

La ejecución provisoria de la sentencia como tutela de urgencia y evidencia

Autor: De Lázzari, Eduardo Néstor

Publicado en: LA LEY 28/10/2013, 28/10/2013, 1 - LA LEY2013-F, 585

Sumario: 1. El problema de la duración del proceso y la efectividad de la tutela judicial. Ejecución provisoria de la sentencia. 2. La ejecución provisoria. Los supuestos autorizados en el ordenamiento procesal. 3. La escasa utilización del mecanismo de ejecución provisoria de la sentencia. 4. Posibilidad de ampliación de los supuestos de ejecución provisional. 5. La ejecución provisional de la sentencia como tutela de urgencia. 6. La ejecución provisional de la sentencia como tutela de evidencia. 7. Conclusiones.

Abstract: "Es procedente la ejecución provisoria de la sentencia sujeta a recurso de efecto suspensivo, cuando se demuestre la necesidad de anticipar su cumplimiento como único arbitrio para evitar la consumación de un perjuicio irreparable o la frustración del derecho declarado en el decisorio, prestándose caución suficiente."

(1)

1. El problema de la duración del proceso y la efectividad de la tutela judicial. Ejecución provisoria de la sentencia

La sustanciación del proceso durante el cual, resguardando el debido contradictorio, se acopian los elementos de juicio indispensables para adoptar una decisión sobre el mérito, demanda un tiempo considerable. Y, todavía, ya lograda la decisión, su ejecución puede resultar postergada en función de la actividad recursiva.

No se requieren mayores desarrollos para evidenciar las dificultades que ese transcurso depara. La satisfacción de los derechos debe tener lugar en un tiempo razonablemente limitado pues de otro modo quedan comprometidos los valores justicia, seguridad y pacificación. (2) Asistimos a lo que gráficamente enuncia Carbone como "la agonía de los derechos impostergables ante la ineficacia de los procesos actuales", producto de la ineptitud del sistema para lograr eficacia y prontitud de respuesta. (3) Los principios de economía y celeridad aparecen entonces como meras declamaciones y la efectividad de la tutela judicial garantizada constitucionalmente termina desairada.

Numerosos caminos han sido abiertos por la doctrina y la jurisprudencia buscando remedio a tales falencias, para que sin mengua de las garantías del debido proceso se conjuguen instrumentos idóneos que permitan subsanar las deficiencias. La consolidación del sistema cautelar, la concepción de la prohibición de innovar con efectos retroactivos, las medidas innovativas y autosatisfactivas, la sentencia anticipada y los diversos desarrollos de la tutela de urgencia representan notables esfuerzos y reconocidos logros. Son valiosos arbitrios, cada uno con sus variantes específicas, que operan en el transcurso del proceso para lograr efectos en forma anterior al dictado de la providencia de fondo (o, en todo caso, haciendo innecesario el dictado de esta última).

Hay un territorio, sin embargo, que en nuestro medio no registra mayores avances, a pesar de que en su interior pueda darse igualmente la necesidad de respuesta pronta y efectiva. La sentencia sujeta a recurso es el terreno que motiva estas reflexiones y, en particular, la posibilidad de ejecución provisional de la misma. El tema remite a cuestiones más generales como la garantía de la doble instancia y el principio general del efecto suspensivo de la apelación, aspectos que no han de ser considerados ahora en profundidad porque exceden la finalidad del presente trabajo. Interesa aquí subrayar que en determinadas circunstancias es posible remontar y sobrepasar aquel efecto suspensivo con carácter interino, prestando en su caso suficiente caución que resguarde las consecuencias de un pronunciamiento ulterior revocatorio.

Por ejecución provisional se entiende la facultad que tiene la parte para requerir el cumplimiento de una sentencia condenatoria que aún no se encuentra firme, (4) la que en el derecho comparado cuenta con notable recepción, al punto que bajo garantía y riesgo del vencedor parece imponerse en la moderna doctrina procesal, (5) llegando a consagrarse en el ordenamiento español como principio general y sin exigir la prestación de

garantía como regla. (6)

2. La ejecución provisoria. Los supuestos autorizados en el ordenamiento procesal

Tomando en consideración el Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación, ya que los ordenamientos provinciales guardan al respecto sustancial analogía, pueden individualizarse los supuestos en los que la normativa vigente autoriza la ejecución provisoria de la sentencia, bien entendido que el principio general es que el recurso ordinario de apelación procede siempre en efecto suspensivo, a menos que la ley disponga que lo sea en el devolutivo (art. 243), lo que en buen romance puede traducirse como que solamente es posible ejecutar anticipadamente en los casos en que la ley expresamente lo autoriza.

En primer lugar, el art. 498 la habilita respecto de la sentencia definitiva en procesos sumarísimos, salvo perjuicio irreparable. Ocorre lo propio con la sentencia definitiva en el juicio ejecutivo, previa fianza de responder de lo que percibiere el ejecutante si la sentencia fuese revocada (art. 555). Procede asimismo ante sentencia favorable en juicio de alimentos (art. 647). Opera en el ámbito del recurso extraordinario federal, (art. 258), en caso de sentencia de cámara o tribunal confirmatoria de la dictada en primera instancia, previa fianza de responder de lo que se percibiese si el fallo fuera revocado por la Corte Suprema. Se difunden otros supuestos como la resolución que deniega la intervención de terceros (art. 96); la que deniega la citación de evicción (art. 105); la que concede medidas cautelares (art. 198); la que concede el beneficio de litigar sin gastos (art. 81); la que decide sobre la excepción de incompetencia por el carácter civil o comercial del asunto (art. 353); la que rechaza in limine un incidente (art. 179); y la que desestima las excepciones en el proceso de ejecución de sentencia (art. 509), aunque estos últimos casos constituyen la consecuencia del efecto devolutivo consagrado para la apelación en tales normas. (7)

Como puede apreciarse, resulta limitada la regulación que habilita la ejecución provisional, con lo cual la aspiración de una pronta satisfacción aparece desvanecida.

3. La escasa utilización del mecanismo de ejecución provisoria de la sentencia

Las dificultades que han quedado referidas en torno a la ineptitud del proceso de conocimiento para dar satisfacción inmediata a los derechos harían suponer un empeño intensivo en la utilización de las pocas hipótesis en las que la ley autoriza la ejecución provisional. Sin embargo, la realidad desmiente este aserto. Contrariamente, es visible el fenómeno inverso, constituido por el esporádico uso de tal herramienta. Con palabras de Morello —referidas a la posibilidad estatuida por el art. 258 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación pero igualmente extensibles desde un plano general—, "no es ocioso apuntar que, no obstante la consagración legislativa de este instituto (ejecutar la sentencia pendiente el recurso extraordinario), es escaso el desarrollo jurisprudencial que ha recibido y no se advierte que su práctica se encuentre arraigada en los hábitos forenses. Es que según parece, se quiere siempre contar con la última palabra, —la de la Corte Federal— como condición necesaria para iniciar la ejecución de un fallo. El hecho, significativo por cierto, de que en dos y a veces en tres instancias haya existido una solución coincidente, es incomprensiblemente minimizada". (8) En otra oportunidad he referido el mismo fenómeno: hay un estado de ánimo generalizado en los litigantes y sus abogados, conforme al cual corresponde agotar, a cualquier precio, las posibilidades recursivas. Se alimenta la ilusión de una justicia perfecta, como si tan sólo el último juzgamiento de la última instancia fuere el único guardián de los derechos comprometidos. Sea que este fenómeno responda a sinceras discrepancias con las soluciones de las instancias ordinarias, sea que se deba cuando menos al afán de dilatar el desenlace, la realidad demuestra el inequívoco y generalizado propósito de recorrer todos los caminos posibles hasta obtener un pronunciamiento del órgano que se encuentra en la cima de la estructura jurisdiccional. (9)

Tan arraigada conducta ciertamente puede explicarse y aún justificarse desde la perspectiva de quien resulta perdedor en el pleito mas no para el que ha obtenido una respuesta jurisdiccional favorable y no activa los mecanismos existentes para acceder a una satisfacción al menos provisoria. Pareciera que esta declinación tiene que ver fundamentalmente con el peso de un modelo de proceso tradicional, hoy agotado por la insuficiencia de sus soluciones frente a las expectativas sociales, pero que condiciona psicológicamente a los operadores jurídicos al punto de acostumbrarlos a los tiempos extensos y a las exigencias rituales. Con independencia de este ingrediente extrajurídico, estimo que el principal obstáculo que se erige para que la ejecución provisional de

las sentencias constituya conducta habitual está dado por el magro catálogo de situaciones en que el ordenamiento procesal las viabiliza.

4. Posibilidad de ampliación de los supuestos de ejecución provisional

En los desarrollos precedentes se ha remarcado la incidencia negativa del tiempo en el proceso, la existencia de algunos contados supuestos contemplados por la ley para ejecutar provisionalmente la sentencia, —sobre la base del esquema clásico que, como principio impone el efecto suspensivo de los recursos—, así como la escasa utilización de esta herramienta en nuestros hábitos y costumbres.

Pero el régimen procesal debe estar adecuado para los fines a los que está destinado, en el marco de su instrumentalidad y con la meta de su efectividad. En rigor, por las falencias del actual sistema procesal, se encuentra en tela de juicio su propia razón de ser. En este sentido, resulta pertinente remitirse al lúcido informe general sobre el tema "tutelas urgentes y cautela judicial", presentado por Mabel de los Santos y Petronio Calmon a las XVII Jornadas Ibero Americanas de Derecho Procesal, (Santiago de Chile, 2010), donde se refleja la aspiración de un nuevo modelo en que "la tutela judicial se torna efectiva con la mera decisión adoptada por un juez de primera instancia. En rigor, ello tampoco es novedad si se considera que en la actualidad la mayoría de los países ya abolió el efecto suspensivo del recurso de apelación. El nuevo modelo de proceso civil deberá consagrar el cumplimiento de las decisiones de primer grado antes de la consideración de los recursos". (10) Es lo que en el mismo sentido propicia Berizonce, al postular la necesaria reconstrucción del proceso de cognición plena de manera que permita llegar rápida y eficazmente a un pronunciamiento de mérito, sin menoscabo de las garantías fundamentales. (11)

Se comparte la necesidad de replantear integralmente el sistema procesal civil. En esa aspiración de máxima han de centrarse los esfuerzos. Sin embargo, en el mientras tanto, en las condiciones vigentes, parece conveniente esbozar un camino intermedio, específicamente para la coyuntura, intentando un remedio circunstancial, un alivio, un atajo, para que la garantía de la tutela judicial efectiva sea asegurada provisionalmente aún frente a las limitaciones existentes en el ordenamiento. Es así que se postulan dos alternativas paralelas en las que se entiende posible la ejecución provisoria de las sentencias recurridas aún en supuestos en los que el efecto suspensivo posea vigencia. Se trata de dos hipótesis independientes que pueden individualizarse desde dos perspectivas afines, a saber, la tutela de urgencia y la tutela de evidencia.

Para ello, debemos individualizar la incidencia que poseen circunstancias diversas que acaecen en el tránsito del reconocimiento del derecho proveniente de una sentencia que no cuenta con la autoridad de la cosa juzgada ni formal ni material hasta su efectiva satisfacción. En primer lugar se encuentran las consecuencias negativas comunes representadas por la propia demora en arribar a la ejecución. Ciertamente, el tiempo que insume el tratamiento del recurso depara efectos perniciosos para quien resultó ganancioso, que ve transcurrir extenso lapso sin que su derecho reciba cumplimiento en plenitud. La espera repercute en su ánimo y en su patrimonio y, además, es nociva para el interés general representado por el orden procesal, en tanto hace a la paz social que los conflictos no perduren indefinidamente.

Pero pueden darse también otro tipo de peripecias que exceden la sola relevancia del tiempo que insume el proceso. Se trata de circunstancias especiales, de inusitada gravedad, que signifiquen tal vez la probable aniquilación del derecho de que se trate; un estado de peligro emergente de situaciones extraordinarias ajenas a la incidencia de la tramitación procesal en sí pero determinantes para que ella produzca un agravio irreparable a quien la recorre. En otras palabras, hay derechos que no soportan el transcurso del tiempo del proceso porque, si se aguarda, el agravio se convertiría en definitivo y el proceso habría significado una actividad infructuosa. (12) En conclusión: hay un tipo de peligro genérico o común, que es el que deriva simplemente del tiempo que insume el tratamiento recursivo, y hay un peligro especial, el perjuicio irreparable. En los desarrollos que siguen trataremos de fundamentar la idoneidad de estos dos caminos diversos para motivar y fundamentar la ejecución provisoria de la sentencia, sobre la base de normas y principios que permitan transponer aquella regla general de la apelación. De este modo se intenta, por un lado, encontrar soluciones concretas frente a la insuficiencia de la regulación legal en la materia, y por otro, apuntar a un cambio de costumbres y hábitos, sacudiendo la rutina, en la búsqueda del terreno fértil para que el nuevo modelo procesal alcance vigor.

5. La ejecución provisional de la sentencia como tutela de urgencia.

5.1. La tutela diferenciada de urgencia es también continente para la ejecución provisional

No es éste el lugar adecuado para tratar exhaustivamente las enormes dificultades que suscita la proliferación de técnicas diferenciadas que procuran asegurar la realización efectiva de los derechos frente a particulares situaciones de peligro. Las distintas concepciones de lo cautelar y su relación con otros fenómenos concebidos como soluciones de urgencia demuestran la existencia de notables controversias y discrepancias en torno a la naturaleza, presupuestos y efectos de tales institutos. No existe siquiera coincidencia en el uso del lenguaje, lo que conspira contra la indispensable claridad. Medidas innovativas, medidas autosatisfactivas, cautela material, cautela autónoma, técnica de la anticipación, sentencias anticipadas o anticipatorias, medidas cautelares que apuntan a obtener un mismo objeto que el pretendido en la decisión de fondo, prohibición de innovar que no se limita a mantener el statu quo sino a cambiarlo, figuras atípicas de toda laya que no terminan de ser identificadas en su intrínseca condición, conforman enmarañado problema que exige puntual esclarecimiento, apreciándose notables esfuerzos en pos de uniformar los criterios. [\(13\)](#)

Lo cierto es que, acompañando y complementando los sistemas cautelares típicos y a veces exorbitando su ámbito, han surgido otro tipo de arbitrios no necesariamente precautorios o al menos discutiblemente precautorios, que procuran alcanzar —en la urgencia— la deseada efectividad del servicio de justicia. Por razones prácticas pueden englobarse en una denominación abarcativa que los comprenda como tutelas urgentes o diferenciadas.

Hasta ahora, esas herramientas poseen un diseño según el cual operan con antelación al dictado de la sentencia de mérito o, en el caso de las autosatisfactivas, haciendo innecesario su pronunciamiento. Al analizar la figura de la ejecución provisoria, se cae en la cuenta de que es posible delinear su aplicación en el mismo terreno de las tutelas diferenciadas signadas por la urgencia, a condición que se exhiba un perjuicio de tal gravedad que conduzca indiscutiblemente a adelantar el cumplimiento de la sentencia sujeta a recurso. Al así concebirlo se ha tenido presente un caso de la vida real —aún sin definición al tiempo en que se escriben estas líneas— que permite comprobar con nitidez la necesidad del planteo.

En la Provincia de Buenos Aires rige la ley 14.208, que posibilita a parejas afectadas por algún problema de infertilidad la realización en forma gratuita y a cargo del Estado de los tratamientos médicos que permitan superar tal dificultad. Ahora bien, su Decreto reglamentario 2980/11 establece un tope vinculado con la edad de la mujer, disponiendo que son sus beneficiarias las mujeres que cuenten como máximo con cuarenta años. Una señora de cuarenta y tres años solicitó ante la autoridad administrativa las prestaciones correspondientes lo que resultó denegado, dando lugar a la promoción de una demanda contencioso administrativa en cuyo seno fue planteada la inconstitucionalidad del límite etario por resultar discriminatorio y enfrentar la garantía de la igualdad, pues los estudios médicos demostraban que aún con la edad de la paciente era posible la concepción. Obtuvo sentencia favorable en segunda instancia pero la autoridad estatal interpuso recurso extraordinario ante la Suprema Corte, cuya concesión deparó de inmediato el efecto suspensivo. Pericialmente estuvo demostrado que a mayor transcurso del tiempo menor fertilidad presenta la interesada, de donde el lapso ya insumido en las instancias ordinarias había ido deteriorando su capacidad. La duración de la instancia extraordinaria agravó considerablemente esa situación al punto de comprometerla definitivamente.

El ejemplo es altamente ilustrativo. Mientras día a día se va diluyendo la expectativa maternal, se cuenta con una sentencia favorable insusceptible de ser materializada porque ha sido recurrida. ¿Cómo remontar el efecto suspensivo del recurso, legalmente consagrado? ¿Puede solicitarse el dictado de una medida cautelar que autorice la realización del tratamiento, vale decir, que otorgue la misma prestación que es objeto de la sentencia? Aún cuando todos sus presupuestos estarían dados, la idea de cautelaridad choca con la naturaleza misma de las cosas, porque no hay sentencia futura alguna que asegurar por la simple razón de que ya fue dictada. La conclusión natural no puede ser otra que la ejecución provisoria, el cumplimiento de la sentencia, la dación de las prestaciones de fertilización asistida, con otorgamiento de suficiente fianza para la hipótesis de revocación, en cuyo caso quedará a cargo de la demandante la restitución de las erogaciones insumidas. Ni más ni menos que lo que enseñaba Chiovenda, al señalar que hay supuestos en que la sentencia tiene ejecutoriedad

pero no definitividad, pues está provista de una ejecución que denominaba provisional, sentencias en las cuales en el momento en que surgen no se presentan como afirmación definitiva de la existencia del derecho y aún así también son ejecutables, a las que llamó declaraciones con predominante función ejecutiva. [\(14\)](#)

5. 2. Fundamento legal

Esta posibilidad de ejecución provisional de sentencia ante la presencia de un daño irreparable tiene apoyatura en lo dispuesto por el art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, replicado en los ordenamientos provinciales. Dispone que "fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia".

La relevancia mayúscula de este texto legal radica en que posee una función complementaria de fundamentación que se expande en todas direcciones. Permite disponer medidas cautelares genéricas, atípicas o innominadas cuando las circunstancias exigen un aseguramiento que no se logra con las figuras tradicionales (embargo, inhibición, etc.). También sirve de sustento para el dictado de las medidas cautelares típicas cuando, no coincidiendo la plataforma fáctica con la descripción o exigencias que formula el Código Procesal en las normas que atañen a esas figuras, igualmente se reúnen los presupuestos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora. Y, en lo que aquí interesa, más allá de la ubicación en el capítulo cautelar, trasciende esa frontera y pasa a conformar un verdadero sistema procesal de protección idóneo para todas las latitudes del proceso. No es extraño este fenómeno extensivo en el campo del derecho procesal y podemos constatarlo inmediatamente con la lectura del art. 233, que por ejemplo ensancha la aplicabilidad de lo previsto en el embargo preventivo al embargo ejecutorio.

No es ocioso recordar que en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Procesal Civil y Comercial de Junín (setiembre de 1996), se puso de manifiesto la necesidad de regular legalmente como categoría autónoma y diferenciada al llamado proceso urgente, género que se caracteriza por registrar en su seno un reclamo acentuado de una pronta, expedita y eficiente respuesta jurisdiccional, integrado no sólo por las medidas cautelares. Y si en el ínterin se concreta la regulación legal sugerida, puede recurrirse, en casos absolutamente excepcionales, al artículo 232 del Código Procesal Civil de la Nación o normas análogas igualmente consagratorias del poder cautelar genérico, para proporcionar soluciones urgentes no cautelares. [\(15\)](#)

Ahora bien dada la trascendencia del artículo 232 del CPCCN tampoco desde el punto de vista sistémico puede interpretarse que sea un texto circunscripto al limitado margen del acápite referido a las medidas cautelares dentro del proceso. Su carácter protectorio debe ser interpretado a la luz, precisamente, del sentido sistemático de las normas.

Es cierto que la concepción de lo sistemático ha variado en el Derecho a lo largo de los años. Ya hemos abandonado la idea de que el sistema jurídico se agota exclusivamente en las normas jurídicas, entendidas ellas bajo la lógica kelseniana de norma coercitiva. [\(16\)](#) Tal visión se ha visto superada y hoy podemos entender que dentro del sistema quedan incluidos ciertos principios —en la terminología dworkiniana o alexiana— [\(17\)](#) que le dan otra perspectiva a la interpretación normativa.

Así podemos pensar el sistema jurídico a partir del aporte de Alchourón y Bulygin como un sistema "normativo", y a su vez, a éste como un sistema deductivo de enunciados —tal la elaboración de Alfred Tarski—. De este modo puede tomarse el argumento *sedes materiae*, no ya desde pensar que un enunciado dentro del sistema posee una coherencia con el resto de los enunciados porque el sistema en sí mismo y de por sí resulta coherente al ser dictado por un legislador que consideramos racional, sino porque la interpretación de las normas debe propender a lograr esa coherencia. La coherencia es una característica deseable del sistema y para la cual el intérprete debe trabajar. Inclusive podemos llegar a postular que no es propia de las normas del sistema sino que resulta otorgada al sistema por los principios, lo que Pérez Bermejo denomina "coherentismo" y que se aproxima bastante a una idea del sistema jurídico abierto con indispensable injerencia del juez para lograr la coherencia. [\(18\)\(19\)](#)

Es en este sentido que se torna necesario interpretar el artículo 232 del CPP a la luz del criterio *sedes*

materiae, como argumento tendiente a encontrar en la norma particular una coherencia con su contexto, no solo normativo sino no normativo, lo que integra también el sistema.

El sistema de normas tiene un sentido. Cabe romper con la visión maniquea de entenderlas como entes aislados y a los capítulos y títulos de nuestros códigos como compartimentos estancos que lo único que logra es hacernos perder el norte en referencia a encontrar aquel sentido coherente al sistema. Así, se impone al utilizar el argumento sedes materiae, acompañarlo del otorgamiento de un sentido al sistema de normas. Sentido que puede advertirse a partir de la aplicación de ciertos principios. Solo a efectos de mencionar uno de indispensable trascendencia puede citarse el principio pro homine, [\(20\)](#) que establece que debe interpretarse el derecho de la manera "más favorable" al hombre. Y dentro de este principio pro homine, de manera inescindible se erige el derecho a que el mismo tenga mejor acceso a la justicia y se lo tutele efectivamente. Con ese norte se torna indubitado que el artículo 232 del CPP trasciende el territorio del capítulo en que está inserto y no resulta extraño al sistema en su integralidad.

Adviértase que este mismo problema de la interpretación de la norma que autoriza medidas provisionales en nuestro Código, (art. 232), y su capacidad y potencialidad expansiva para fundamentar situaciones que exceden lo cautelar se ha suscitado con relación al art. 280 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. En el mismo sentido de amplitud lo entiende Alejandro Abal Oliú, quien al respecto expresa: las ideas de "decisión cautelar" y "decisión provisional" son distintas; corresponden a institutos diferentes y persiguen finalidades totalmente diversas. La primera, a la necesidad de asegurar una eventual satisfacción futura que aparece peligrando; la segunda, a la necesidad de satisfacer inmediatamente la pretensión, sin perjuicio de que dicha inmediata satisfacción esté sujeta a una revisión posterior que la confirme o la revoque. Sostiene así que las medidas provisionales reguladas por el referido artículo 280, (317.1 del Código General del Proceso de Uruguay), constituyen un instituto procesal diferente de las medidas cautelares reguladas por los artículos precedentes del Código Modelo. De allí que entienda que la ubicación que se ha dado a esta regulación no resulta sistemáticamente la más apropiada. [\(21\)](#)

Nos dice Falcón, al comentar el art. 232, que el criterio en esta materia se asienta en la concepción científica de que el conocimiento de nuevas situaciones no puede quedar sujeto al corsé de una legislación temporalmente inadecuada y que es posible su extensión superando el límite de lo cautelar. La falta de un cauce adecuado para ciertas situaciones de tutela urgente e inmediata ha dado lugar al nacimiento forzado de modelos propios a través de las medidas cautelares. En muchos aspectos corresponde disciplinar una suerte de tutela judicial urgente más allá de lo estrictamente cautelar. [\(22\)](#)

En resumen, las potestades que autoriza el art. 232 no quedan limitadas exclusivamente al ámbito cautelar. Bien puede interpretarse que "fuera de los casos de los artículos precedentes" equivale también a "fuera de lo puramente cautelar".

5.3. Distinción con el ámbito cautelar

Interesa poner el acento en que se está proponiendo, en el marco de las tutelas diferenciadas, la ejecución provisoria de la sentencia en caso de urgencia y presencia de daño irreparable, lo que no debe confundirse con la actividad precautoria ni incluirse en el ámbito cautelar.

Esta posibilidad ya ha sido explorada por Mabel de los Santos, cuando interrogándose sobre las potestades del juez para disponer la ejecución provisional sin una autorización legal expresa, consideró que la respuesta negativa parece imponerse, aún cuando propiciara una solución alternativa de tipo precautorio. Con sus palabras, "sin embargo, no puede soslayarse que muchas veces la dilación causa un daño irreparable y, en tales supuestos, el pedido de ejecución provisional podrá ser admisible si encuadra en el ámbito cautelar. No debe olvidarse que la medida cautelar genérica funciona como una suerte de norma de clausura del sistema precautorio (art. 232 CPCCN) que permite disponer toda medida no prevista expresamente que evite un daño irreparable. Por supuesto, en tal caso deberá invocarse como fundamento del pedido razones de urgencia o de perjuicio inminente e irreparable, que justifiquen la ejecución provisoria como modo de anticipo jurisdiccional". [\(23\)](#) Con el mismo sentido cautelar la propicia Sergio Ferrer, quien igualmente la sustenta en igual norma habilitante para el dictado de medidas genéricas o innominadas. [\(24\)](#)

Esta posición ciertamente resulta plausible al intentar un camino apto para remontar perjuicios irreparables. Pero su instalación en el terreno cautelar ofrece reparos.

La ejecución provisional es un procedimiento ejecutorio, un "proceso de ejecución" en los términos del Libro Tercero, Título I, "ejecución de sentencias" del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. (arts. 499 y ss.), cuya nota singular está dada porque reconoce eficacia ejecutiva a una sentencia que aún no ha pasado en autoridad de cosa juzgada formal ni material. Por diversos motivos que imponen inusual celeridad, (interés familiar y vital en juicio de alimentos, tipo procesal especial en juicio sumarísimo, necesidades del tráfico en la sentencia del juicio ejecutivo, etc.), se admite esta vía de anticipación, la que únicamente difiere de la ejecución de sentencia común por el hecho de que lo actuado en su mérito puede volverse atrás en caso de revocación del fallo ejecutado y que había sido recurrido. Tiene sus propias reglas de competencia (art. 501 C.P.C.C.N.), y sus modalidades, según fuere condena a escriturar, a hacer alguna cosa o a no hacer (arts. 512, 513, 514). En tanto exista suma líquida o ilíquida impone la traba de embargo (arts. 502 a 504), requiere la citación de venta (art. 505) la que pone en marcha la posibilidad de oponer contadas excepciones (art. 506). La prueba de estas últimas únicamente puede fundarse en hechos posteriores a la propia sentencia (art. 507) y, finalmente, requiere una decisión mandando continuar la ejecución o admitiendo las excepciones (art. 508). Cuenta con un régimen recursivo especial (art. 509). Finalmente, se procede según las reglas establecidas para el cumplimiento de la sentencia de remate, hasta hacerse pago al acreedor (art. 510).

Ninguno de estos extremos es compatible con la materia cautelar. La medida cautelar es lo que su nombre indica, una medida. La ejecución provisional es un procedimiento, con todo lo que esto conlleva. Comenzando por una de las notas esenciales de lo precautorio, —el dictado sin audiencia de la otra parte (art. 198)—, la ejecución exige bilateralización permitiendo la oposición de excepciones.

Los presupuestos también son disímiles: la verosimilitud del derecho se obtiene a través de un examen provisorio que valora tan sólo la aparente atendibilidad. El grado de conocimiento queda instalado en el marco de la probabilidad y no de la certeza. No es pleno ni exhaustivo sino periférico. Contrariamente, la sentencia que posibilita la ejecución provisoriosa es fruto de un examen integral. En resumen, para las medidas cautelares es suficiente una apariencia del derecho mientras que en la ejecución se necesita una declaración sobre la existencia del derecho. (25)

De su lado, el peligro en la demora impone una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego. (26) No surge de la sola duración del proceso, en tanto la prolongación durante un tiempo más o menos largo crearía siempre un riesgo a la justicia. Con este criterio no habría ninguna acción que no mereciera el dictado de medida cautelar. Se hace necesario transparentar circunstancias, razones, motivos o hechos conforme a los cuales, según el curso natural y ordinario de las cosas, puede seguirse el perjuicio que se intenta evitar. (27) En materia de ejecución de sentencia las cosas son distintas en tanto no se exige para ella un ingrediente especial que configure tal peligro. (28) Y finalmente la contracautela, insoslayable en el terreno precautorio, (art. 199 CPCCN.), no siempre resulta exigible para la ejecución (arts. 498 y 647 ídem).

Las medidas cautelares son instrumentales, desde que carecen de un fin en sí mismas y se encuentran subordinadas y ordenadas funcionalmente a un proceso principal del cual dependen, sin que a ello se oponga la coincidencia material que pudiese existir entre el objeto de aquellas y el de la pretensión de fondo. (29) Ese proceso principal está por venir, porque es el que en su desemboque traerá la voluntad de la ley en el caso concreto reflejada en la sentencia. En la ejecución, el proceso ya ha sido recorrido y la voluntad de la ley ya ha sido exteriorizada, por más que requiera confirmación. Por otra parte, en la ejecución provisoriosa no hay posibilidad de disponer una solución distinta a la que marca la sentencia, de donde no resulta aplicable lo dispuesto en el art. 204 del CPCCN.

Podría abundarse en otras diferencias. Las expuestas alcanzan para desalentar la asimilación, con independencia que la provisoriedad propia de lo cautelar se aproxime a la interinidad de la ejecución provisoriosa, supeditada a la desestimación del recurso interpuesto contra la sentencia así ejecutada.

5.4. Propuesta

En función de cuanto queda expuesto, se estima procedente la ejecución provisoria de la sentencia sujeta a recurso de efecto suspensivo, cuando se demuestre la necesidad de anticipar su cumplimiento como único arbitrio para evitar la consumación de un perjuicio irreparable o la frustración del derecho declarado en el decisorio, prestándose caución suficiente. (30)

6. La ejecución provisional de la sentencia como tutela de evidencia

6. 1. Sentencias recurridas y el factor evidencia

Despejado ya el terreno de las hipótesis extremas en las que emerge la posibilidad de un daño irreparable, supuesto habilitante de la ejecución provisional de la sentencia con base en la tutela de urgencia, corresponde abordar ahora aquellos casos en que el elemento peligro radica tan sólo en la normal incidencia negativa del tiempo que debe aguardarse hasta la confirmación del fallo.

Recapitulando conceptos ya expuestos se advierte que, en ese territorio, la ejecución provisional de las sentencias fundamentalmente concebida como limitada o circunscripta a los supuestos expresamente contemplados en los ordenamientos, cumple una función menguada o subalterna en el conjunto de las herramientas procesales disponibles, en tanto su utilización se evidencia como restrictiva o insuficiente para dar satisfacción a la aspiración de efectividad en tiempo razonable de los derechos.

Constituye objeto de este capítulo desbordar ese clásico esquema, intentando demostrar que en determinados supuestos, aún sin norma específica que la consagre pero igualmente con sustento jurídico, dicha ejecución también puede llegar a tener andamiento. Naturalmente, en el marco normativo vigente no resulta posible desconocer en forma genérica y omnicomprensiva el efecto suspensivo que, como regla, es propio de los recursos. Pero ello no impide recortar un segmento de las sentencias sujetas a revisión, una franja de ellas, una parcela en la que por determinadas circunstancias quede autorizada la materialización concreta del mandato jurisdiccional aún sin firmeza, en forma provisoria. Y aquí hace su ingreso lo que se ha dado en llamar "el factor evidencia". (31) Existen situaciones que exhiben un altísimo grado de elocuencia en orden a la prácticamente segura confirmación del decisorio. Evidencia es, al decir de Peyrano, una certeza clara, manifiesta y perceptible de la que nadie puede dudar racionalmente. (32)

El autor precedentemente citado se pregunta "¿por qué no aceptar también en nuestro medio a la tutela anticipada de evidencia que ya está en funciones en países vecinos como Brasil y Uruguay cuando, con prestación de contracautela idónea y concurrencia de un general *fumus boni iuris* acentuado, por añadidura milita alguna de las circunstancias que a continuación enumeramos y que están inspiradas en el listado de coyunturas convalidantes de una tutela anticipada de evidencia previsto por el Anteproyecto de reformas del Código Procesal de Brasil?: a) existencia de jurisprudencia vinculante u obligatoria que defina la materia debatida; b) existencia de precedentes reiterados y sostenidos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se hubieran pronunciado inequívocamente sobre los derechos debatidos; c) existencia de una causa de puro derecho y respecto de la cual militan precedentes judiciales y doctrinarios recibidos, que tornan indudablemente predecible el desenlace del litigio; d) un accionar de la demandada signado por el abuso del derecho de defensa y el palmario propósito de retardar maliciosamente la marcha del procedimiento. Note el lector que cualquiera de las coyunturas convalidantes reseñadas evidencia que le asistirá razón al demandante; existiendo, entonces, cuando se le suma el otorgamiento de contracautela, el *fumus boni iuris* general correspondiente y la previa debida audiencia del demandado, suficientes razones para que aquél pueda obtener en su favor una condena — total o parcial— provisional". (33)

Viene al caso detenerse en la figura del llamado *certiorari*. La digresión es válida, desde que en determinados supuestos la ley procura la mayor economía y celeridad autorizando a los tribunales superiores a desestimar in limine recursos que manifiestamente están condenados al fracaso. El art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en materia de recurso extraordinario federal, establece que "la Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia". Y con mayor minuciosidad, el art. 31 bis de la ley 5827 de la Provincia de Buenos Aires, (texto

según ley 13.812), dispone: "En cualquier estado de su tramitación, si la Suprema Corte de Justicia considerare que los recursos extraordinarios de nulidad, de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, no reúnen los requisitos esenciales, que han sido insuficientemente fundados, que plantean agravios desestimados por el mismo tribunal en otros casos análogos, o que la cuestión que someten a su conocimiento es insustancial o carece de trascendencia, podrá rechazarlos con la sola invocación de la presente norma y la referencia a cualquiera de las circunstancias precedentemente expuestas". (34)

Está claro que el denominador común de casi todas las situaciones contempladas en el certiorari no es otro que la evidencia. La inexistencia de agravio federal se constata con la sola lectura del recurso. Su insustancialidad, siempre en el orden federal, remite a aquellas hipótesis que una reiterada e inequívoca jurisprudencia del más alto Tribunal ha resuelto en sentido adverso al planteo formulado por el recurrente, sin que éste aporte argumentos que, en razón de su seriedad, sean susceptibles de modificar la doctrina resultante de esa jurisprudencia. (35) De igual modo la normativa bonaerense identifica supuestos de obvedad: falta de reunión de los requisitos esenciales de admisibilidad, insuficiencia palmaria en la fundamentación, planteamiento de agravios desestimados por el superior tribunal en casos análogos. Siempre una misma y única nota definitoria: la presencia de elementos de juicio palmarios, nítidos, patentes e innegables que conducen a una solución desestimatoria.

Traslademos el mismo material a la órbita que nos concita, esto es, la ejecución provisoria de las sentencias no firmes. Si particulares situaciones signadas todas ellas por el factor evidencia determinan, en las instancias extraordinarias, su consideración puntual para abreviar sustancialmente el procedimiento en aras de la efectividad de los derechos comprometidos, en igualdad de circunstancias de evidencia ha de ser posible ejecutar provisionalmente una sentencia sujeta a recurso, en tanto se preste suficiente fianza.

Veamos las razones y fundamentos que sustentan la posibilidad de ejecutar provisionalmente una sentencia fuera de los casos expresamente autorizados en la normativa vigente, cuando el interés en hacerlo no reside en la existencia de un perjuicio irreparable sino tan solo en neutralizar la incidencia negativa del tiempo que insume la sustanciación de los recursos, en tanto la petición se formule en un contexto de evidencia que permita avizorar que el alzamiento ensayado no tendrá finalmente andamio y se preste adecuada caución.

6. 2. Tutela judicial efectiva

Tutela judicial efectiva significa derecho a hacer valer los propios derechos. El tradicional concepto de debido proceso legal ha desembocado, como subraya Berizonce, en algo más intenso, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que comprende varias cosas: I) El libre e irrestricto acceso a la jurisdicción. II) El debido proceso, como oportunidad de ser oído y probar en contradictorio, en cualquier proceso, para la determinación de los derechos y obligaciones de cualquier carácter, en cuyo marco rigen en todas sus facetas e instancias las garantías de igualdad y bilateralidad. III) El derecho a obtener una sentencia intrínsecamente justa, sustentada en la verdad jurídico-objetiva, suficientemente motivada, exenta de excesivo rigor formal y dictada en un plazo razonable. Una sentencia que sea conclusión razonada del derecho vigente con particular arreglo a las circunstancias de la causa, o sea, no arbitraria. IV) El derecho de obtener la ejecución efectiva de esa sentencia, para remover la resistencia del obligado. V) La existencia de medidas cautelares, urgentes y anticipatorias necesarias, sea para asegurar el futuro cumplimiento de la sentencia, sea como decisión provisional anticipada en el mérito. (36)

De todos estos aspectos, interesa el concepto de plazo razonable, vale decir, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas o injustificadas y a la sencillez y brevedad del procedimiento. Y, específicamente, resaltar el derecho de obtener la ejecución efectiva de la sentencia, también en tiempo idóneo.

Ese omnicompreensivo principio de tutela judicial efectiva, desde el punto de vista constitucional se basa en la impronta del Preámbulo, ("afianzar la justicia"), en conjunción con el sistema republicano de gobierno, la garantía de la defensa y el debido proceso y los derechos implícitos (arts. 1, 5, 18 y 33 de la Constitución Nacional), con más la remisión formulada en su art. 75 inc. 22 a diversos Tratados y Convenciones internacionales. Entre estos últimos cabe destacar lo dispuesto en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial el

último de esos textos en cuanto dispone en el inc. 1º que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, agregando el apartado c) del inc. 2º que los Estados partes se comprometen a garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente ese recurso. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, de su lado, en su art. 15, asegura la tutela judicial continua y efectiva, ordenando que las causas sean decididas en tiempo razonable. Señala Rojas que de esos tratados internacionales se desprenden otros principios que hacen al debido proceso legal, como por ejemplo el que se denomina "principio de eficacia de la ley", en virtud del cual la tutela que debe obtener el justiciable debe ser efectiva e inmediata, esto es, que tanto dentro del proceso penal como del civil, la actuación de la ley no puede colocar en una situación de desventaja, o bien agravar una situación afligente que sufre aquel que reclama la protección de sus derechos a la jurisdicción. (37)

Recuerda Oteiza que la Corte Interamericana, con respecto a la efectividad de las vías procesales previstas por las jurisdicciones internas, ha entendido que un Estado para cumplir con su deber convencional no solamente debe tenerlas previstas, sino que además ellas deben ser efectivas y no meramente ilusorias. De allí que los procesos deben ser adecuados para proteger la situación jurídica infringida y, además, capaces de producir el resultado para el cual han sido concebidos. (38)

Tenemos entonces, en lo que aquí interesa, un primer soporte que proviene del derecho constitucional y supranacional de ser juzgado y obtener ejecución efectiva en tiempo razonable. Si existe ese derecho individual ha de existir un deber para el Estado y sus órganos de conducir el proceso en tales términos. (39) En otras palabras, "una garantía consagrada en la Constitución y una legislación que promete una atención integral y oportuna deben ser interpretadas de modo que el resultado promueva el goce efectivo por parte de los ciudadanos. Toda otra interpretación transformaría al derecho en una parodia y quebraría la confianza que ellos deben tener en las leyes". (40) O, como también lo expresa enfáticamente la Corte Suprema, donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías. (41)

6. 3. Principio de igualdad procesal

Se acude ahora al principio de igualdad procesal, natural exteriorización en el campo procesal del principio general de igualdad ante la ley consagrado por el art. 16 de la Constitución Nacional. Se lo identifica como "la relativa paridad de condiciones de los justiciables de tal manera que nadie pueda encontrarse en una situación de inferioridad jurídica". (42) Ahora bien, como expresan Loutayf Ranea y Solá, no requiere una igualdad aritmética sino que lo que exige el principio es que se brinde a las partes una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de su derecho de acción y de defensa, es decir, que garantice a todas, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la ley, el equilibrio de sus derechos de defensa. Y así como frente a iguales circunstancias debe darse un igual tratamiento a las partes, cuando las circunstancias son diferentes, debe también dárseles un tratamiento diferente, si ello es necesario para lograr ponerlas en igual situación a los efectos de alcanzar igual protección jurisdiccional. En este sentido, recuerdan que la Corte Interamericana de Derechos Humanos difunde que el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. (43)

En esas condiciones, tenemos por un lado a un demandante, que aún provisoriamente y sujeto a ulterior revisión, ha recibido pleno reconocimiento de su derecho mediante una sentencia judicial. Por otro, un demandado que —también interinamente— ha sido desautorizado en su posición jurídica, resultando condenado a satisfacer determinada prestación por el mismo fallo. El primero exhibe nada menos que la decisión proveniente de un órgano jurisdiccional. El segundo enarbola y protesta argumentos que se exhiben como manifiestamente inconsistentes en los supuestos de evidencia que hemos enunciado (existencia de precedentes que constituyen doctrina legal, etc.). ¿Puede decirse que se encuentran en un plano de igualdad, o siendo las circunstancias diferentes el trato también ha de ser diverso? En otros términos, como señalan Oteiza y Simón en el informe ya citado, con la ejecución provisional "se abandona una equivalencia sólo aparente en la posición de las partes en disputa, una vez dictada la sentencia por el juez luego de sustanciado un proceso de conocimiento

pleno. La ejecución provisional reconoce que el derecho de una de ellas ha sido declarado como conclusión de un proceso sin restricciones en cuanto a la capacidad de acreditar los hechos y argumentar el derecho y permite materializar la conclusión primaria del proceso al asignarle efectividad a la sentencia. La igualdad inicial en cuanto a la expectativa de una sentencia favorable ha cambiado producto del dictado de la sentencia. Sostener que el beneficiario de la decisión jurisdiccional no pueda requerir el cumplimiento de lo ordenado, supone defender la posición de quien ha sido condenado, ante el riesgo del eventual error judicial. Si bien se debe ser cuidadoso en el empleo de la coacción del Estado para materializar la orden judicial, también corresponde indagar sobre el acierto de dilatar la protección efectiva en aras de una mayor seguridad. En ese sentido, es oportuno el interrogante planteado por Picó I Junoy: ¿quién debe soportar la pendencia del proceso por la articulación de un recurso? ¿la parte que ya cuenta con una decisión o quien requiere la revisión? El instituto de la ejecución provisional asiste a quien ha demostrado ante el juez de primer grado merecer la protección jurisdiccional". (44)

Queda claro que si damos prioridad al vencido estamos colocando al vencedor en una clara situación de inferioridad jurídica, desoyendo lo que demuestra la experiencia desde la estadística en tanto es abrumadoramente mayor la cantidad de sentencias que se confirman que las que se revocan.

La expresión de voluntad estatal que constituye una sentencia, corolario de una serie de actos legalmente establecidos, no es menos relevante que el resultado de la actividad administrativa que culmina en un acto o resolución de esa índole. Esta última posee ejecución inmediata, sin perjuicio de eventuales recursos. Los órganos intervinientes en ambos sectores son estatales y actúan sobre la base de un procedimiento reglado. En esas condiciones, no se aprecian razones que conduzcan a resultados distintos. En la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000, al referirse a la ejecución provisional que es regla en el proceso que instaura, se expresa: "...el factor fundamental de la opción de esta Ley, sopesados los peligros y riesgos contrapuestos, es la efectividad de las sentencias de primera instancia que, si bien se mira, no recaen con menos garantías sustanciales y procedimentales de ajustarse a derecho que las que constituye el procedimiento administrativo, en cuyo seno se dictan los actos y resoluciones de las Administraciones Públicas, inmediatamente ejecutables..."

6. 4. El principio procesal según el cual la necesidad de usar el proceso no puede volverse en contra de quien usa el proceso

Siguiendo con las apoyaturas, corresponde traer a colación lo que hoy día aparece plasmado como un nuevo principio procesal. A partir de Chiovenda, siguiendo por Calamandrei, Carnelutti y Satta, entre los clásicos, Carpi, Andolina, Taruffo entre los actuales, no hay controversias en torno al concepto de que la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no puede ir en contra de quien tiene la razón. Cabe remitirse, aquí, a las agudas consideraciones de Carbone, que delinea este principio partiendo de la tutela judicial efectiva, para concluir que ante la firmeza del fundamento de la demanda y la prueba aportada —como lo auspicia el Código Procesal Civil de Perú— surge la razón del actor posibilitando ante la evidencia una satisfacción cuando menos provisional. (45)

6. 5. Principio de legalidad e instrumentalidad, adecuación, elasticidad y flexibilidad de las formas

El efecto suspensivo de la apelación es una de las formas vigentes. De ser entendido férreamente a la luz del principio de legalidad, no podría materializarse una ejecución provisional en los casos de evidencia planteados. Pero la inteligencia de aquel principio, aprehendido como rígido mecanismo indisponible, ha terminado por flexibilizarse y aún transmutarse fundiéndose con otras pautas o criterios de algún modo contrapuestos como son los de instrumentalidad o finalismo, elasticidad o adecuación de las formas. Se pone el acento en la premisa que las formas no constituyen un fin en sí mismas, reconociéndose la posibilidad de adecuarlas a las particularidades del caso, flexibilizando las reglas legales o fijándolas directamente, adoptando cualquier modo apto conducente a la obtención del fin. (46) (art. 169 C.P.C.C.N. y su sistema). Entonces, si en ese contexto los criterios intermedios autorizan en determinadas circunstancias la disposición de las formas, resta saber cuándo es posible esa disposición, lo que impone distinguir la diversa naturaleza de las normas procesales. Por vía de principio, únicamente resultan indisponibles, o sea insusceptibles de ser adecuadas, aquellas formas en las que

está en juego el orden público, por haberse instituido precisamente en función del interés general.

Venimos sosteniendo que la ejecución provisoria remite a la tutela judicial efectiva, ingrediente de orden público como cada uno de los factores que confluyen en el debido proceso. Su denegación, —esto es, la privación de ejecutar provisionalmente por razón del efecto suspensivo del recurso, siempre en los supuestos de evidencia que nos ocupan—, no parece recibir anclaje en ese interés general y en ese orden privativo, por la simple razón de que no impide ni cercena en absoluto la vía recursiva. El cumplimiento inmediato de la decisión apelada nada tiene que ver con la doble o ulterior instancia porque no la afecta ni la obstaculiza, del momento que si un pronunciamiento del tribunal superior resultara revocatorio habrán de volver las cosas al estado anterior en tanto han operado otro tipo de garantías, consistentes en el otorgamiento de fianza o caución suficiente y, todavía, reconociendo la posibilidad del demandado de requerir la suspensión de la ejecución provisional si demuestra que el daño que se le siga podría ser irreparable.

Queda claro, entonces, que el enfrentamiento es aparente, al provenir de consideraciones que no son contrapuestas ni resultan enfrentadas. La ejecución provisional de la sentencia en caso de evidencia está respaldada por el concepto de orden público de la tutela judicial efectiva en plazo razonable. También integra ese orden la garantía de la doble instancia. Pero no son antagonistas ni incompatibles. Lo contrario de ejecución provisoria es la postergación de la ejecución hasta la confirmación del fallo. Lo contrario de la doble instancia es la instancia única, la imposibilidad de recurrir. Como lo señalan Oteiza y Simón, la ejecución provisoria no cuestiona el derecho al recurso al operar solamente sobre los efectos de la decisión e intentar dar mayor operatividad a la garantía de celeridad en la respuesta, que también constituye uno de los valores a proteger por el derecho al debido proceso. [\(47\)](#)

6. 6. Abuso del proceso. Poderes-deberes del juez. Principios de moralidad y economía procesal

El principio que veda el ejercicio abusivo del proceso se incorpora con particular atingencia en los supuestos de evidencia que radican en la total inconsistencia del alzamiento. Todos los días presenciamos recursos ordinarios y extraordinarios que saben de su propia sin razón y se emplazan únicamente para dilatar el cumplimiento de la sentencia. Se encuentra consolidado que el abuso del derecho es un principio autónomo de carácter general que abarca la plenitud del orden jurídico y, por tanto, el Derecho Procesal Civil no escapa a esa premisa. Consiguientemente, como principio general, está delineado en el art. 1071 del Código civil, sirviendo su configuración a todas las ramas de la ciencia jurídica. [\(48\)](#) De igual modo, el derecho al proceso que la Constitución garantiza es para usarlo en defensa de un derecho justo y dentro de los adecuados límites. Constituye poder-deber de los jueces tomar las medidas conducentes a prevenir, eliminar y sancionar todo acto de fraude procesal y de ejercicio abusivo del proceso. Asimismo, no les está permitido a los jueces el empleo de las estructuras procesales para dificultar o dilatar innecesariamente el desarrollo del proceso. [\(49\)](#)

Expresa en este orden García de Enterría: "Quien tiene razón suele estar gravado con penosísimas cargas procesales que perjudican con normalidad a su derecho y que favorecen correlativamente y de manera sustancial al deudor de mala fe o al incumplidor doloso de sus deberes. La duración excesiva de los procesos perjudica prácticamente siempre a quien tiene razón. Si la Constitución proclama el derecho a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas, la cuestión es entonces decidir sobre cuál de las partes debe recaer la carga enorme de la dilación escandalosa de los procesos. Es evidente que no sobre quién tiene razón para pretender esa tutela, sino sobre quien se opone deliberadamente a ella de una manera injustificada". [\(50\)](#)

Desde este vértice, la obligación jurisdiccional de mantener la igualdad de las partes consagrada en el apartado c) del inciso 4 del art. 34 del C.P.C.C.N. posibilita superar la falta de equilibrio que resulta de la desigual posición en que se instalan vencedor y vencido, a la que se ha hecho mención en el capítulo 6.5. Y, fundamentalmente, los acápites d) y e) del mismo texto conducen a prevenir todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe y vigilar para que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal. Los principios de moralidad y economía, en definitiva, constituyen también soporte adecuado.

6. 7. Resumiendo

Resumiendo los fundamentos y apoyaturas que anteceden, se concluye en que es posible en materia de ejecución provisoria de sentencias poner en marcha la llamada tutela de evidencia. La extraordinaria riqueza de

los fenómenos jurídicos revela que aspectos definitorios del mundo del derecho han cobrado vida con independencia de los esquemas legales y, a veces, aún con independencia de lo que parecen decir las normas jurídicas, generando una fructífera evolución que es consecuencia directa de la elaboración de la doctrina y la jurisprudencia. De otro modo carecen de explicación el instituto del amparo, la doctrina de la arbitrariedad en el recurso federal, el *per saltum*, el concepto de absurdo y la anulación de oficio de las sentencias en el régimen recursivo extraordinario de la Provincia de Buenos Aires, la medida cautelar innovativa, la autosatisfactiva y las sentencias anticipatorias, los procesos colectivos y tantos otros arbitrios que hoy conviven armoniosamente. Como lo tiene dicho el más alto Tribunal de la Nación, basta la comprobación inmediata de un gravamen para que una garantía constitucional deba ser restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente. Las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias. [\(51\)](#)

En consecuencia, la ejecución provisional en el supuesto que venimos considerando es procedente con sustento en lo dispuesto en los arts. 1, 5, 16, 18, 33, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15 en la Constitución de Buenos Aires; 1071 del Código Civil; 34 inc. 4 del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación y principios procesales de igualdad, instrumentalidad y flexibilidad de las formas, economía, celeridad, moralidad y de razón del actor.

7. Conclusiones

Concluye aquí el intento de ampliar y dilatar los supuestos —ciertamente poco utilizados— de ejecución provisoria de las sentencias, en el marco de un régimen procesal que revela falencias en torno al valor eficacia. Se ha acudido para ello a dos tipos de tutelas diferenciadas: la de urgencia y la de evidencia. En el primer caso, sin superposición con las figuras cautelares, emerge un tipo especial de ejecución anticipada que forma parte del campo genérico de los mecanismos especiales signados por la urgencia pero que no puede confundirse con ninguno de ellos. En el segundo, surge una vía que posibilita el cumplimiento del decisorio en manera no definitiva cuando resulta patente que el recurso interpuesto será comprobablemente desestimado.

De allí que se proponga que:

1°. Resulta procedente la ejecución provisoria de la sentencia sujeta a recurso de efecto suspensivo, cuando se demuestre la necesidad de anticipar su cumplimiento como único arbitrio para evitar la consumación de un perjuicio irreparable o la frustración del derecho declarado en el decisorio, prestándose caución suficiente.

2° Fuera de los casos expresamente autorizados en la normativa vigente, procede la ejecución provisoria de la sentencia sujeta a recurso de efecto suspensivo cuando la petición se formule en un contexto de evidencia que permita constatar que el alzamiento no tendrá finalmente andamiento en virtud de existir doctrina legal obligatoria; o inequívoca jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en sentido adverso al planteo formulado por el recurrente, sin que éste aporte argumentos que, en razón de su seriedad, sean susceptibles de modificar el criterio resultante; o que el recurso exteriorice el palmario propósito de retardar maliciosamente la culminación del procedimiento; a cuyo efecto deberá prestarse caución suficiente.

La propuesta que antecede representa tan sólo un paliativo y no una solución integral, a la que habrá de arribarse cuando las instituciones procesales reciban estructurales modificaciones apuntando a un nuevo modelo de proceso que permita conjugar equilibradamente las garantías necesarias sin mengua de la celeridad y la eficacia.

(1) Ponencia general presentada ante el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, setiembre de 2013, aprobada por dicho Congreso.

(2) Véase MORELLO, "El proceso justo", p. 365 y ss..

(3) En "Los despachos interinos de fondo", en el libro *Sentencia Anticipada*, dirigido por Jorge Peyrano,

Rubinzal Culzoni, p. 75 y ss..

(4) GOZAÍNI, "La ejecución provisional en el proceso civil", LA LEY, 1997-D, 897.

(5) DE LOS SANTOS, Mabel, "La ejecución provisoria de la sentencia civil", DJ, 2008-II-1466.

(6) Cfr. OTEIZA, Eduardo y SIMÓN, Luis María ponencia general presentada a las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.

(7) DE LOS SANTOS, cit.

(8) "El recurso extraordinario", 2ª ed., Librería Ed. Platense, pp. 577/78.

(9) DE LÁZZARI, "La denegación de recursos extraordinarios que versan sobre cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia", en el libro "Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios", Eduardo Oteiza, coordinador, Rubinzal Culzoni, p. 93.

(10) "La urgencia y la evidencia como fundamento de nuevas estructuras procesales", cit., JA, 2011-III, supl. del 6/6/2011, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 0003/015488.

(11) "Un nuevo tipo procesal sumario. Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia", LALEY, 2011-B, 1018.

(12) Cfr. MONROY GALVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan, "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada", en "Sentencia anticipada", obra dirigida por Jorge Peyrano, Rubinzal Culzoni, p. 176 y ss..

(13) Véase ROJAS, Jorge A., "Sistemas cautelares atípicos", Rubinzal Culzoni; KIELMANOVICH, Jorge, "Medidas cautelares", p. 13 y Ss.; FALCÓN, Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", t. IV (sistemas cautelares, medidas cautelares, tutela anticipada).

(14) "Principios de Derecho Procesal Civil", Reus, Madrid, 1977, t. I, p. 252.

(15) Cfr. VARGAS, Abraham Luis, "Teoría general de los procesos urgentes", en el libro "Medidas Autosatisfactivas", dirigido por Peyrano, p. 75 y ss.

(16) Para Kelsen no hay otra norma que la positiva. La norma es producida por un acto de derecho que recibe su significación de otra norma. Es ella la que otorga a un hecho el carácter de conforme o contrario a derecho. Con la palabra norma se alude a un "debe ser" este es el sentido que tienen ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros. La norma es el sentido de un acto de voluntad. ver KELSEN, Hans Teoría pura del Derecho (en su versión traducida por Vernengo, Editorial Porrúa, México, 1991, p. 18 y ss.)

(17) Ver DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Planeta, Barcelona, 1993 y ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; DEL CARRIL, Enrique H., "La teoría de la interpretación y el principio pro homine"; 10/8/2011, SJA.: "Principio es, citando a los dos principales autores que han tratado este tema, un requerimiento de la justicia o de alguna otra dimensión de la moralidad o ciertos mandatos de optimización. Es decir, desde esta perspectiva, los principios tienen contenido normativo o son la normativización de valores: poseen un contenido de justicia según Dworkin o disponen que un determinado valor se realice en la mayor medida posible, según Alexy".

(18) Ver PÉREZ BERMEJO, J. M., Coherencia y sistema jurídico, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006 y BATTISTA RATTI, Giovanni, "La coherentización de los sistemas jurídicos"; <http://www.uv.es/CEFD/15/ratti.pdf>

(19) Cnf. GRAJALES, Amós Arturo, Argumento sedes materiae. Un antiguo argumento para una nueva visión del derecho; ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/4766/2012.

(20) Solo a modo de referencia conceptual podemos decir que la idea del estándar pro homine básicamente manda que se debe estar a aquella decisión que sea más favorable "al hombre". De allí que, y ésta es su primera nota, su normatividad esté dirigida específicamente a los operadores del derecho: impone una determinada forma de actuar en la aplicación de las normas y principios jurídicos. Originado en el derecho internacional de los derechos humanos, hoy se aplica ampliamente en todos los órganos jurisdiccionales, tanto transnacionales como nacionales. Probablemente deba su fuerza (más allá de la autoridad de los órganos que hacen uso de él) a que, a primera vista, parece asegurar contenidos sustanciales directamente vinculados con los derechos humanos: la referencia explícita a la humanidad parece confirmar esta aspiración. Ver DEL CARRIL, Enrique H., artículo citado, nota 8.

(21) Las medidas provisionales y el Código Procesal Civil modelo Iberoamericano, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año IX, n° 14, 1012, p. 97 y ss., especialmente p. 114/115.

(22) Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. IV, pp. 483/488.

(23) "La ejecución provisoria de la sentencia civil", DJ, 2008-II, 1466.

(24) "Ejecución anticipada de la sentencia como cautela material", en el libro "Sentencia anticipada", dirigido por Peyrano, Rubinzal-Culzoni, p. 347 y ss.

(25) Cfr. GOZAÍNI, "La ejecución provisional en el proceso civil", cit.

(26) C.S. 19/2/2008, "Yacimientos Mineros de Agua de Dionisio c. Provincia de Tucumán", Fallos 331:202, entre infinidad de precedentes afines.

(27) Ver DE LÁZZARI, "Medidas cautelares", 2ª ed., t. I, p. 30 y ss.

(28) A salvo el peligro irreparable que incorporamos en este tipo de ejecución provisoria como tutela de urgencia.

(29) Cfr. KIELMANOVICH, Jorge, Medidas cautelares, p. 42.

(30) Se recoge aquí la ponencia formulada por Sergio Ferrer, si bien despojada de sus connotaciones cautelares. ("Ejecución anticipada de la sentencia como cautela material", cit., en Sentencia anticipada, p. 347 y ss.).

(31) Cfr. PEYRANO, "El dictado de decisiones judiciales anticipadas. El factor evidencia", L.L. 2011-B-773; ídem, "La tutela anticipada de evidencia", LA LEY, 2011-C, 679; DE LOS SANTOS y CALMON, "La urgencia y la evidencia como fundamento de nuevas estructuras procesales", JA, 2011-III, supl. del 6/6/2011, p. 3 y ss. (Lexis Nexis, abeledo Perrot, 0003/015488). Cabe señalar, asimismo, que en la doctrina nacional quien primeramente aludió al "factor evidencia" fue Carlos A. Carbone ("La noción de la tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría general de la llamada tutela anticipatoria y de los procesos urgentes", en el libro "Sentencia anticipada", Rubinzal-Culzoni, p. 55; y "Los despachos interinos de fondo", en el mismo libro, p. 138 y ss.).

(32) "El dictado de decisiones judiciales....", cit.

(33) "El dictado de decisiones judiciales...", cit.

(34) No es éste el lugar para explayarse sobre el instituto del certiorari. Alcanza con señalar su consolidación como mecanismo corrector de la saturación de los tribunales superiores, y su constitucionalidad pacíficamente receptada. Cfr. MORELLO, "El recurso extraordinario", 2ª ed., Platense, p. 583; DE LÁZZARI, "La denegación de recursos extraordinarios que versan sobre cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia", en el libro "Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios", Eduardo Oteiza, coordinador, Rubinzal Culzoni, p. 93 y ss.

(35) Cfr. TRIBIÑO, Carlos, "Aspectos sustanciales y formales del certiorari en el recurso extraordinario, J.A. 2005-III-1358; LEGARRE, Santiago, "Una puesta al día en materia de certiorari", LA LEY, 2004-A, 1267; VANOSSI, Jorge, "La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte Suprema de la Argentina (balance de una década de certiorari criollo)", Academia Nacional de Derecho, 2000, p. 228 y ss.; OTEIZA, Eduardo, "El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso", en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 3, Nº 1, p. 71 y ss.

(36) BERIZONCE, "Tutelas procesales diferenciadas", Rubinzal-Culzoni, p. 21.

(37) ROJAS, Jorge A., "Sistemas cautelares atípicos", p. 52.

(38) OTEIZA, Eduardo, "El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854", en La Ley, suplemento especial, mayo 2013, p. 95 y ss., con cita de los casos "Bámaca Velásquez vs. Guatemala", "Comunidad Mayagna vs. Nicaragua" y "Juan Humberto Sánchez vs. Honduras", p. 98.

(39) El argumento es de GRILLO CIOCCHINI, "Debido proceso, plazo razonable y otras declamaciones",

en publicación del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Paraná, 2003, t. I, p. 181.

(40) C.S. de la Nación, C 595, XLI, Cambiaso Peres de Nealón, Fallos, 330:3725, voto de Lorenzetti.

(41) Fallos, 239:459; 241:291, 3315:1492.

(42) DÍAZ, Clemente, "Instituciones de Derecho procesal", Parte General, Abeledo Perrot, 1968, t. I, p. 218, cit. por LOUTAYF RANEA y SOLÁ, "Principio de igualdad procesal", LA LEY, 2011-C, 790.

(43) LA LEY, 2011-C, 790, cit.

(44) Ponencia general a las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, con cita de Picó I Junoy.

(45) CARBONE, Carlos Alberto, Tutela judicial efectiva y el nuevo principio procesal: la razón del actor ante la urgencia y la evidencia", ED, 245-1002.

(46) BERIZONCE, Roberto, "El principio de legalidad bajo el prisma constitucional", LA LEY, 2011-E, 1144.

(47) "Informe...", cit. con mención de Gozáni.

(48) Conclusiones del XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981.

(49) Conclusiones del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 1995.

(50) "La batalla por las medidas cautelares", 2ª ed., Civitas, Madrid, 1995, pp. 336/338.

(51) C.S., H. 270.XLII, "Halabi Ernesto c. P.E. s/amparo", Fallos, 332:111.