conocimiento admitido, la ley imposibilita su profundización. Así, ello podrá darse, por ejemplo, en el amparo; según nuestro dere-

¹⁵ Art. 544 inc. 4 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: "Falsedad o inhabilidad de título con que se pide la ejecución. La primera podrá fundarse únicamente en la adulteración del documento; la segunda se limitará a las formas extrínsecas del título, sin que pueda discutirse la legitimidad de la causa. El reconocimiento expreso de la firma no impide la admisibilidad de la excepción de falsedad fundada en la adulteración del documento."

"Estas excepciones son inadmisibles si no se ha negado la existencia de la deuda".

Este dispositivo puede compararse con las disposiciones del art. 478 (500) del Código de Procedimiento Civil de Chile que determina que la sentencia recaída en el ejecutivo hace cosa juzgada en el ordinario ulterior salvo reserva de acciones y excepciones. Pero, observamos que entre las excepciones admisibles por el art. 464 (486) se encuentra la nulidad de la obligación, al tiempo que el inciso 7º, equivalente, según entendemos a nuestra inhabilidad de título, no contiene una expresa prohibición de discutir la legitimidad de la causa, como ocurre entre nosotros.

¹⁶ Art. 622 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: "Juicio posterior. Las sentencias que se dictaren en los interdictos de adquirir, retener y recobrar no impedirán el ejercicio de las acciones reales que pudieren corresponder a las partes."

Art. 623 "Trámite. Las acciones posesorias del título III, libro III del Código Civil, tramitarán por juicio sumario".

"Deducida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse acción real".

Comparar con el sistema de los arts. 563 (716) y 564 (721) del Código de Procedimiento Civil de Chile.

¹⁷ Por ejemplo, en la citación de evicción, prevista procesalmente en el art. 111 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la admisibilidad de la citación se analizará inaudita parte mediante un juicio que importa la existencia de una limitación horizontal; se hará lugar a la citación si fuere manifiestamente procedente (limitación vertical) ello sin perjuicio de que el citado no puede discutir la procedencia de la citación limitándose a asumir o no la defensa y si no la ejerciere, su responsabilidad deberá discutirse en otro juicio (art. 106) en el que, naturalmente, se revisará el acierto de la citación dispuesta.

Comparar el sistema descrito con el previsto en los artículos 584 (742), especialmente en su segunda parte y subsiguientes del Código de Procedimiento Civil de Chile.

cho, el juez solamente podrá considerarlo si la ilegalidad o la arbitrariedad de la conducta lesiva resulta *manifiesta*¹⁸. Denominamos a este tipo de limitaciones, vertical-cualitativa.

Un comentario especial merece el caso de las medidas cautelares; en éstas, como es sabido, la ley impone un conocimiento sobre dos extremos: verosimilitud del derecho y peligro en la demora; lo hace en función, precisamente, de una pretensión cautelar que debe ajustarse a la demostración de la existencia de tales factores. De tal manera resulta que en las medidas tratadas hay, como en todo caso, una limitación natural. No hay, en cambio, una limitación horizontal, pues el campo abarcado por la *litis* cautelar es amplio y total; se verán todos los aspectos precisados a los fines de la pretensión y la defensa consiguiente.

En cambio, nos encontramos ante una limitación vertical por lo menos en lo que hace a la existencia del derecho, pues no se admite ni es posible un análisis profundo de la cuestión, sino en la medida indispensable para establecer la verosimilitud de aquella existencia.

Ahora bien, frente a la solicitud de la medida cautelar, la ley impone al juez el consiguiente pronunciamiento; de ahí que como lo veremos en el punto siguiente tendrá que pronunciarse en base a un estado psicológico de convicción; nos adelantamos a decir que ésta será impropia o propia, según el caso; será impropia la que tenga que operar inaudita parte, pues ella admite la presentación de contraprueba y el cuestionamiento acerca de la procedencia jurídica de la medida dispuesta, pero por vía incidental articulada antes de quedar firme lo decidido; pero dado este caso y dentro de la relatividad de los alcances de la convicción (ver punto VI) pasará a ser propia.

Una y otra modalidad de convicción se corresponden con la certeza propia (ver punto VII) aun cuando parezca paradójico; en efecto, sea que la decisión adoptada se confirme luego de utilizar los recursos posibles, sea que se esté a lo resuelto en el incidente, sea que no ocurra ni lo uno ni lo otro, la certeza, al no admitir pronunciamiento ulterior salvo el *rebus sic stantibus*, pasará a ser propia. Deberá tenerse presente que el *rebus sic stantibus*, es decir, una realidad distinta de la ya juzgada, es inherente a las decisiones cautelares según resulta del art. 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ver texto en nota 29)

Claro que aquí juega un problema procesal; las medidas cautelares se decretan inaudita parte y la decisión que al respecto se adopte, es recurrible por apelación o por reposición (art. 198 de dicho código).

Esa circunstancia no modifica lo que venimos diciendo. Ocurre que por la especial configuración del procedimiento aplicable a la *litis* cautelar, el conocimiento, pese a las limitaciones de tipo vertical, deberá integrarse en la alzada con las alegaciones de la afectada. De tal manera será allí en donde se complete la realidad abarcada por la declaración de certeza; de tal modo, la alzada opera como si fuese la primera, si bien en parte de los aspectos de la contienda y en una tarea de revisión global.

Queda el caso de recurrirse por reposición, es decir, ante el propio juez que decretó la medida; tampoco aquí se altera nuestro razonamiento; al igual que en el

¹⁸ Así lo determina el art. 43 de la Constitución argentina según la reforma de 1994, siguiendo el modelo significado por el art. 1 de la ley 16.986 (amparo contra actos del poder público) y 321 segunda parte del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. De igual manera está concebido en el proyecto de nueva ley de amparo que, con sanción del Senado, se encuentra a consideración de la Cámara de Diputados.

caso anterior, habrá una integración de los elementos de juicio que habrán de computarse con respecto a la misma realidad que el mismo juez tendrá que considerar.

De tal manera, con el característico efecto revisor de los recursos, se dará una resolución complementaria o integrativa de la primera.

Puede pasar que solamente se le permita evaluar determinadas pruebas y no todas las que puedan ser útiles para resolver; son las que llamamos limitaciones vertical cualitativas. Por ejemplo, combinadas con limitaciones horizontales, tal como ocurre en 109 ejecutivos cuando no se admite más que un determinado tipo de prueba¹⁹ o con las verticales, por ejemplo en el amparo en el que existen pruebas excluidas²⁰.

También será preciso tener en cuenta que aun en los casos en los que, como principio, no existan limitaciones al conocimiento, la ley puede excluir cuantitativa o cualitativamente el uso de determinadas pruebas; pero eso hace no a limitaciones cognoscitivas sino a presunción de suficiencia del *cuantum* probatorio admisible o al principio de apreciación de la prueba por parte de la ley, es decir, campos en los que el conocimiento del juez más que limitado, se encuentra excluido según el sistema de prueba legal.²¹

VI. La convicción

La convicción es el estado psicológico del juez acerca de la veracidad de una u otra de las versiones que confrontan en el conflicto. Está referida a los hechos del proceso y no al derecho que, sabido por el juez, será manejado como un instrumento aplicable a la realidad que fuera debatida.

La convicción no es un elemento que juegue de manera aislada y por así decirlo "soberana"; por el contrario, estará condicionada por las limitaciones cognoscitivas referidas, por el juego del sistema de prueba legal, por las soluciones supletorias que la ley proporciona en materia de prueba y todo ello con relación a los momentos y oportunidades en las que el sistema procesal le impone resolver.

Es decir, que no siempre la convicción es estado psicológico puro y real convencimiento del juez acerca de la verdad.

Ello nos permite clasificar la convicción dividiéndola en propia e impropia. La primera es aquella en la que el magistrado está plena y definitivamente convencido y en virtud de ello puede emitir en tiempo propio el pronunciamiento de certeza; tiene

¹⁹ Así, las excepciones de pago total o parcial, compensación, quita, espera, compromiso, remisión, novación, transacción y conciliación (y en general todas las excepciones admisibles) en el juicio ejecutivo (limitación horizontal) deberán fundarse en prueba documental-limitación vertical cuantitativa. Comparar con el sistema del art. 465 (487) del Código de Procedimiento Civil de Chile.

²⁰ Según la ley 16.986 de amparo contra actos del poder público, no era admisible la prueba de confesión de las partes. En el proyecto de nueva ley de amparo elevado por el Poder Ejecutivo nacional y al que se alude en la nota 18 parte final, se excluye a la prueba pericial, a la confesional y se limita la testimonial a dos personas.

²¹ Por ejemplo, salvo los casos de existencia inequívoca de simulación, la simulación de un acto jurídico iniciada por uno de los partícipes en el mismo, requiere de contradocumento; prohibición de admitir la declaración del esposo para acreditar el ser acreedora del marido, cuando con la mujer concurren otros acreedores, la exigencia de prueba documental para probar determinados negocios jurídicos, etc.

como presupuesto el haber podido reunir el grado de información necesaria o poderlo combinar o reemplazar con las soluciones que la ley haya podido establecer.

Como la convicción es, de todos modos, un concepto de valor relativo, se la encontrará incluso en los casos de limitaciones horizontales y verticales, pues se conjuga siempre con relación al ámbito del conocimiento permitido al magistrado.

De allí que encontremos una convicción propia y otra impropia; la primera puede ser propia real, o propia *ficta*, aun cuando cabe señalar que una y otra pueden combinarse. La propia real se configura cuando la información recibida es de total eficacia e impacta en la psiquis con plenos efectos la propia *ficta*, por el contrario, es la que deriva de la necesidad de aplicar mecanismos tales como las reglas de la carga de la prueba, presunciones, especialmente *jure et de jure*, reconocimientos y confesiones *fictas*.

La convicción impropia es la que debe admitir el juez con elementos de juicio imperfectos y susceptibles de ser mejorados o directamente superados, cuando el orden jurídico le impone pronunciarse anticipadamente y sin agotar el campo de conocimiento sobre el que estaba habilitado para operar, dejando así abierta la posibilidad de un pronunciamiento ulterior que modifique la específica convicción alcanzada.

Ejemplos de convicción impropia encontramos claramente configurados en materia de proceso penal cuando el juez debe apreciar *prima facie* la conducta del individuo para sobreeser o por el contrario dictar auto de procesamiento o prisión preventiva. En el proceso civil cuando debe dictar pronunciamientos anticipatorios como los referidos en el punto XIV, o bien, cuando debe hacer o no lugar al pedido de medida cautelar, basándose en apreciación con los elementos de juicio reunidos, de la existencia de verosimilitud del derecho o de peligro en la demora.²²

VII. La certeza

Tal como ya quedó esbozado (ver punto IV), la certeza es un componente jurídico que tiene a la convicción como presupuesto; sin embargo, es distinta de ésta ya que no se conforma en la psiquis del juez, sino en el mundo del derecho en cuanto éste le impone pronunciarse en un momento dado del proceso o del procedimiento

La certeza consiste en la declaración que determina quién de los enfrentados en el conflicto está asistido por el orden jurídico; en tal sentido no es sino la manera de concretar la *jurisdicció* (ver punto III) constituyendo la expresión jurisdiccional por excelencia. Desde ya que como tal, contendrá los correspondientes elementos de *imperium*.

Debemos tener presente, sin embargo, que al igual que la convicción, la certeza estará siempre referida o limitada al campo conflictivo puesto a la consideración del juez; o en otras palabras, a los alcances de la *litis* y con sujeción a las delimitaciones que al respecto imponga la ley mediante las limitaciones cognoscitivas que hemos explicado.

Por otra parte, y esto es fundamental, la certeza se pronunciará con relación a los términos en los que se trabó la *litis* y a la realidad comprendida en ésta, salvo el *ius*

²² Sin embargo, según los sistemas procesales vigentes en las provincias de Santa Fe y Córdoba, medidas como el embargo preventivo se decretan con la sola prestación de fianza adecuada. Comparar con los arts. 298 y 299 chilenos.

superviniens. La realidad posterior a la declaración de certeza no está alcanzada y ello es lógico pues no cabe convertirla en un ejercicio de futurología. Es aquí en donde corresponde señalar que la certeza se adscribe al principio del *rebus sic stantibus*.

La certeza puede ser propia o impropia; la primera es la que se produce cuando el juez alcanza convicción propia; es decir, en los casos en los que no se le impone resolver con elementos incompletos o de valor provisional (convicción impropia); resulta por ende inmutable e inalterable y este fenómeno se mantendrá, aun cuando haya de pronunciarse en base a limitaciones cognoscitivas, at to la relatividad enunciada más arriba; así, podrá haber una nueva declaración de certeza referida al mismo conflicto, pero ésta se ajustará a los alcances de una *litis* distinta, en la que se estará discutiendo otra realidad; ejemplo la *litis* y la realidad debatida en el ordinario ulterior al ejecutivo, en el que a diferencia de éste, se podrá discutir la causa de la obligación²³.

La certeza impropia es la coincidente con la convicción impropia y al contrario de la certeza propia, admite una declaración de certeza ulterior acerca de la misma realidad y dentro del mismo litigio, aun cuando de acuerdo con la legislación positiva podría admitirse que se diera cuando el litigio estuviese desdoblado en causas diversas o sucesivas²⁴.

La certeza impropia puede ser impropia con sustanciación e impropia sin sustanciación. La primera es la resultante de la existencia de sustanciación previa, cosa que le da una especial robustez, distinta y más profunda que la correspondiente a la que inspira a las medidas cautelares, sin que por ello alcance a la magnitud de la certeza propia.

A su vez, la impropia sin sustanciación es la que se emite *in audita parte*; se divide en impropia por satisfacción e impropia por consumación; en la primera, si bien de manera provisional, se da satisfacción la pretensión; en la segunda, en base a la situación que deriva de la naturaleza de las cosas y de la conformación de la realidad, la certeza importa la satisfacción de la pretensión sin que en la práctica quede espacio para una declaración de certeza ulterior²⁵.

²³ Art. 553 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. "Juicio ordinario posterior. Cualquiera fuere la sentencia que recaiga en el juicio ejecutivo, el ejecutante o el ejecutado podrán promover el ordinario, una vez cumplidas las condenas impuestas."

"Toda defensa o excepción que por la ley no fuese admisible en el juicio ejecutivo podrá hacerse valer en el ordinario".

"No corresponderá el nuevo proceso para el ejecutado que no opuso excepciones, respecto de las que legalmente pudo deducir, ni para el ejecutante, en cuanto a las que se hubiese allanado".

"Tampoco se podrán discutir nuevamente las cuestiones de hecho debatidas y resueltas en el juicio ejecutivo, cuya defensa o prueba no tuviese limitaciones establecidas por la ley, ni las interpretaciones legales formuladas en la sentencia, ni la validez o nulidad del procedimiento de ejecución".

"La falta de cumplimiento de las condenas impuestas podrá ser opuesta como excepción de previo y especial pronunciamiento".

"El juicio ordinario promovido mientras se sustancia el ejecutivo no produce la paralización de este último".

²⁴ Por ejemplo, procesos de raíz monitoria o el *référé* seguido del accionar del demandado.

²⁵ Esta se corresponde con la cosa juzgada anticipatoria basadas en declaraciones de certeza impropias por consumación, tratadas en el punto XIV.

Cabe señalar desde ya la vinculación directa que existe entre estas modalidades de certeza y la que denominamos cosa juzgada anticipatoria.

VIII. Certeza y resoluciones que "no causan estado"

Es factible hallar en el proceso contencioso resoluciones de las que se dice "no causan estado". El ejemplo típico está dado por el denominado, entre nosotros, beneficio de litigar sin gastos²⁶. Se considera que tal tipo de soluciones, denegatoria o procedente, no hace cosa juzgada, al parecer de ningún tipo.

En primer lugar, habrá que determinar si admiten un juzgamiento ulterior acerca de una realidad distinta de la juzgada primitivamente (*rebus sic stantibus*) o si se trata de la misma, pero vista a la luz de nuevos elementos de juicio²⁷.

Si se sigue el primero de tales temperamentos nos parece que lo decidido, pese a tratarse de una vía incidental, hace cosa juzgada material, sea que admita, sea que desestime el pedido; no hay limitaciones cognoscitivas ni siquiera verticales y se da participación a la contraria, si bien de particulares características. Obviamente que tal cosa juzgada opera exclusivamente en los límites propios de tal incidente: solamente podrá revisarse lo decidido, si cambiar la realidad considerada, por ejemplo, produciéndose un mejoramiento de fortuna o circunstancias de claro desbarranque patrimonial.

Si por el contrario, consideramos que la ley permite el aporte de nuevas pruebas sobre la misma realidad estaremos también, en las condiciones y con las limitaciones referidas, con una cosa juzgada material para la cual hay prevista una posibilidad de revisión de naturaleza parecida al recurso de ese nombre²⁸ pero por vía de una especial forma de reposición.

²⁶ Art. 82 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. "Carácter de la resolución. La resolución que denegare o acordare el beneficio no causará estado".

"Si fuere denegatoria, el interesado podrá ofrecer otras pruebas y solicitar una nueva resolución".

"La que lo concediere, podrá ser dejada sin efecto a requerimiento de parte interesada, cuando se demostrare que la persona a cuyo favor se dictó no tiene ya derecho al beneficio".

La impugnación se sustanciará por el trámite de los incidentes. Comparar con el art. 136 (144) del Código de Procedimiento Civil de Chile.

²⁷ Como puede verse, en la ley argentina, la denegatoria puede ser revisada con nuevos elementos de juicio referidos a la misma realidad; el otorgamiento del beneficio, por el contrario, solamente podrá ser revisado si operare el *rebus sic stantibus*. Desde ya que produciéndose una nueva realidad, aquel cuyo pedido hubiese sido designado podrá hacer una nueva solicitud. Según lo entendemos, la ley chilena, el *rebus sic stantibus* se aplica para permitir una nueva solicitud en caso de denegación de la primera; dependerá de la interpretación dada por los tribunales, el caso del "privilegio de pobreza" que hubiese sido concedido; parecería que solamente podrá revocársele si se demostrare que al momento de habérselo concedido debió denegársele; sin embargo, parecería un criterio estrecho no permitir el *rebus sic stantibus* si hubiese mejoramiento de fortuna.

²⁸ El recurso de revisión no está previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; se mantiene en pocas provincias, que de tal manera se inscriben en la línea del art. 810 (981) del Código de Procedimiento Civil de Chile, si bien no en cuanto a la intervención al efecto del máximo tribunal. La revisión está, en cambio, contemplada en todos los códigos procesales penales de Argentina.

Desde ya que no se debe confundir este tipo de resoluciones con la decisión anticipatoria destinada a otorgar el beneficio de manera provisional a las resultas de la decisión final del incidente.

IX. La sentencia

Aun cuando pueda deducirse de lo ya expuesto, nos parece conveniente dejar asentado que la sentencia es el acto formal por el que se exterioriza la certeza que pasa a ser uno de sus componentes; en efecto, la sentencia está integrada por la declaración de certeza, pero además, por los razonamientos y análisis de pruebas y argumentos jurídicos, cómputo de pretensiones y, en caso de condenaciones, la expresión de voluntad jurisdiccional consiguiente, es decir, un conjunto que en sí exceden la propia y sola declaración jurídica.

Desde otro punto de vista, es claro que es un acto de autoridad y como tal productor de efectos jurídicos, o presupuesto o base para que éstos se configuren como ocurre con la cosa juzgada. Los efectos que produce están vinculados con su posibilidad de impugnación, su presunción de autenticidad (*scripta publica probant se ipsa*) y la trascendencia de su contenido en orden a la ejecución provisoria y finalmente, a la cosa juzgada.

X. Clases de sentencias

En el sistema argentino las resoluciones judiciales se dividen en providencias simples y sentencias (interlocutorias y definitivas). Las primeras son descartables a los fines de nuestro estudio (al igual que las sentencias homologatorias); las segundas importan un conflicto incidental, en tanto las terceras hacen a la discusión de la pretensión principal.

Se dice que las interlocutorias causan preclusión, pero no puede negarse que sus efectos constituyen una verdadera cosa juzgada acerca de la cuestión incidental; por la ubicación de las mismas en el desarrollo procesal producen como consecuencia un efecto preclusivo, pero lo esencial es la declaración de certeza que contienen acerca de la cuestión incidental.

Esta aseveración se muestra con especial trascendencia en las resoluciones que admiten o rechazan medidas cautelares, de manera que les asignaremos desde ya efecto capaz de generar cosa juzgada sujeta, también lo anticipamos, al *rebus sic stantibus*²⁹, pero obviamente limitada a la cuestión incidental correspondiente³⁰.

De todas maneras, y con tal aclaración, debemos señalar que las resoluciones judiciales (interlocutorias y definitivas) pueden tener un sentido definitorio de la cuestión de la que se trate pero también un sentido anticipatorio. De tal manera, encontramos sentencias o resoluciones anticipatorias; son las que sirven para asegurar el cumplimiento de la sentencia definitiva para el caso hipotético de ser favorable

²⁹ Art. 202 "Carácter provisional. Las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir su levantamiento".

Comparar con el art. 301 (291) del Código de Procedimiento Civil de Chile.

³⁰ Ver al respecto el punto V.

al requirente (asegurativas o cautelares) pero sin que ello signifique satisfacción de la pretensión, las condenas de futuro³¹ y las sentencias anticipatorias que hacen precisamente a la que llamamos cosa juzgada anticipatoria, y a las que luego nos referiremos estableciendo las correspondientes diferencias con las categorías anteriores.

Desde ya que pueden revestir formas de interlocutorias o de sentencias definitivas sin que ello afecte su finalidad anticipatoria.

XI. La cosa juzgada

Desde ya que la cosa juzgada no es ni la convicción del juez, ni la declaración de certeza que emita, ni la sentencia en la que se expresa; se trata de un elemento externo inherente a la jurisdicción, que tiene como presupuesto la firmeza del fallo con respecto al que rige. La firmeza se adquiere por consentimiento, ejecutoriedad o imposibilidad de recurrir según la estructura judicial en la que se dicte el fallo.

Si bien contamos con definiciones consideradas clásicas³² podemos decir que la cosa juzgada es la virtud jurídica de vigencia de un fallo judicial en la medida y con los alcances fijados por el orden jurídico.

De tal manera, consideramos que la cosa juzgada no emana del fallo en sí sino de su reconocimiento y valoración dada por dicho orden; además, se trata de un orden cuya naturaleza es jurídica y no política; lo político importa elección de caminos posibles; lo jurídico no permite elecciones ya que la solución viene impuesta inexorablemente por el sistema que exige una sola y específica salida.³³

³¹ Sobre el tema de las condenas de futuro, ver punto XVIII.

³² "Tratando, pues, de definir el concepto jurídico de cosa juzgada, luego de tantas advertencias preliminares, podemos decir que es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla" (COUTURE Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición (póstuma), pg. 401. Roque Dopalma Editor. Buenos Aires. 1958.

"En esto consiste, pues, la autoridad de la cosa juzgada, que se puede precisamente definir como la inmutabilidad del mandato que nace de una sentencia. La misma no se identifica simplemente con la definitividad e intangibilidad del acto que pronuncia el mandato; es, por el contrario, una cualidad especial, más intensa y más profunda, que inviste el acto también en su contenido y hace así inmutables, además del acto en su existencia formal, los efectos cualesquiera que sean del acto mismo" (LIEBMAN Enrico Tulio. *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*. Traducción de Santiago Sentís Melendo, pg. 71. Ediar. Buenos Aires.

³³ Ver punto IX. "La ley confiere efectos a la sentencia antes de que la misma pase en autoridad de cosa juzgada..." (LIEBMAN Enrico, obra citada pg. 53) "De la premisa que acabamos de enunciar deriva una sola e indefectible consecuencia: la autoridad de la cosa juzgada no es un efecto de la sentencia, como postula la doctrina unánime." (LIEBMAN Enrico, obra citada, pg. 57)... "Todas las definiciones corrientes incurrir en este error de sustituir una cualidad de los efectos de la sentencia por un efecto autónomo suyo" (LIEBMAN Enrico, obra citada pg. 57).

De todos modos y dada la índole y extensión atribuible a este trabajo no profundizaremos en el tema de las doctrinas procesalística y materialística de la cosa juzgada, con sus diversas variantes o puntos de vista que se apartan de tal esquema; al respecto y sin perjuicio del análisis del tema por parte de Liebman y que puede verse en la obra citada, encontramos entre otros, los estudios de Vellani (VELLANI Mario. *Naturaleza de la cosa juzgada*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. EJEA. Buenos Aires) y Allorio (ALLORIO Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Giuffrè Editore. Milano. 1935) En Argentina puede verse IMAZ Esteban. *La esencia de la cosa juzgada*, La Ley Tomo 70,

Precisamente, el orden jurídico otorga a la sentencia un valor temporal acorde con la solución requerida por el conflicto, preservándola con respecto a la realidad juzgada sin que ello obstaculice, por principio general, el juzgamiento de realidades futuras correspondientes al mismo conflicto. (Ver punto VII).

Ahora bien: para que el segundo juzgamiento resulte posible, es menester que el conflicto no haya quedado agotado, tanto en sus términos básicos como en sus consecuencias y aún así en cuanto a estas últimas, no haya operado la garantía de propiedad prevista en las disposiciones constitucionales³⁴.

Con ese entendimiento nada impide ni contraria a la naturaleza de la cosa juzgada su modificación ulterior de acuerdo al ya recordado principio del *rebus sic stantibus*.

Tampoco lo impide que, exigiendo el orden jurídico un pronunciamiento que resuelva transitoriamente el conflicto, aplique la virtud de vigencia a la que venimos aludiendo y que como vimos no significa permanencia absoluta.

XII. Los efectos de la cosa juzgada

El primer efecto de la cosa juzgada consiste en permitir la ejecución y/o la aplicación de la declaración de certeza contenida en la sentencia. El segundo es el defender el alcance y vigencia de la declaración de certeza, cuando así correspondiere; el tercero, el de permitir el juego de un ulterior pronunciamiento de certeza, también en su caso.

Debe tenerse en cuenta que la cosa juzgada puede operar sobre o con respecto a la misma o distinta *litis*, pero siempre con relación al mismo conflicto considerado como una totalidad susceptible de admitir diversas *litis*, según ya lo dijimos en el punto III.

XIII. Clases de cosa juzgada

Tradicionalmente han sido admitidas dos clases de cosa juzgada: la material y la formal; a ella agregamos una tercera: la cosa juzgada anticipatoria.

La cosa juzgada material es la que resulta y se corresponde con un conocimiento sin limitaciones y que como tal produce un juicio de certeza propia. Opera con relación a la *litis*, pero no significa que se encuentre cerrada la posibilidad de dictarse otro juicio de certeza en distinta *litis* que importe una también distinta solución del conflicto; esto resultará factible si se dieran las condiciones del *rebus sic stantibus*, cosa que no podrá ocurrir si a raíz y con motivo de la primera declaración, el conflicto se hubiese solucionado plenamente y sin que quedara pendiente efecto alguno.

Por ejemplo, no podría quedar espacio para un juzgamiento ulterior si se cumplió íntegramente la sentencia firme que imponía el pago de una suma de dinero o la entrega de una cosa; por el contrario, si la condena debía pagarse en periodos futu-

pg. 856 y del mismo autor Límites procesales de la cosa juzgada, La Ley Tomo 75, pg. 876. También nuestro modestísimo trabajo, antecedente del presente, *La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional* en La Ley, sección Actualidades diario del 22 de febrero de 1996.

³⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación Fallos 304:521; 304:762; 301:762 entre muchos otros.

ros, cuotas o mensualidades, sería posible el juego del *rebus sic stantibus* con referencia a las parcialidades pendientes (por ejemplo, por la excesiva onerosidad sobreviniente).

La cosa juzgada formal se corresponde y resulta de conocimientos limitados, aun cuando como lo vimos producen declaraciones de certeza propia; éstas, admiten otras declaraciones de certeza propias que habrán de producirse acerca del mismo conflicto, pero en otra *litis* principal o incidental.

Por otra parte la nueva declaración no se producirá con relación a lo ya resuelto o que pudo resolverse en la anterior, sino que operará, precisamente, sobre aspectos y realidades distintas³⁵.

Esas realidades no son las que corresponden al *rebus sic stantibus* que son siempre ulteriores a la declaración de certeza, sino a las contemporáneas a ésta, excluidas de consideración, precisamente, por las limitaciones cognoscitivas. Sin embargo, es preciso señalar que en materia de decisiones cautelares y como ya se dijo, juega el *rebus sic stantibus* pese a tratarse de cosa juzgada formal, en razón de la especial función que cumplen.

En rigor de verdad y desde cierto punto de vista, la cosa juzgada formal es tan material como la material propiamente dicha, cada una dentro del campo asignado por el orden jurídico.

La cosa juzgada anticipatoria es la que resulta de la convicción impropia, generadora a la vez de una declaración de certeza impropia (ver al respecto, punto VII).

Es cosa juzgada pues si bien el litigio seguirá su desarrollo hasta la sentencia definitiva, la declaración de certeza emitida en el momento procesal oportuno, tendrá vigencia y producirá los efectos asignables a los otros tipos de cosa juzgada, a saber: a) efectivización o cumplimiento de lo resuelto; b) poder de defender lo resuelto ante un intento en contrario; c) viabilidad de un pronunciamiento de certeza ulterior, solamente que a diferencia de las demás categorías ésta se dará dentro del mismo pleito.

La cosa juzgada anticipatoria no admite el *rebus sic stantibus*, pues -salvo el *ius superveniens*- la realidad juzgada anticipadamente, será la misma que se considerará en definitiva. Precisamente en esa oportunidad se producirá cosa juzgada material con las consecuencias que a ella referimos.

La cosa juzgada anticipatoria juega siempre con sentido positivo, a diferencia de la material y la formal que pueden hacerlo también con el negativo. En efecto, se da cuando lo decidido importa satisfacción de la pretensión pues de lo contrario no habrá anticipación de lo pretendido. Puede ser total o parcial.

Como cosa juzgada, está sujeta al orden jurídico general que impone su inviabilidad en casos en que pueda resultar irrevisable y sus efectos irrevisibles. Así, por ejemplo, no podría anticiparse en un juicio por escrituración, la escrituración misma, pues en tal caso la pretensión quedaría irrevocablemente satisfecha y el bien libre para las pertinentes negociaciones con terceros. Por el contrario, y si de la realidad del conflicto así resultase, ante la perspectiva de quedar definitivamente insatisfecha la pretensión y con ello frustrada la función jurisdiccional y su eficiencia, sopesando los valores en juego se estará por la satisfacción anticipada. Así ocurre como se verá en los casos de anticipación por certeza impropia por consumación.

³⁵ Ver en notas 15 y 23, los textos de los artículos 544 inc. 4 y 553 respectivamente, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

XIV. Casos de cosa juzgada anticipatoria. Derecho argentino

Dentro del derecho argentino encontramos distintos supuestos de cosa juzgada anticipatoria.

a) *Referidas a declaraciones de certeza impropias con sustanciación.* Caso del artículo 680 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, texto según ley 24.454 dispone "Entrega del inmueble al accionante. En los casos que la acción de desalojo se dirija contra el 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 pueda irrogar". Como se ve, no existe previsión para que a posteriori, pero antes de la sentencia se revea la entrega del inmueble y se lo restituya al demandado ni esa posibilidad resulta natural dentro del sistema que crea el dispositivo.

Según el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, la misma solución se aplicará también a los tenedores precarios.

Otro supuesto lo encontramos en materia de tercerías de dominio y de mejor derecho (artículos 99 y 100 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). En el primer caso, el tercerista, previa caución puede obtener el levantamiento del embargo y con ello el bien queda liberado y pasa a ser de libre disposición. Sin embargo, como la fianza responde por la suma reclamada por el embargante se da lugar a un pronunciamiento de certeza ulterior que permitirá revisar el tema de la validez del embargo. Sostenemos que la medida de levantamiento del embargo no puede decretarse sin sustanciación previa; empero si no fuese así, igual estaríamos frente a un caso de anticipación pero inaudita parte.

En materia de tercería de mejor derecho, con citación del tercerista el juez puede disponer la venta de los bienes suspendiéndose el pago hasta que se decida sobre la preferencia, salvo que el embargante dé fianza en cuyo caso percibirá satisfaciendo su pretensión sin perjuicio de la decisión definitiva de la cuestión.

Pensamos también que en todo caso la viabilidad de la fianza está supeditada a la verosimilitud del derecho invocado por el tercerista en la tercería de dominio o por el embargante en la de mejor derecho, frente al tercerista, de modo que será menester un pronunciamiento de certeza provisional al respecto.

En las leyes de fondo encontramos numerosos casos de anticipación: así, el pronto pago, pago provisional o pago a cuenta en materia de seguros (artículo 51 ley 17418 y artículos 583 y 584 de la ley de navegación -ley 20094- previsto para obtener satisfacción parcial previa al pago total de la suma que corresponda y que podrá ser declarado judicialmente previa sustanciación y sin perjuicio de la prosecución del juicio ordinario.

El artículo 231 de la ley 23.515, modificatorio del Código Civil que permite, entendemos que previa sustanciación -salvo casos de extrema urgencia- la fijación de alimentos provisorios, tenencia de hijos y exclusión del hogar, sin perjuicio de la ulterior sentencia que fije tales extremos de manera definitiva.

La ley de tránsito (artículo 68) que permite al damnificado por un accidente de ese origen, obtener judicialmente y previa sustanciación, el pago inmediato de los gastos de sanatorio o velatorio tratándose de reclamos de deudos a cargo del asegurador, sin perjuicio de los derechos que luego pudiere hacer valer.

b) *Referidas a declaraciones de certeza impropias por satisfacción.* Como ejemplo podemos dar el del beneficio provisional para litigar sin gastos otorgado por

imperio de la ley por la sola iniciación del incidente respectivo y sujeto a la decisión que finalmente se adopte al respecto (artículo 83 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); también en materia de juicios de declaración de incapacidad en los que el artículo 629 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación permite al juez adoptar medidas que satisfacen la pretensión respectiva (medidas para asegurar la indisponibilidad de bienes, inhibición general, internación provisional) cuando la demencia apareciera notoria e indudable, cosa que por naturaleza excluye que pueda haber una decisión que las deje sin efecto antes de dictarse la sentencia definitiva. Son como se ve, casos en los que no media sustanciación previa y a ellos podemos agregar los del citado artículo 231 de la ley 23.515 cuando la cuestión no admita demoras, y la restitución inmediata del bien en el interdicto de recobrar (artículo 616 código procesal citado).

De la Jurisprudencia extraemos diversos casos encuadrables en la categoría tratada: así, si ante decisiones lesivas al respectivo derecho, se declaró el mantenimiento o la restitución de los demandantes en su condición de dependientes o socios de un club o de habilitados para el ejercicio de determinada profesión. También aquí tales decisiones se tomaron *in audita parte*, pero con posibilidad de ser revisadas a través o mediante la sentencia definitiva respectiva.

c) *Referidas a declaraciones de certeza impropias por consumación.* Como ejemplo podemos dar el configurado por el artículo 623 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en materia de interdicto de daño temido, cuando el juez, ante la inminencia del daño debe tomar las medidas necesarias para aventar el peligro, pudiendo llegar inclusive a la demolición del bien con lo que se impide la posibilidad de revisar lo resuelto, sin perjuicio, claro está, de las indemnizaciones correspondientes.

También podría darse en caso de levantarse una prohibición o restricción para la realización de un espectáculo teatral dispuesta como medida cautelar dentro de la ley de propiedad intelectual, con lo cual, una vez llevado a cabo se cumple plenamente con la pretensión de quien pidió el levantamiento de la medida; o si dentro de una acción de amparo se decretase el inmediato levantamiento de la prohibición para llevar adelante un acto público en fecha determinada, posibilitándose así su realización antes de dictarse la sentencia definitiva.

En estos dos últimos ejemplos el juzgador tendrá que valorar el daño irreparable que pudiera darse si se tratase de casos en los que resultaba imposible la postergación de la función o la reunión de manera que de no permitirse llevarlas a cabo, quedaría frustrado definitivamente el derecho del reclamante. Si fuese posible la postergación corresponderá una medida cautelar.

XV. *La cosa juzgada anticipatoria en el derecho extranjero*

Las declaraciones de certeza anticipatorias y con ellas las sentencias respectivas son moneda corriente en el derecho extranjero. Así tenemos que el derecho francés (igualmente el de Bélgica), establece una distinción entre la obtención de una sentencia definitiva sobre el "fondo" o el mérito de la pretensión y la que se logra en los llamados procedimientos *avant Dire droit*³⁶. Estos últimos se encuentran regulados

³⁶ Sobre el tema del *référé* puede verse PALLAS Enrique. El recurso de protección ante el derecho comparado, Editorial Jurídica de Chile, 1990. GARCIA DE ENTERRIA Eduardo. *La*

en los ordenamientos de *référé* para los juicios contenciosos, lográndose con ellos una manera de satisfacción anticipada de la pretensión por la que se demanda, sin perjuicio de ulterior decisión al respecto.

Estos procedimientos, si bien se remontan al siglo XVI, han mostrado su vigoroso renacer en las últimas décadas multiplicándose en la actualidad como manera de superar los perjuicios provocados por el insumo de tiempo que significa el desarrollo del proceso.

En líneas generales puede decirse que la competencia en *référé* se otorga a determinados magistrados (por lo general al presidente del tribunal colegiado o por delegación de éste, a otro integrante de dicho tribunal).

Se prevé al respecto un procedimiento sumamente rápido que culmina en sentencia, previa audiencia del demandado a quien se le da el tiempo absolutamente indispensable para su comparecencia. Está regulado en los artículos 808, 809 y 1425 del Código Procesal Civil. La pretensión se satisface siempre que se vean motivos de urgencia y ante la inconsistencia de la respuesta dada por la demandada (falta de contestación *sérieuse*).

Se dan diversos tipos de *référé*: el clásico, es decir, el que sirvió de modelo a otras modalidades, que se otorga en situaciones de urgencia y apunta a obtener soluciones tales como la paralización de obras, otorgamiento de servidumbres de paso, expulsión de ocupantes sin justo título. Además encontramos el *référé de remise en état*, aplicado también aun ante una respuesta seria para disponer reintegración a funciones o restitución de bienes. Luego se observa el *référé* provisión que autoriza a ordenar el cumplimiento de obligaciones hasta el monto o nivel en el que aparezcan como indiscutibles, cuando no haya dudas serias acerca de la exigibilidad y sin que sea menester la presencia de urgencia; se utiliza en casos de accidentes de tránsito y daños derivados de defectos en la construcción de edificios (entre otros) y pueden significar el anticipo de sumas parciales o hasta el cumplimiento total de la deuda.

Fuera de éstos están el *référé injonction*, modalidad abarcativa de varias especies, entre las que se destacan la *injonction de payer*, que es en realidad un proceso monitorio para el cobro de sumas de dinero y el *injonction de faire* destinada al cobro de obligaciones en natura y que se utiliza comúnmente en materia de protección de derechos de consumidores.

Aparte mencionaremos al *référé* preventivo, destinado a obtener medidas de instrucción anticipada (equivalente a nuestras diligencias preliminares de prueba anticipada reguladas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 326); las ordenanzas *sur requête* para lograr diligencias verificadoras a servir como pruebas; desde 1988 funciona el *référé* administrativo apuntado a obtener del Estado la pronta indemnización por su actividad cuasidelictual, como, por ejemplo, daños

batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español. Segunda edición amplia. Civitas. Madrid. 1995; CABALLER, ANGELATS, *La ejecución provisional en el proceso civil.* Bosch. Barcelona. 1993. CALDERÓN CUADRADO María Pía. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil.* Civitas Madrid. 1992.

También en el derecho brasileño MARINONI Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgencia.* Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1994. ARAUJO BAPTISTA DA SILVA Ovidio. *Teoría de la acción cautelar.* Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. Brasil. 1993.

derivados de intervenciones quirúrgicas llevadas a cabo en hospitales públicos o perjuicios provocados por obras públicas.

Con criterio sumamente restrictivo según la orientación jurisprudencial, puede lograrse la suspensión del acto administrativo mediante la denominada *surcis a exécution*.

En Italia los artículos 700, 701 y 702 del Código de Procedimiento Civil regulan los denominados *provvedimenti d'urgenza*.

Permiten que fuera de los casos específicamente regulados en el capítulo *Dei procedimenti cautelari*, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo que corriese hasta que sea reconocido su derecho en vía ordinaria, éste sea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede recurrir al juez para que se adopten las medidas que según las circunstancias, resulten de mayor idoneidad para asegurar provisoriamente los efectos de las decisiones de mérito (artículo 700). Según Saitta, corresponde distinguir estas medidas de las específicamente contempladas por la ley, ya que "Del conjunto y de la coordinación de estas condiciones de la providencia se puede razonablemente deducir que su característica es la de consentir una anticipación de los efectos de la decisión al día de la demanda"³⁷.

Si bien fueron de escasa utilización inicial, los tribunales aplican los *provvedimenti* cada vez con mayor frecuencia; por ejemplo, para impedir la difusión de una novela que permite identificar al personaje real afectándolo en su honor; o para secuestrar un documento televisivo o impedir la difusión de carteles publicitarios que no otorgan al demandante la convenida preponderancia en las figuras y textos; para fijar provisoriamente asignación alimentaria; para evitar la actividad industrial claramente dañosa con respecto al predio vecino; para evitar que en contravención con el orden legal, los funcionarios asuman competencias que no les corresponden, etc.

Salvo motivos de suma urgencia, se decretan previa audiencia del demandado; se adoptan sin perjuicio del mérito que en definitiva se conceda a la pretensión.

Según el decreto ley 329 A/95 publicado en diciembre de 1995, el Código de Processo Civil de Portugal sufrió numerosas modificaciones; de ellas destacamos al nuevo texto del artículo 381 similar al 700 italiano ya que dispone que siempre que alguien mostrare fundado recelo de que antes de ser dictada la sentencia de mérito, su derecho sufra una lesión grave y difícilmente reparable, puede requerir la providencia conservatoria o anticipatoria del efecto de aquella decisión adecuada concretamente a asegurar la efectividad del derecho amenazado.

El artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España establece que cuando en un juicio se presente un principio de prueba por escrito que muestre con claridad la existencia de una obligación de hacer o no hacer o de entregar cosas determinadas o específicas, el juez podrá adoptar a instancias del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que según las circunstancias fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que recayese en el juicio.

Pasando a América encontramos que el artículo 317 del Código General del Proceso de Uruguay, ha sido considerado como vía apta para permitir anticipar los efectos de la sentencia³⁸.

³⁷ SAITTA Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil* V. II pg. 231. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ejea. Buenos Aires. 1971.

³⁸ ABAL OLIU Alejandro. *Medidas provisionales y anticipadas*. Memoria de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, pg. 23. La Paloma. Uruguay. 1995. Ed. Universidad.

El nuevo Código Procesal Civil del Perú, tiene todo un sub capítulo dentro del capítulo sobre Medidas Cautelares específicas, que se titula: "Medidas temporales sobre el fondo". Así, el artículo 674 establece que: "Medida temporal sobre el fondo. Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta"; los artículos siguientes se refieren a supuestos concretos: así el artículo 675 contempla el de la determinación anticipada de alimentos con la obligación de restitución si la sentencia le fuera desfavorable según el artículo 676. El artículo 677 declara la procedencia de anticipar la decisión final atendiendo principalmente al interés de los menores, frente a pretensiones principales sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela; el artículo 678 declara procedente la ejecución anticipada de la eventual sentencia en los procesos sobre nombramiento y remoción de administradores, a fin de evitar un perjuicio irreparable. El artículo 679 impone la entrega del bien anticipando la sentencia, en los juicios de desalojo cuando el demandante acredite indudablemente su derecho y el bien se encontrase abandonado, y algo similar juega por el artículo 681 para obtener la restitución anticipada del bien en el interdicto de despojo.

En Brasil, según la ley 8953 de diciembre de 1994, se modificó el artículo 273 del Código de Proceso Civil el que quedó redactado de la siguiente manera: "El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el período inicial, desde que existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación; y

"I. Haya fundado recelo de daño irreparable o de difícil reparación o"

"II. Quede configurado abuso de derecho de defensa o manifiesto propósito retardatario por parte del demandado".

"Parágrafo 1º. En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento".

"Parágrafo 2. No se concederá la anticipación de tutela cuando hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado".

"Parágrafo 3º. En la ejecución de tutela anticipada se observará en lo pertinente lo dispuesto en los incisos II y III del art. 588". Este se refiere entre otras cosas, al otorgamiento de cautela por el ejecutante.

"Parágrafo 4º. La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, mediante decisión fundada".

"Parágrafo 5º. Concedida o no la anticipación de tutela proseguir el proceso hasta su final juzgamiento".

XVI. Cosa juzgada anticipatoria y medidas cautelares

Corresponde señalar que si bien se observa un movimiento generalizado que apunta a la concesión de lo que se ha llamado "tutela anticipatoria", el mismo, salvo en el derecho francés, ha buscado el canal de las medidas cautelares, en especial de las de tipo genérico o innominado, o bien, entre nosotros, de la medida cautelar innovati-

va³⁹, a fin de aplicar esa modalidad de protección; ello ocurre inclusive en normativas como la peruana o la portuguesa que distinguen perfectamente la existencia de una posibilidad anticipatoria distinta de la meramente asegurativa que clásicamente se asignó a las medidas cautelares.

Es de destacar, sin embargo, que el derecho brasileño, no obstante que su regulación según lo transcrito recibe mucho de la vertiente asegurativa, incluyó la anticipatoria en el título referente a las disposiciones generales del proceso y del procedimiento y no en el espacio correspondiente a las medidas cautelares.

Pensamos que si bien lo importante no es camino formal sino la esencia de las resoluciones que se arbitren, corresponde establecer las bases que permitan distinguir la certeza y la cosa juzgada anticipatoria de las simples medidas cautelares.

Antes de establecer las diferencias, diremos que las similitudes se dan en los casos en los que la cosa juzgada anticipatoria resulta de sentencias dictadas sin sustanciación, cosa que las iguala a lo que sucede en las medidas cautelares. Igualmente ocurre cuando la ley impone la prestación de fianza o contracautela; pero, insistimos, no siempre se dan esas coincidencias en ambas categorías; ello dependerá de la legislación positiva y de la propia naturaleza de la cuestión. Por lo demás, unas y otras no juegan cuando con ellas se dieran soluciones irreversibles; pero las anticipatorias admiten tales soluciones si, por el contrario, lo irreversible fuera, por las circunstancias del caso, la pérdida del derecho.

De tal manera iremos apuntando las diferencias:

A) Las medidas cautelares apuntan a asegurar el cumplimiento de la sentencia para el supuesto de ser favorable a la pretensión planteada. Las sentencias anticipatorias y con ello la cosa juzgada pertinente, por el contrario, satisfacen la pretensión si bien provisoriamente.

B) La cosa juzgada anticipatoria puede jugar sin otorgamiento de contracautela o con ella; con bilateralidad previa o inaudita parte; con o sin irreversibilidad; las medidas cautelares se dictan, como principio general, con contra cautela, siempre inaudita parte y nunca proceden si importa satisfacer la pretensión⁴⁰.

C) Las decisiones cautelares provocan siempre como consecuencia cosa juzgada formal; ello ocurre sea que se haga lugar a la medida o se la deniegue; la anticipación juega solamente si se satisface la pretensión.

D) Las medidas cautelares, si bien satisfacen una pretensión específica son instrumentales, ya que desde una vía incidental sirven al proceso y la pretensión principales. No desdice lo expuesto el caso del beneficio de litigar sin gastos ya que éste

³⁹ A uno de los más importantes procesalistas argentinos, el Dr. Jorge W. PEYRANO se debe la focalización de la que llama medida cautelar innovativa en muchos casos directamente vinculada con la cosa juzgada anticipatoria. Del citado autor, puede verse entre muchos otros, *Recepción de la medida cautelar innovativa en sede jurisdiccional* J.A. 1977-3-63; *Lo cautelar y lo urgente* J.A. 1995-I-899; *Medida cautelar innovativa*. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1981.

⁴⁰ Tal criterio va sufriendo modificaciones en la jurisprudencia, precisamente cuando el daño es realmente irreparable o cuando la medida cautelar no importa sino anticipación circunstancial o provisional (hasta que termine el pleito) con posibilidades de restitución de la situación correspondiente. Por ejemplo, postergar una representación teatral que puede llevarse a cabo en fecha ulterior es una medida cautelar; disponer su realización cuando es imposible llevarla a cabo posteriormente, constituye a nuestro juicio, una sentencia anticipatoria, con la correspondiente cosa juzgada, ya que el conflicto queda resuelto en lo que hace a tal anticipación.

no se vincula directamente con la pretensión principal y la sentencia, sino que lo hace con un extremo colateral como lo es el régimen económico del proceso.

E) Las medidas cautelares están sujetas al *rebus sic stantibus*; las decisiones anticipatorias, por el contrario, hacen a la misma realidad.

F) Las medidas cautelares se basan en el concepto de peligro en la demora entendido por tal el riesgo que genera la posibilidad de que los bienes se deterioren, pierdan o enajenen; la anticipación se funda en la indisponibilidad del derecho aun cuando el daño pueda ser reparable.

Establecer adecuadamente la diferenciación entre ambos sistemas tiene gran importancia práctica: en efecto, la protección jurisdiccional podrá denegarse en base al clásico esquema cautelar, por el tribunal que advierta que por principio, la vía de las medidas cautelares genéricas se aplica exclusivamente al campo cautelar o asegurativo y no a formas satisfactivas. Con más razón si se tratare de formas irreversibles de satisfacción.

La existencia, alcance y características del peligro en la demora podrán frustrar la protección si se recurre a la base clásica de las cautelares, es decir, a la irreparabilidad del daño; no en cambio si se considera la existencia de posibilidades distintas de las cautelares fundadas en el principio de indisponibilidad o afectación del derecho.

La distinción que propiciamos tendrá incidencia sobre el sistema de sustanciación que se utilice o se deje de lado y el establecimiento o no de contracautelas.

XVII. Cosa juzgada anticipatoria y ejecución provisional

Son varias las oportunidades en las que la ley permite la ejecución anticipada de la sentencia de condena aun cuando ésta se encontrare apelada; para ello se recurre al uso de recursos con efecto devolutivo y al otorgamiento de fianza por parte del recurrente.

No se conjuga ahí, sin embargo, cosa juzgada anticipatoria; en efecto, la sentencia recurrida importó un pronunciamiento de certeza propia, generadora de cosa juzgada material o formal según los casos; simplemente en tales casos, la norma autoriza a ejecutar lo decidido.

XVIII. Cosa juzgada anticipatoria y condenas de futuro

A diferencia de otras legislaciones en las que se encuentra más difundidas, la condena de futuro aparece nítidamente configurada en nuestro derecho, en materia de desalojo según el artículo 688 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.⁴¹

⁴¹ En realidad, existen en el derecho argentino diversos casos de sentencias anticipatorias, tal como lo pusimos de manifiesto en nuestro trabajo *Condenas de futuro*. Revista de Processo, número 34 pg. 118. Ed. Revista dos tribunais. Sao Paulo. Brasil. 1984; sin embargo el art. 688 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es colocado como ejemplo visible -habitualmente considerado único, dentro de nuestra legislación.

El art. 688 dice: "Condena de futuro. La demanda de desalojo podrá interponerse antes del vencimiento del plazo convenido para la restitución del bien, en cuyo caso la sentencia que ordena la desocupación deberá cumplirse una vez vencido aquél".

Consiste en formular un juzgamiento hipotético, acerca de un conflicto eventual, de manera que de presentarse éste en la realidad futura ya se encuentre dictada la declaración de certeza que permita solucionar el caso.

Nosotros colocamos a este tipo de pronunciamientos entre los que denominamos anticipatorios, cosa que no significó atribuirles a todos efectos de cosa juzgada anticipatoria. Por el contrario, la condena de futuro se dictará a través de un conocimiento propio, que no admite nuevos juzgamientos de la realidad a la que se refiere; por lo tanto, hará cosa juzgada material a operar si se diera en los hechos la realidad que se juzgó hipotéticamente.

XIX. Cosa juzgada anticipatoria y juzgamiento anticipado

Es sabido que en las leyes procesales de Uruguay y Brasil, el juez puede emitir pronunciamientos de certeza generadores de cosa juzgada material, antes del momento procesal habitualmente fijado por la ley, cuando considerare que ya ha reunido todos los elementos de juicio que le permiten sentenciar. Como se ve, no se trata de anticipar la declaración de certeza dejando abierta la posibilidad de un juzgamiento ulterior de la misma realidad, sino de dictar la sentencia con certeza propia sin posibilidad de juzgamiento ulterior de la misma realidad y por tanto, productora de cosa juzgada material.

XX. Conclusión

Nos parece necesario profundizar en el análisis de la existencia de una cosa juzgada capaz de anticipar la satisfacción de la pretensión principal diferenciándola de la cosa juzgada admitida tradicionalmente y que no acepta tal posibilidad; con ello podremos dar adecuada respuesta jurisdiccional al problema hasta ahora insoluble del insumo de tiempo por parte del proceso, que permite que ese instrumento necesario para obtener una declaración que proclame la razón de quien la tiene, se convierta en un elemento de perjuicio y daño para aquél y de beneficio para quien no la tiene y todo sin desmedro del derecho de defensa.

Por lo demás, la admisión de la existencia de la categoría referida abre perspectivas insospechadas para el ejercicio de la función jurisdiccional, liberándola de ceñimientos positivos pensados para institutos aptos para jugar adecuadamente ante otras realidades pero insuficientes frente a los valores y dinámicas sociales advertidos en el presente.

"Las costas serán a cargo del actor cuando el demandado, además de haberse allanado a la demanda, cumpliera su obligación de desocupar oportunamente el inmueble o de devolverlo en la forma convenida".