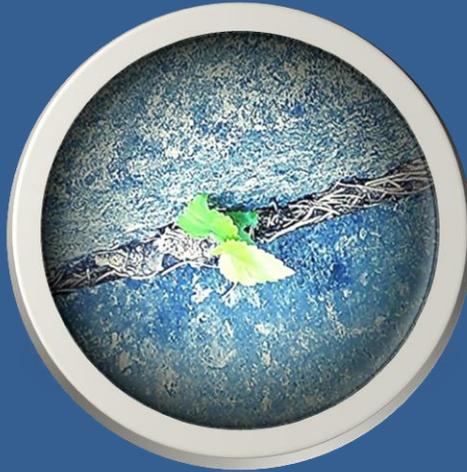


ESCUELA DE
POSGRADO



PUCP



Revista de la
Maestría
EN DERECHO PROCESAL

Vol. 8, Nº 1
Enero-julio 2020
ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>



Tutela de la evidencia

[Provisional measures based on evidence or inconsistent defense]

Luiz Guilherme Marinoni

Profesor titular de derecho procesal civil en la Universidad Federal de Paraná (UFPR)

Contacto: guilherme@marinoni.adv.br

Resumen

El presente ensayo busca diseñar un abordaje teórico sobre la tutela de la evidencia basada en prueba del hecho constitutivo o en una defensa inconsistente realizada por el demandado. Para lograr su objetivo, el autor analiza qué es lo que significa “inconsistencia”, alegando que ello depende de la fortaleza de la defensa del demandado sobre el mérito (negando el hecho constitutivo del demandante o incorporando nuevos hechos) y la prueba ofrecida que le da sustento.

Palabras clave: Tutela de evidencia, defensa de mérito, hechos constitutivos, prueba.

Abstract

This article aims to design a theoretical approach on the provisional measures which is based on the proof of the facts pointed by the plaintiff or in inconsistent defense made by the defender. In order to reach that objective, the author analyses what “inconsistency” means, arguing that it depends on the strength of the respondent’s defense on the merits (denying the plaintiff’s constitutive fact or introducing new facts) and the evidence that sustains it.

Key words: Provisional measure founded on inconsistent defense, defense on the merits, constitutive facts, evidence.

Recibido: 12 de mayo de 2019 / Aprobado: 30 de junio de 2019



Tutela de la evidencia*

Luiz Guilherme Marinoni

1. Sobre la tutela de evidencia en general

1.1. La tutela de la evidencia como técnica de distribución del tiempo del proceso

La tutela de la evidencia no puede ser confundida con la tutela cautelar o con la tutela anticipatoria que se funda en peligro. El art. 311 del CPC brasileño de 2015 (en adelante, “CPC”) dice expresamente que la tutela de la evidencia no depende “de la demostración de peligro de daño o de riesgo al resultado útil del proceso”.

El CPC, en la línea del art. 273, II, del Código de 1973, instituye una técnica procesal destinada a viabilizar la tutela del derecho del demandante cuando los hechos constitutivos del derecho son incontrovertidos (o evidentes) y la defensa es infundada, y, en consecuencia, cuando el ejercicio de la defensa puede ser visto como un abuso.

Vistas así las cosas, dicha técnica de tutela jurisdiccional se destina a viabilizar la distribución de la carga del tiempo del proceso. Por tanto, no podría realmente evadir los criterios de la evidencia del derecho y de la fragilidad de la defensa, que permiten que la tutela del derecho se dé en el curso del proceso sin que el derecho de defensa sea pagado como precio.

* Traducción de Miguel Espejo Rosell. Revisión de Álvaro Castillo y Renzo Cavani.

Nótese que esta especie de técnica de tutela de los derechos es el resultado de admitir que: i) el tiempo del proceso no puede ser colocado en las espaldas del demandante, como si este fuese el culpable por la demora inherente a la investigación de los hechos; ii) el tiempo del proceso debe ser visto como una carga; iii) el tiempo debe ser distribuido entre los litigantes basado en la necesidad de que el proceso los trate de forma isonómica.

1.2. El tiempo del proceso como carga y la necesidad de su distribución entre las partes

En el proceso de conocimiento clásico –desprovisto de tutela anticipatoria–, el tiempo del proceso es soportado únicamente por el demandante, independientemente de las particularidades de la situación de derecho material y del objeto litigioso. Eso ciertamente no es justo ni está de acuerdo con la necesidad de prestar tutela jurisdiccional adecuada a las personas. El tiempo del proceso no puede perjudicar al demandante y beneficiar al demandado, ya que el Estado, cuando prohibió la justicia por mano propia, asumió el compromiso, además de tutelar de forma pronta y efectiva los derechos, de tratar a los litigantes de forma isonómica¹.

Es posible distribuir el tiempo del proceso a través de los procedimientos especiales, elaborados a partir de las técnicas de cognición. Los procedimientos que impiden la discusión de determinadas cuestiones (cognición parcial), que restringen el uso de las pruebas (por ejemplo: mandato de seguridad, cognición completa *secundum eventum probationis*) aun cuando son de cognición plena y completa, pero dotados de tutela anticipatoria, permiten una mejor distribución del tiempo de la justicia.

Sin embargo, tratándose del procedimiento común, no hay otra alternativa que no sea insertar en su interior una técnica ca-

¹ Sobre el problema del tiempo en el proceso civil hay interesantes estudios en el derecho francés. Ver AMRANI MEKKI (2002); Cholet (2006).

paz de permitir la distribución del tiempo del proceso, como se hizo por primera vez en el derecho brasileño mediante el art. 273 del CPC-73. La distribución de la carga del tiempo en el procedimiento común es imprescindible para la democratización del proceso civil, pues evita que el tiempo sea tratado de forma diferenciada solamente en los casos de los procedimientos especiales que, como su propio nombre indica, se preocupan solo de situaciones especiales, olvidando que la cuestión de la distribución del tiempo es vital ante *toda y cualquier situación litigiosa concreta*.

Parece completamente irracional obligar al demandante sufrir con la demora cuando, por ejemplo, los hechos constitutivos son probados por medio de documentos y el demandado presenta una defensa de mérito indirecta infundada que exige instrucción dilatoria. Para que impere la igualdad en el proceso es preciso que el tiempo sea isonómicamente distribuido entre los litigantes. El tiempo debe ser repartido en el procedimiento de acuerdo con el índice de probabilidad de que el demandante tenga derecho al bien disputado². Esta probabilidad está asociada a la evidencia del derecho del demandante y a la fragilidad de la defensa del demandado. Cuando el derecho del demandante es evidente y la defensa del demandado carece de seriedad, entonces surge la tutela de la evidencia como técnica de distribución de la carga del tiempo del proceso, pues, de otra forma, una *defensa abusiva* estará dilatando la tutela jurisdiccional del derecho.

² “L’interesse di urgenza, supponendo costante la sua entità quantitativa, acquista una rilevanza complessiva tanto più grande quanto maggiore è la probabilità che il successivo giudicato conduca ad un accertamento positivo del diritto dell’attore; analogamente, l’interesse alla completa cognizione, supponendo costante la sua entità quantitativa, acquista una rilevanza complessiva tanto più grande quanto maggiore è la probabilità che il successivo giudicato conduca ad un accertamento negativo della situazione sostanziale controversa” (ANDOLINA, 1983: 36-37).

1.3. La falsedad del principio de la *nulla executio sine titulo* frente al conflicto entre el derecho a la tutela tempestiva y el derecho a la cognición definitiva

La teoría procesal clásica, al conceptualizar los procesos, llamó “proceso de conocimiento” a aquel destinado a verificar la existencia del derecho y “proceso de ejecución” a aquel orientado a realizar el derecho declarado por el primero. El proceso de conocimiento debería averiguar la existencia del derecho alegado para que el juez pudiese declarar (o no) la existencia del derecho afirmado, siendo que la ejecución solamente podría iniciar después de concluido el proceso de conocimiento.

Lo que importa, para enfocar bien el problema, es que la ejecución tendría como presupuesto la declaración del derecho o la cosa juzgada material. La cosa juzgada material, en esta dimensión, fue considerada el fundamento lógico-jurídico de la ejecución. Si la adquisición de cosa juzgada de la sentencia fuese imprescindible para la formación del título ejecutivo judicial, ninguna diferencia podría haber cuando se habla que la cosa juzgada sería el fundamento lógico-jurídico de la ejecución o que esto depende de una sentencia que adquirió cosa juzgada.

El principio de la *nulla executio sine titulo* fue concebido para dejar claro que la ejecución no podría ser iniciada sin título, que debería contener en sí un derecho ya declarado o que ya no sea pasible de discusión. El pensamiento clásico puede ser comprendido a través de la siguiente lección de Carlo Furno:

La imposibilidad de recurrir directamente a la vía ejecutiva y la consecuente necesidad de obtener un título ejecutivo judicial a través de un proceso de conocimiento se explican fácilmente por la existencia de una situación jurídica sustancial caracterizada por el elemento de *incertidumbre*. Con base en este presupuesto, dada la necesidad de *eliminarse la incertidumbre* sobre la situación jurídica sustancial, la acción no puede ser ejercitada sino en vía *declaratoria*, a fin de que el antecedente lógico-jurídico de la ejecución,

que es la aptitud de la acción para ser ejercida *'in executivis'*, encuentre su base en la *declaración* y su realización *en la creación del título que condiciona la instauración de la vía ejecutiva*³.

Como se ve, existe ahí una asociación muy íntima y evidente entre “descubrimiento de la verdad”, realización plena del principio del contradictorio, declaración, cosa juzgada material y título ejecutivo judicial. Detrás del principio de la *nulla executio sine titulo* está escondida la idea de que la esfera jurídica del deudor no puede ser alcanzada sin el descubrimiento de la verdad y la realización plena el principio del contradictorio.

De cualquier forma, la idea de que la ejecución depende del agotamiento del proceso de conocimiento está ligada a la premisa de que el juicio de cognición sumaria, precisamente por ser un juicio que posterga el derecho de defensa, no es suficiente para la instauración de la ejecución. La ejecución, en este sentido, siempre dependió de la “certeza jurídica”⁴. Es el propio Chiovenda quien así lo confiesa:

Mientras tanto, puede darse la figura de una sentencia no definitiva, sino ejecutoria, y, por ello, la separación entre la definitividad de la cognición y la ejecutoriedad. Es lo que sucede, en primer lugar, cuando la condena es confirmada o emitida en grado de apelación, y ello porque la sentencia de apelación, si bien no es definitiva, por estar sujeta a casación, es, sin embargo, ejecutoria, una vez que la casación no suspende la ejecución de la sentencia. *A pesar de que esa sea una figura anormal, porque nos presenta una acción ejecutoria no coincidente, de hecho, de la certeza jurídica*⁵.

³ FURNO (1954: 190).

⁴ “Il terzo libro del Codice di Procedura Civile è legato alla filosofia del titolo esecutivo. È una filosofia dai contorni incerti come tutte le filosofie. Di essa può peraltro con facilità cogliersi il nucleo essenziale nell'esigenza che l'esecuzione abbia di mira un assetto stabile delle situazioni materiali e non un qualcosa di provvisorio e/o di strumentale e caducabile” (VERDE, 1985: 81).

⁵ CHIOVENDA (1965: 235).

La “ejecución provisional” de la sentencia sería una figura anormal exactamente por no presuponer la “certeza jurídica”. Entretanto, la certeza jurídica, o la cosa juzgada material, en vista de las nuevas necesidades de tutela, no puede más que constituir el presupuesto lógico-jurídico para la instauración de la ejecución.

Las nuevas exigencias de tutela jurisdiccional – responsables, incluso, de la transformación de la tutela cautelar en técnica de sumarización– transformaron el principio de la *nulla executio sine titulo* en un mito. Recuérdese que la tutela anticipatoria, en la mayoría de los casos, anticipa la propia ejecución. Como ya dijo Ovídio Baptista da Silva:

La introducción en nuestro derecho de una forma de tutela anticipatoria –tan extensa como lo permite su conceptualización, como tutela genérica e indeterminada– invalida todos los presupuestos teóricos que sustentan el proceso de conocimiento, pues las anticipaciones del juzgamiento, idóneas para provocar tutela anticipatoria, presuponen demandas que contengan, conjugadas y simultáneas, *las actividades de conocimiento y ejecución*⁶.

En el procedimiento común, hay un enorme conflicto entre el derecho a la cognición definitiva (derecho de defensa) y el derecho a la tempestividad de la tutela jurisdiccional. Para que el demandante no sea perjudicado por la demora del proceso, debe actuar, al interior del procedimiento de cognición plena y completa, una técnica que permita la anticipación de la ejecución.

Por ello, si es innegable la existencia del conflicto entre el derecho a la tempestividad de la tutela y el derecho a la cognición definitiva, y es sabido que el demandado tiene interés en utilizar el proceso para conservar el *status quo* por el mayor espacio de tiempo posible, *debe ser admisible la anticipación de la ejecución en los casos de derechos evidentes y de defensas infundadas. No hay*

⁶ SILVA (1994: 127-128).

otra alternativa para que el proceso no perjudique al demandante que tiene razón.

En verdad, una postura dogmática coherente con la realidad impone la redefinición del concepto de título ejecutivo, indagándose si esta cualidad puede ser conferida a un proveimiento sumario. No hay ninguna razón, digna de consideración, que impida que así sea, *pues abrir la vía ejecutiva a un derecho no es una consecuencia de su existencia, sino una simple opción para su realización práctica*. De esta forma, es cierto, la tutela jurisdiccional pasa a ser mucho más ejecución que declaración y cosa juzgada material, pero esta es una consecuencia de las nuevas exigencias de tutela y del conflicto –que es ineliminable– entre seguridad y efectividad.

1.4. Evidencia del derecho y fragilidad de la defensa

En el juego entre la tempestividad y la seguridad, la tutela de la evidencia o la distribución del tiempo del proceso solamente son posibles cuando la defensa deja entrever la gran probabilidad de que el demandante resulte victorioso y, consecuentemente, la injusta espera para la realización del derecho.

La tutela de la evidencia brasileña tiene un símil en el derecho comparado en el *référé provision* del derecho francés. Es posible la anticipación mediante la *provision* en la hipótesis que “la obligación no es seriamente contestable” (“*l’obligation n’est pas sérieusement contestable*” - arts. 809, II y 849, II, del Código de Proceso Civil Francés)⁷.

Como demuestra Roger Perrot, la *provision* no necesita el requisito de la urgencia y el juez no puede exigir una incontestabilidad absoluta, bajo pena de restringir abusivamente el dominio

⁷ CADIET, NORMAND, AMRANI MEKKI (2010).

del *référé provision*⁸. Esta figura, así, es una forma de tutela de los derechos evidentes.

Un derecho es evidenciado cuando es demostrado inmediatamente. Para la tutela de la evidencia, con todo, son necesarias la evidencia del derecho del demandante y la fragilidad de la defensa del demandado; no basta apenas la caracterización de la primera. La defensa debe ser frágil, de modo que su ejercicio, al dilatar la demora del proceso, configure un abuso. Nótese, por cierto, que al lado del inciso I del art. 311 CPC –que habla expresamente de abuso de derecho de defensa–, los demás incisos de este artículo representan hipótesis en las que el derecho es evidente y la defensa de mérito debe ser frágil.

1.5. Evidencia de los hechos constitutivos, inconsistencia de la defensa y distribución de la carga del tiempo del proceso

El proceso –o mejor, la fase del proceso– en que se “declara” la tutela del derecho se funde en el principio de que el demandante debe probar el hecho constitutivo del derecho que alega poseer y el demandado debe probar el eventual hecho impeditivo, modificativo o extintivo afirmado en la contestación. Es lo que evidencia el art. 373 CPC cuando dice que la carga de la prueba corresponde: i) al demandante, en cuanto al hecho constitutivo de su derecho, y ii) al demandado, en cuanto a la existencia de hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho del demandante.

⁸ “Quelles sont les conditions exigées? Contrairement à ce que l’on pourrait croire, la condition d’urgence n’est pas requise. La seule et unique condition exigée est que ‘l’obligation ne soit pas sérieusement contestable’ (articles 771 et 809 nouv. c. pr. civ.). Cette condition fondamentale, que le juge doit constater, est extrêmement difficile à définir de façon abstraite. Il est certain que le juge ne peut exiger une incontestabilité absolue, sous peine de restreindre abusivement le domaine du référé-provision” (PERROT, 1985: 164).

La necesidad de distribuir la carga de la prueba proviene del principio de que el juez, aun en caso de duda resultante de carencia de prueba, no puede dejar de dar solución a la causa. Si el juez tiene el deber de sentenciar, solucionando el mérito, alguien tiene que pagar por la carencia de la prueba que impide de tener un juicio perfecto sobre el conflicto de intereses⁹. En ese sentido la regla del art. 373 es apenas un indicativo para que el juez se libere del estado de duda, y así, puede definir el mérito.

Pero la regla de que el demandante debe probar lo que alega, independientemente de la situación del derecho sustancial controvertido, no genera un proceso justo o de acuerdo con la Constitución Federal brasileña. No se niega que la carga de la prueba es una consecuencia de la carga de afirmar, pero existen situaciones que tienen particularidades suficientes para demostrar que la aplicación del art. 373 sería contrario al deseo del propio derecho material¹⁰. Además de esto, existen casos en los que es muy difícil –o casi imposible– para el demandante probar su alegación, siendo más fácil para el demandado demostrar que el he-

⁹ “D'altra parte, almeno secondo l'insegnamento tradizionale, la mancata “convinzione” del giudice circa la verità del fatto impone di non decidere la controversia in base alla norma che avrebbe dovuto essere applicata ove del fatto fosse stata fornita ‘piena’ prova, bensì in base alla regola che prevede il rigetto della domanda o dell'eccezione quale conseguenza del mancato soddisfacimento dell'onere” (PATTI, 1987: 24-25).

¹⁰ Dado que el juez se debe convencer de algo que está en el plano del derecho material, no hay como exigir una convicción *uniforme* para todas las situaciones. En algunos casos, como los de lesiones prenatales, de seguro y relativos a actividades peligrosas, la reducción de las exigencias de prueba o de convicción de certeza está justificada por la propia estructura y naturaleza de esas situaciones. Por ello, en dicho caso es admitida la convicción de verosimilitud. Tales situaciones tienen particularidades propias, suficientes para demostrar que la exigencia de prueba plena sería contraria al propio deseo del derecho material. En ellas el propio derecho material no se concilia con la aplicación de la regla de la carga de la prueba.

cho alegado por el demandante no es verdadero¹¹. Tales circunstancias llevan a los conceptos de inversión de la carga de la prueba en la sentencia (juzgamiento con base en verosimilitud) y en la decisión de saneamiento y organización del proceso (art. 357, III, CPC).

Sin embargo, aquí no importa saber quién debe probar o cuándo la carga de la prueba debe ser invertida, sino más quién debe soportar el *tiempo* necesario para la producción de la prueba. Si la carga de la prueba de los hechos litigiosos debe ser distribuida entre el demandante y el demandado en la medida de lo que estos alegan, cabe indagar si el *tiempo* para la producción de la prueba también no debería ser distribuido de acuerdo con la misma regla. O mejor: si el demandado debe probar el hecho impositivo, modificativo o extintivo, ¿existe racionalidad en obligar al demandante pagar por el tiempo necesario para la producción de la prueba de tales hechos? Esta cuestión, de gran relevancia para la realización del principio de la efectividad y del principio chiovendiano de que el proceso no puede perjudicar al demandante que tiene razón, está en la base de la tutela de la evidencia.

Si el hecho constitutivo es incontrovertido, no existe racionalidad en obligar al demandante a esperar el tiempo necesario para la producción de la prueba de los hechos impositivos, modificativos o extintivos, toda vez que el demandante ya se desentendió de la carga de la prueba y de la demora inherente a la probanza de los hechos que corresponde al demandado, que ciertamente

¹¹ Es evidente que el hecho de que el demandado tenga condiciones para probar la no existencia del hecho constitutivo no permite, por sí solo, la inversión de la carga de la prueba. Ello solamente puede suceder cuando las especificidades de la situación de derecho material, objeto del proceso, demuestren que no es racional exigir la prueba del hecho constitutivo, pero sí exigir la prueba de que el hecho constitutivo no existe. O sea, la inversión de la carga de la prueba es imperativo de buen sentido cuando al demandante le es imposible, o muy difícil, probar el hecho constitutivo, pero al demandado le es viable, o mucho más fácil, probar su inexistencia.

lo benefician¹². Así, la regla de la carga de la prueba deja de ser leída en una perspectiva meramente estática para ser comprendida en una dimensión dinámica, en la que importa el tiempo de la instrucción probatoria. No solo la producción de la prueba, sino también el tiempo, por tanto, constituyen cargas que deben ser repartidas entre los litigantes.

La tutela de la evidencia tiene una importante base en la idea de que la demostración de los hechos constitutivos, al desobligar al demandante de la carga de la prueba, repercute sobre la inversión de la carga del tiempo del proceso. La tutela de la evidencia permite al juez, a partir de la incontrovertencia del hecho constitutivo, anticipar la realización del derecho, dejando a la fase procesal sucesiva la cognición de la defensa de mérito indirecta infundada. Es claro que dicha tutela tiene eficacia inmediata, inexorablemente condicionada al acogimiento de la defensa.

Pero la tutela de la evidencia no requiere solamente que no exista controversia sobre los hechos constitutivos, pues exige, además, que la defensa de mérito indirecta tenga dos características: en primer lugar, no puede basarse en prueba documental, toda vez que esto exigirá la producción de otras pruebas y, por consecuencia, el alargamiento del tiempo del proceso; en segundo lugar, aunque haya oportunidad a la producción de prueba pericial o testimonial, las alegaciones de los hechos extintivos, modificativos o impeditivos deben ser infundadas.

Esta técnica de tutela hace que el demandado, y no el demandante, soporte el tiempo necesario para la demostración del hecho impeditivo, modificativo o extintivo. Se trata de una decisión marcada por una cognición sumaria y parcial, en que el tiempo del proceso, necesario para la declaración de los hechos modificativos, extintivos e impeditivos, deja de ser carga del demandante y pasa a ser carga del demandado, o sea, de aquel que tiene

¹² Ver PROTO PISANI (1979: 311 ss.).

necesidad de la prosecución del proceso para que se desenvuelva la fase instructoria¹³.

Nótese que el juez, al conceder la tutela de la evidencia, tiene cognición completa sobre la alegación de los hechos constitutivos y cognición sumaria con relación al hecho impeditivo, modificativo o extintivo, de modo que la cognición es sumaria sobre una porción del mérito.

Del lado de la tutela de la evidencia en caso de defensa de mérito indirecta, existen hipótesis en las que los hechos constitutivos son evidenciados e, incluso así, puestos en duda por una defensa *directa* inconsistente, o sea, por la contestación infundada de los hechos constitutivos. En esta situación no hay defensa *indirecta* (alegación de hechos extintivos, modificativos o impeditivos), sino solo defensa directa (negación de los hechos constitutivos). Esta, aunque suscite la producción de prueba, no es capaz de debilitar la convicción formada por la prueba de los hechos constitutivos.

En caso de prueba trasladada, capaz de generar convicción de certeza acerca de los hechos constitutivos o de probar el núcleo del hecho constitutivo, la defensa desprovista de fundamento o la contestación infundada de los elementos secundarios al núcleo del hecho constitutivo no puede dilatar la realización del derecho. La defensa que dilata la realización de un derecho evidenciado, controvirtiendo los hechos constitutivos, sin fundamento capaz de debilitar la convicción proveniente de la prueba producida por el demandante, debe ser considerada abusiva.

La tutela de la evidencia es una excepción al principio de que la ejecución o la tutela jurisdiccional del derecho debe seguir a la sentencia de cognición plena y completa. Se trata de una téc-

¹³ PROTO PISANI (1994: 627).

nica que busca impedir que aquel que tiene razón sea perjudicado por el tiempo de la instrucción de la causa.

Es cierto que esta técnica –como sucede con toda técnica anticipatoria– presenta riesgos para el demandado. No obstante, la circunstancia de que el juez solamente puede conceder la tutela cuando la defensa de mérito fuera infundada atenúa bastante este riesgo. Además, tal riesgo, aunque exista, es plenamente justificable pues no es razonable que el demandante deba soportar el tiempo del proceso cuando los hechos constitutivos son incontrovertidos o están evidenciados y la defensa sea infundada¹⁴. Así, de la misma forma en que el demandado puede resultar perjudicado por la tutela, el demandante puede ser perjudicado por la demora para la prestación de la tutela jurisdiccional del derecho material.

1.6. Presupuestos de la tutela de la evidencia

La tutela de la evidencia está ligada a la idea de abreviación del tiempo necesario para la realización del derecho material. La técnica abre oportunidad a la anticipación de la tutela jurisdiccional del derecho material, ignorando la exigencia de que la ejecución solamente sería posible luego de la cognición plena y completa.

El art. 350 CPC afirma que “si el demandado alegase un hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho del demandante, esto será escuchado en el plazo de 15 (quince) días, permitiéndole al juez la producción de prueba”. Es cierto que el demandado puede alegar un hecho impeditivo, modificativo o extintivo y, al mismo tiempo, negar el hecho constitutivo. Sin embargo, al presentar defensa de mérito indirecta, el demandado *por regla general* admite, por *mera consecuencia lógica*, el hecho constitutivo del derecho.

¹⁴ PROTO PISANI (1994: 627-628).

La presentación de defensa de mérito indirecta *por regla general* equivale, por un principio de incompatibilidad lógica, a la no-contestación de los hechos constitutivos. Por ejemplo: si el demandante pide el pago de crédito pecuniario afirmando la venta de determinada mercadería y el demandado alega que el bien entregado presenta vicios, la contestación admite el contrato y la entrega de la cosa, o sea, los hechos constitutivos¹⁵. En esta situación, la defensa sustancial indirecta, por una razón de (in)compatibilidad lógica, convierte los hechos constitutivos en incontrovertidos, aunque hayan sido contestados.

No obstante, también es posible que el demandado no conteste los hechos constitutivos y presente solo una defensa de mérito indirecta. En esta hipótesis la tutela está basada en la evidencia del derecho y en la defensa de mérito indirecta infundada; la evidencia del derecho, sin embargo, no proviene de la incompatibilidad lógica entre la defensa indirecta y la negación de los hechos constitutivos, sino simplemente de la ausencia de la defensa directa.

Además de eso, los hechos constitutivos pueden ser probados mediante documentos. Si ello sucede, la mera presentación de defensa indirecta solamente reafirma la evidencia de los hechos constitutivos. Sin embargo, cuando el demandado niega la validez o la autenticidad del documento ofrecido para demostrar los hechos constitutivos, se desvirtúa la evidencia apta para la concesión de la inmediata tutela del derecho. Además de eso, cuando el hecho constitutivo es demostrado mediante prueba trasladada o inclusive documental, negándose en la primera hipótesis el propio hecho constitutivo y, en la segunda, solamente los elementos secundarios del hecho, también existe evidencia del derecho. Cuando se conjuga con la inconsistencia de la defensa directa abre oportunidad a la tutela de la evidencia.

¹⁵ Ver SCARSELLI (1989: 432-433).

Realmente, la no contestación¹⁶, la negación lógicamente incompatible con la defensa indirecta y la demostración de los hechos constitutivos no son suficientes para la tutela de la evidencia. Exactamente por ello, como demuestran las dos primeras situaciones, la tutela de la evidencia no constituye una simple repartición del tiempo del proceso de acuerdo con la necesidad de la instrucción de la causa. Se exige, también, que la defensa –indirecta o directa– sea infundada o al menos la probabilidad de que no será acogida al final del proceso. La falta de fundamento o la inconsistencia de la defensa es un criterio imprescindible para la tutela de la evidencia.

Como es obvio, además de infundada, la defensa debe exigir instrucción probatoria. La tutela de la evidencia solamente tiene sentido cuando la defensa indirecta no admite la inmediata resolución de mérito. Ello porque la tutela de la evidencia se justifica por el tiempo que el demandado va a utilizar con la instrucción probatoria para permitir al magistrado un juicio de cognición completa sobre la defensa.

1.7. *La defensa de mérito, además de no poder ser de pronta solución, debe ser inconsistente*

La tutela de la evidencia solamente tiene razón de ser cuando la defensa requiere instrucción dilatoria, pudiendo diferir el momento de la realización del derecho. Cuando la defensa puede ser inmediatamente apreciada, independientemente de la producción de prueba pericial o testimonial, obviamente no hay motivo para la tutela de la evidencia, pues basta con que el juez emita la sentencia.

¹⁶ Resáltese que el concepto de no-contestación, ahora propuesto, nada tiene que ver con el fenómeno de la no contestación tal como tradicionalmente es concebido (equivalente a la rebeldía). No está de más recordar que existe contestación aunque se presente apenas defensa de mérito indirecta.

Empero, para que sea posible la tutela de la evidencia es también necesario que la defensa sea infundada o inconsistente. Es correcto decir que la defensa debe ser probablemente infundada cuando no se está hablando de algo muy diferente de *fumus boni iuris*, una vez que esta expresión tiene clara relación con la idea de “probabilidad”. La diferencia es que *fumus boni iuris* significa probabilidad del derecho del demandante, al paso que el concepto que ahora interesa se refiere a las alegaciones del demandado¹⁷.

En dicho sentido, no hay cómo hablar de “verdad” como categoría contrapuesta a “probabilidad” o “verosimilitud”. Por eso mismo, se argumenta que el juez, inclusive al final del proceso, solamente encuentra la probabilidad o la verosimilitud¹⁸.

¹⁷ “Si tratta, allora, di vedere che significato si possa attribuire all’espressione di eccezione verosimilmente (in)fondata. A questo problema è dedicata l’ultima parte di questo paragrafo, che intende sottoporre a breve esame il concetto stesso di verosimiglianza. Questo, sotto l’angolo visuale del quale ci stiamo occupando, non si distanzia affatto da quelli di prova *prima-facie* o *fumus boni iuris* o *semplena probatio*, ecc., facendo riferimento tutte queste espressioni, con sfumature di scarso rilievo, allo stesso identico fenomeno, consistente nel prendere atto che un insieme di fatti dedotti in giudizio non possono dirsi provati, ma egualmente la loro fondatezza può ritenersi probabile” (SCARSELLI, 1989: 503).

¹⁸Discurriendo sobre la experiencia alemana respecto del llamado “juicio de verosimilitud”, Salvatore Patti advierte: “las resistencias con relación a un ‘balance objetivo’ de las pruebas con base en criterios de verosimilitud, en el proceso civil, derivan de la influencia ejercida por el concepto filosófico de la verdad, como también de las diversas exigencias del proceso penal, que imponen la eliminación de cualquier duda para llegarse al juicio de culpabilidad. Las dudas que siempre subsisten frente a los límites del conocimiento humano no deben dejar marcas en la sentencia penal; deben quedar en la *camera di consiglio*. En el proceso penal, en definitiva, los resultados de tipo objetivo deben ser ‘integrados’ por una fase subjetiva, por una ‘toma de conciencia interior’ que debe conducir a la certeza. Todo esto, al contrario, no es necesario en el proceso civil, en el cual, viceversa, se anhela la eliminación de estas ‘voces internas’ que, además de

Piero Calamandrei, abordando la lección de Wach, advirtió que, cuando se dice que un hecho es verdadero, se afirma, en sustancia, que alcanzó en la conciencia de quien así lo juzga aquel grado máximo de verosimilitud que, con relación a los medios limitados de conocimiento de que el juzgador dispone, es suficiente para darle la certeza subjetiva de que aquel hecho se verificó. Advirtió Calamandrei que, inclusive para el juez más atento y escrupuloso, vale el límite fatal de la relatividad que es propio de la naturaleza humana, pues lo que se ve es solamente aquello que parece estarse viendo. Es por eso que todo el sistema probatorio civil es preordenado no solamente permitiendo, sino realmente imponiendo al juez de que se contente, al momento de apreciar los hechos, con la probabilidad¹⁹.

Esto no quiere decir, como es obvio, que el juez no deba formarse una *convicción* de certeza para emitir sentencia. En el plano del proceso, por cierto, es importante distinguir “afirmación de hecho probado” y “afirmación de hecho probable”, aunque bajo otra perspectiva ambos conceptos –como se ha visto arriba– puedan conducir solo a un juicio de probabilidad²⁰.

Una afirmación de hecho está probada cuando supera el control legal y formal de veracidad, al paso que una afirmación es probable cuando, aunque no se haya sometido a la plenitud del contradictorio, hace surgir la convicción –a partir de la relación que posee con otros hechos, pruebas y reglas de experiencia –de que será demostrada en la fase siguiente del proceso.

ello, pueden llevar a resultados diversos en hipótesis análogas” (PATTI, 1987: 168).

¹⁹ CALAMANDREI (1955: 164-166). Ver también WALTER (1985: 169-170).

²⁰ Como dice Scarselli, “fatto provato e fatto verosimile sono due concetti distinti e tali devono restare: su questa distinzione si basa la differenza tra il *fumus boni iuris* e la prova piena e non crediamo che qualche giudice o qualche giurista abbia mai inteso dubitare della sostanziale diversità dei due concetti” (1989: 507).

En realidad, más importante que establecer la diferencia entre “afirmación probada” y “afirmación probable”, es distinguir “afirmación que puede ser plenamente probada” de “afirmación que no puede ser plenamente probada”. Una afirmación puede ser plenamente probada cuando con relación a ella no hubo ninguna restricción del derecho a la producción de la prueba. En contrapartida, una afirmación no puede ser plenamente probada cuando tuvo que ser apreciada en un momento anterior al agotamiento de la instrucción probatoria y a la plenitud del contradictorio.

Cuando hay restricción del derecho a la producción de prueba, o limitación del contradictorio, hay cognición sumaria. En la tutela de la evidencia con base en la reserva de la cognición de la defensa de mérito indirecta infundada solamente hay cognición completa sobre los hechos constitutivos²¹. La defensa indirecta debe ser examinada con base en cognición sumaria precisamente porque exige instrucción dilatoria. Por ser anterior al agotamiento del contradictorio, tal cognición solamente puede permitir la formación de una *convicción* de probabilidad. En este sentido, corresponde al juez analizar si tal defensa es infundada o inconsistente, o sea, si surge la convicción de que las alegaciones de hecho no serán demostradas en la fase siguiente del proceso.

Nótese que la probabilidad, en este caso, no se relaciona con un hecho que debe ser probado por el demandante, pero sí con un hecho que debe ser probado por el demandado. Resáltese que no es el demandante quien debe demostrar que la defensa es infundada. *La convicción judicial acerca de la defensa indirecta proviene únicamente de la actividad del demandado.*

Recuérdese que la falta de controversia entre los hechos constitutivos genera una especie de presunción de la existencia

²¹ En el caso de defensa *directa* infundada, puede no existir cognición completa ni siquiera sobre los hechos constitutivos, en la medida que, en algunos casos, tales hechos pueden estar demostrados por medios de prueba trasladada.

del derecho, *exigiendo del demandado la carga de demostrar que el hecho extintivo, modificativo o impeditivo se sobrepone a la falta de controversia de los hechos constitutivos*. Dado que la falta de controversia sobre los hechos constitutivos –condición para pensarse en el análisis de la ausencia de inconsistencia de la defensa indirecta– tiene gran peso e influencia sobre la convicción del juez, solamente la defensa indirecta fundada puede ser capaz de debilitarla acerca de la existencia del derecho. En caso que esto no ocurra, la defensa debe ser considerada infundada, o mejor, incapaz de disolver la fuerza de la falta de controversia sobre los hechos constitutivos y, así, de dilatar la prestación de la tutela jurisdiccional del derecho.

La situación es semejante tratándose de defensa directa. Frente a la prueba trasladada y de la prueba documental del hecho constitutivo, solo las alegaciones –inclusive en cuanto a los elementos secundarios del hecho constitutivo– merecedoras de credibilidad pueden desvirtuar la evidencia del derecho y, de este modo, diferir racionalmente la tutela del derecho.

2. La tutela de la evidencia basada en la técnica de la reserva de la cognición de la defensa de mérito indirecta infundada

2.1. Los criterios de la no-contestación y de la incompatibilidad entre presentación de defensa de mérito indirecta y negación de los hechos constitutivos

Recuérdese que la falta de controversia de los hechos constitutivos es condición imprescindible para la tutela de la evidencia con base en la reserva de la cognición de la defensa de mérito indirecta infundada. En otras palabras, el análisis de la seriedad de la defensa de mérito indirecta solo tiene razón de ser cuando no existe controversia sobre los hechos constitutivos.

La evidencia, frente a la técnica de reserva de la cognición de la defensa indirecta infundada, puede provenir de la no contes-

tación de los hechos constitutivos. Aunque sea presentada la defensa indirecta, el hecho constitutivo se vuelve incontrovertido en razón de la no presentación de defensa directa, quedando el demandante eximido y el demandado impedido de producir prueba con relación a este. Existe ahí una “no-contestación” y, así, la aplicación del art. 374, III, CPC, que afirma que no dependen de prueba los hechos admitidos en el proceso como incontrovertidos.

De acuerdo con el art. 341 CPC, corresponde también al demandado manifestarse con precisión sobre las alegaciones de hecho contenidos en la petición inicial, presumiéndose verdaderas las no impugnadas salvo que: i) no fuese admisible, respecto de esto, la confesión; ii) la petición inicial no estuviese acompañada por instrumento que la ley considerase parte de la sustancia del acto; y iii) estuviesen en contradicción con la defensa, considerada en su conjunto²². Por tanto, existe en el derecho brasileño un principio que establece la necesidad de que el demandado se manifieste con precisión sobre los hechos narrados en la petición inicial, quedando dispensados de prueba los hechos no contestados.

El art. 341, III, dice que las alegaciones de hecho no contestadas no son presumidas verdaderas cuando están en contradicción con la defensa, considerada en su conjunto. Para que un hecho pueda ser considerado no contestado, no basta simplemente la no-contestación individualizada –o un mero comportamiento pasivo con relación a determinado hecho–, siendo necesario verificar si otras alegaciones contenidas en la contestación e inclusive en la reconvencción (art. 343 CPC) no significan, aunque sea implícitamente, su negación. Si el demandado deja de contestar un hecho de forma específica, el efecto de la no contestación –o sea, la admisión del hecho como verdadero– solamente se producirá si

²² La carga de la impugnación especificada de los hechos no se aplica al defensor público, al abogado dativo y al curador especial (art. 341, párrafo único, CPC).

las demás alegaciones de la defensa no fueron tomadas como negación del hecho no contestado de manera específica²³.

Para que un hecho no contestado pueda ser presumido verdadero, es necesario analizar la defensa globalmente, verificándose, a partir del conjunto de las alegaciones del demandado, si es correcto concluir que el hecho no específicamente impugnado fue aceptado como verdadero. Es solamente a partir del análisis de la defensa en su totalidad que se puede decir que un hecho no contestado debe ser considerado incontrovertido.

La evidencia también puede provenir de la incompatibilidad lógica entre la presentación de las defensas indirecta y directa. Esto ocurre cuando la defensa indirecta implícitamente admite los hechos constitutivos. Cuando es presentada solo la defensa indirecta –sin que los hechos constitutivos hayan sido negados por la globalidad de la defensa– o en caso en que, una vez deducidas las defensas directa e indirecta, la segunda sea incompatible con la primera, no hay duda que los hechos constitutivos son admitidos como verdaderos.

Percíbese que, cuando la defensa indirecta es lógicamente compatible con la defensa directa, o sea, con la negación de los hechos constitutivos, obviamente no hay cómo concluir a favor de la tutela de la evidencia con base en la técnica de la reserva de la cognición de la defensa de mérito infundada. Si es que frente a la defensa indirecta no hay no-contestación o incompatibilidad con la negación de los hechos constitutivos, esos solamente podrán ser entendidos como evidentes si son probados mediante prueba documental – excepcionalmente por medio de prueba testimonial o pericial trasladada. En este caso, no obstante, es importante no-

²³ La no-contestación “nasce da un sistema di argomentazioni del difensore o della parte, comparsa de persona, che sia conciliabile con la verità dei fatti allegati dall'altra parte o dal difensore di questa, né importa che la conciliabilità sia implicita o esplicita” (ANDRIOLI, 1979-1982: 274).

tar que la tutela de la evidencia no se funda en la técnica de la reserva de la cognición de la defensa indirecta infundada, sino en la técnica de la prueba documental de los hechos constitutivos (técnica que también puede ser monitoria).

2.2. La defensa de mérito indirecta equivale, por regla general, a la no-contestación de los hechos constitutivos

La presentación de la defensa de mérito indirecta equivale, en la gran mayoría de los casos y por un principio de incompatibilidad lógica, a la no contestación de los hechos constitutivos alegados por el demandante²⁴. Si el demandante afirma que, en virtud de la venta de determinada mercadería, posee un crédito con relación al demandado, y este alega, en su contestación, que el crédito no puede ser exigido porque la mercadería presenta vicios, no existe contestación de los hechos constitutivos. El demandado, al decir que la mercadería posee vicios, admite que realizó el contrato de compraventa y recibió la mercadería, siendo estos los hechos constitutivos del derecho del demandante. De la misma forma, si el trabajador pide el pago del valor debido por la actividad que realizó y el demandado alega la mala ejecución de la obra, la defensa admite el contrato y su ejecución, esto es, los hechos constitutivos. En los dos ejemplos, la alegación contenida en la defensa indirecta admite, por una cuestión lógica, la presencia de los hechos constitutivos²⁵.

Al alegar un hecho extintivo, modificativo o impeditivo, el demandado asume un comportamiento procesal que equivale, normalmente, a la no-contestación de los hechos constitutivos,

²⁴ Cf. SCARSELLI (1989: 432).

²⁵ Cf. SCARSELLI (1989: 432-433).

precisamente porque, por regla general, la propia defensa indirecta presupone la existencia de los hechos constitutivos²⁶.

2.3. Resolución del impase frente a la incompatibilidad entre las defensas de mérito directa e indirecta

Nada impide que el demandado presente una defensa indirecta e, incluso así, conteste los hechos constitutivos. No siempre la concomitancia de las dos defensas revela incompatibilidad lógica o inconciliabilidad.

No existe imposibilidad de conciliar entre la negación del contrato y la afirmación de prescripción o entre la negación del crédito tributario y la alegación de moratoria, aunque exista incompatibilidad lógica entre la alegación del vicio en el servicio y la negación del contrato y del servicio.

En los dos primeros ejemplos es adoptado el principio de eventualidad, en virtud del cual se permite la deducción de una defensa para la hipótesis de que la otra no sea acatada. El demandado presenta dos defensas para que, en la eventualidad del no acogimiento de una, sea admitida la otra. En el ejemplo de la prescripción, el hecho negado en la defensa directa no es “aceptado” en la indirecta. El hecho es siempre negado, requiriéndose que, en la eventualidad de no ser acogida la defensa indirecta, sea aceptada la directa. Se articula que el crédito afirmado por el demandante, *si existiese*, estaría prescrito. O sea, se afirma, con base en la eventualidad, la prescripción del crédito (defensa indirecta), pero es expresamente contestado el hecho constitutivo (defensa directa).

Empero, cuando se tiene en cuenta la defensa de mérito indirecta que no se concilia con la negación de los hechos constitutivos, interesa saber lo que sucede cuando el demandado presenta defensas de mérito directas e indirectas lógicamente incompati-

²⁶ SCARSELLI (1989: 437).

bles. En el derecho italiano, Giuliano Scarselli argumenta que el juez debería considerar, en estos casos, los arts. 88 y 116, segunda parte, del Código de Proceso Civil. El art. 88 afirma que las partes y sus abogados tienen el deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad, mientras que la segunda parte del art. 116 dice que el juez puede extraer argumentos de prueba de las respuestas que las partes le dan por ocasión del llamado “*interrogatorio non formale*”, de la renuncia injustificada de estas para admitir inspecciones, así como, en general, del propio comportamiento de las partes en el proceso²⁷.

El art. 77 CPC afirma que son deberes de las partes, de sus representantes y de todos aquellos que de cualquier forma participan en el proceso: i) *exponer los hechos en juicio conforme a la verdad*; ii) *no formular pretensión o presentar defensa cuando sean conscientes de que se encuentran desprovistas de fundamento*; iii) no producir pruebas ni practicar actos inútiles o innecesarios para la declaración o la defensa del derecho; iv) cumplir con exactitud las decisiones jurisdiccionales, de naturaleza provisional o final, y no crear obstáculos para su efectivización; v) indicar, en el primer momento que les corresponda intervenir en el proceso, el domicilio residencial o profesional donde recibirán las intimaciones, debiendo actualizar esa información siempre que ocurra cualquier modificación temporal o definitiva; y vi) no practicar innovación ilegal en el estado de hecho de bien o derecho litigioso. Además, dice el art. 80 que es considerado litigante de mala fe aquel que: i) deduzca pretensión o defensa contra texto expreso de la ley o hecho incontrovertido; ii) *altere la verdad de los hechos*; iii) se valga del proceso para conseguir algún objetivo ilegal; iv) oponga resistencia injustificada a la tramitación del proceso; v) proceda de modo temerario en cualquier incidente o acto del proceso; vi) suscite algún incidente manifiestamente infundado; e vii) interponga algún recurso con propósito manifiestamente dilatorio.

²⁷ SCARSELLI (1989: 439).

Como está claro, es deber de la parte exponer los hechos conforme a la verdad y no presentar defensa consciente de que está desprovista de fundamento. Sucede que la parte que niega el hecho constitutivo en la defensa directa y, al mismo tiempo, lo acepta implícitamente en la defensa indirecta, ciertamente está faltando a sus deberes de exponer los hechos conforme a la verdad y de no presentar una defensa siendo consciente de que está destituida de fundamento.

Cuando pueda existir incompatibilidad entre las defensas directa e indirecta, el juez, con base en el principio de lealtad procesal, debe ordenar que la parte esclarezca su defensa. Si el demandado no se manifiesta o no esclarece la defensa adecuadamente, los hechos constitutivos deben ser reputados como no contestados. Si la defensa indirecta fuese infundada y exige instrucción dilatoria, la tutela de la evidencia deberá ser concedida.

2.4. El deber del demandado de manifestarse sobre los hechos narrados en la petición inicial, de esclarecer su defensa y el deber de veracidad

La ZPO alemana, en su § 138, afirma que las partes deben esclarecer las circunstancias de hecho de la causa de modo completo y conforme a la verdad. Dice, también, que cada parte debe manifestarse sobre los hechos afirmados por el adversario y que aquellos que no sean expresamente contestados deben ser considerados admitidos si la intención de querer contestar no resulta de otras declaraciones de la parte²⁸.

En el derecho brasileño, según disposición expresa del CPC, corresponde al demandado manifestarse con precisión sobre los hechos narrados en la petición inicial, presumiéndose verdaderos los no impugnados (art. 341 CPC). Además de esto, el demandado tiene el deber de exponer los hechos en juicio conforme a la ver-

²⁸ Cf. SCARSELLI (1989: 419).

dad y no alegar defensa siendo consciente de que está desprovista de fundamento (art. 77, I y II, CPC).

Así, a semejanza de lo que ocurre en el sistema alemán, en el derecho brasileño están presentes el deber de veracidad y el deber de que el demandado se manifieste sobre los hechos narrados en la petición inicial. Esto es muy importante ya que valoriza al máximo la búsqueda de la verdad material y reduce la masa de los hechos controvertidos, sabiendo que la defensa puede ser ejercida con el objetivo de alterar la verdad y con propósito meramente dilatorio²⁹.

El demandado, dado que tiene el deber de exponer en juicio los hechos conforme a la verdad, no puede negar el hecho que sabe es verdadero sino solo silenciarlo sobre esta. Su silencio, con todo, conduce a la presunción de veracidad del hecho no contestado. El demandado puede verse tentado a contestar expresamente el hecho constitutivo implícitamente admitido en su defensa indirecta. En este caso, sin embargo, el demandado debería dejar de presentar una defensa directa, hipótesis en la que la presunción de veracidad provendría, antes que nada, de la propia admisión implícita del hecho constitutivo en la defensa indirecta.

El deber de veracidad y el deber del demandado de manifestarse con precisión sobre los hechos narrados en la petición inicial impiden que el demandado acepte el hecho constitutivo en la defensa indirecta y lo niegue a través de la defensa directa, y también eliminan la necesidad de que el juez considere los hechos que podrían ser contestados solamente por abuso. Este hace racional la prestación jurisdiccional.

Por eso mismo, como antes se ha adelantado, en caso que el demandado acepte el hecho constitutivo en la defensa indirecta y lo conteste en la defensa directa, el juez, considerando el deber de

²⁹ Cf. SCARSELLI (1989: 420).

la parte de exponer los hechos conforme a la verdad, debe ordenar el esclarecimiento de la defensa, incluso porque *el deber de esclarecimiento no es nada más que un desdoblamiento del deber de veracidad*. A partir de ahí, conforme se ha dicho en el ítem anterior, corresponderá la concesión de la tutela de la evidencia.

3. Tutela de la evidencia basada en la técnica de la prueba de los hechos constitutivos

3.1. La prueba documental de los hechos constitutivos

Recuérdese, antes de todo, que el objeto de la prueba son las *afirmaciones* de hecho y no los hechos en sí. El hecho no puede ser cualificado de “cierto”, “indubitable” o “verdadero”; este existe o no existe. Dado que el derecho existe independientemente del proceso, este sirve para *declarar* que el derecho *afirmado* existe. Esto es, se prueba la *afirmación* de hecho para que se declare que el derecho afirmado existe. La sentencia de cognición completa se limita a declarar la verdad de un enunciado, o mejor, que la afirmación de que el derecho existe es verdadera, de acuerdo con las pruebas producidas y el juicio de comprensión del juez. En otras palabras, el derecho cuya existencia se afirma en el proceso puede, en el plano sustancial, no existir y viceversa. No se prueba que el derecho existe, sino que la *afirmación* de que el derecho existe *es verdadera*, declarándose de ahí la existencia del derecho (cosa juzgada material).

Dado que la tutela de la evidencia se basa en la falta de controversia o en la evidencia de los hechos constitutivos, antes que nada es necesario precisar el concepto de prueba documental. Resáltese que la prueba pericial o la prueba testimonial realizada mediante el procedimiento de “producción anticipada de la prueba” (art. 381 CPC), que se suele confundir con la *prueba documental*, constituyen solamente pruebas pericial o testimonial “*documentadas*”. En realidad, el llamado “documento” que, por ejemplo, contiene la declaración testimonial hecha anticipadamente, solo prueba la declaración testimonial y no la afirmación de hecho que

tal declaración pretende probar. La prueba testimonial anticipada permite la deducción de la veracidad de la afirmación del hecho a partir de la declaración testimonial, constituyendo una *fuentes secundaria de prueba*.

El testimonio es el *acto humano* que sirve para demostrar una afirmación de hecho, mientras que el (verdadero) documento es un *bien* (aunque también producto de la actividad humana) capaz de representar un hecho³⁰. El testimonio, como acto humano, no demuestra, por sí solo, un hecho, mientras que el documento, que es un bien, es suficiente para representarlo.

Es importante advertir, en lo que respecta al documento particular, sea escrito y firmado o solamente firmado, que las declaraciones contenidas se presumen verdaderas con relación al signatario (art. 408 CPC). Si el documento contuviese una declaración de conocimiento de determinado hecho, el documento particular prueba el conocimiento pero no el hecho declarado, correspondiendo al interesado la carga de probar su veracidad (art. 408, párrafo único, CPC). La declaración de conocimiento, como es obvio, no prueba el hecho en sí; prueba solamente que *alguien tiene conocimiento* de cómo el hecho sucedió. Por esto corresponde a la parte interesada requerir la prueba del hecho, surgiendo como necesaria otra modalidad de prueba capaz de demostrar su ocurrencia. La declaración de conocimiento, así, no es una prueba suficiente para la tutela de la evidencia.

El documento público genera presunción de autenticidad, al paso que el documento particular necesita del reconocimiento de la parte contraria para ser considerado auténtico. De acuerdo con el art. 430, la falsedad debe ser invocada en la contestación, en la réplica o en el plazo de quince días, contado a partir de la intimación de la incorporación del documento a los autos. El Superior

³⁰ “Il documento non è soltanto una cosa, ma una cosa *rappresentativa*, cioè *capace di rappresentare un fatto*” (CARNELUTTI, 1947: 183).

Tribunal de Justicia brasileño ya decidió que, una vez impugnada la firma del documento particular, cesa la fe, correspondiendo la carga de la prueba a la parte que la produjo durante la instrucción de la causa³¹. Teniendo en vista que la tutela de la evidencia, mediante la presente técnica, exige prueba de los hechos constitutivos, es correcto afirmar que el documento señalado como falso no es suficiente para su concesión.

3.2. La necesidad de la tutela de la evidencia en el procedimiento monitorio

El legislador apostó por el procedimiento monitorio como la técnica destinada a propiciar la aceleración de la realización de los derechos y, así, capaz de evitar el costo del procedimiento común. Partiendo de la premisa de que un derecho evidenciado mediante “prueba escrita” por regla general no debe sufrir contestación, el procedimiento monitorio, a través de la inversión de la carga de instaurar la discusión del derecho, busca desestimular las defensas infundadas y permitir la tutela del derecho sin las demoras del procedimiento común.

Pero el procedimiento monitorio, para tener realmente efectividad, depende del instrumento de la tutela de la evidencia para inhibir las defensas infundadas. Sin la tutela de la evidencia el procedimiento monitorio no alcanzará los fines aspirados por el legislador. Solo la posibilidad de esta tutela podrá desestimular la oposición infundada y dilatoria.

Por otro lado, nada impide que la tutela de la evidencia, basada en la prueba del hecho constitutivo y en defensa infundada, sea admitida en el curso del procedimiento común, así como tampoco nada impide que el demandante, provisto de prueba docu-

³¹ Embargos de declaración en el *Agravo Regimental* en el AREsp 151.216/SP, 3ª Sala, Ponente. Min. João Otávio de Noronha, DJe 20/09/2013.

mental, pretenda realizar su derecho mediante este procedimiento y sea sorprendido por una defensa infundada.

3.3. La diferencia entre prueba escrita, prueba suficiente para la tutela de la evidencia y prueba suficiente para la fundabilidad del pedido

El concepto de “prueba escrita”, establecido por la doctrina y por la jurisprudencia italiana a partir de los arts. 633 a 636 del Código de Proceso Civil, es bastante singular. El concepto de prueba escrita formulado a partir del código italiano es realmente distinto del concepto de prueba documental. Como escribe Garbagnati, “es común en la jurisprudencia la afirmación de que la ‘prueba escrita’ del derecho del demandante puede ser constituida, en línea del art. 633, por cualquier documento *merecedor de fe en cuanto a su autenticidad y eficacia probatoria. Pero no se esclarece, con esto, si un escrito privado no reconocido y no autenticado deba, o pueda, considerarse merecedor de fe...*”³². En realidad, la doctrina italiana entiende que el documento particular no reconocido constituye prueba escrita, pero no suele explicar las razones de esta conclusión.

De acuerdo con el art. 411, III, CPC, se considera auténtico el documento cuando no haya impugnación de la parte contra quien fue producido el documento. En los términos del art. 412, el documento particular de cuya autenticidad no se duda prueba que su autor realizó la declaración que se le atribuye. Sin embargo, este documento –*aunque no sea reconocido* por la parte contra la cual fue producido– es considerado prueba suficiente para afirmarse el derecho de exigir el pago de cuantía, la entrega de cosa fungible o infungible o de bien mueble o inmueble y el cumplimiento de la obligación de hacer y no hacer– de acuerdo con el art. 700 CPC. Puede ser considerado prueba escrita porque, aunque no sea reconocido –ni siquiera tácitamente– es merecedor de fe. Por

³² GARBAGNATI (1991: 51-52).

ello, si conforme al enunciado *id quod plerumque accidit* las firmas son genuinas, el juez también debe considerar auténtica, de acuerdo con las máximas de experiencia, la firma de un documento no reconocido con relación al cual, dada la falta del contradictorio, aún no puede operar la regla del reconocimiento tácito³³.

En caso de presentación de la oposición contra la acción monitoria, contestando el embargante la autenticidad de la firma, el proceso deberá caminar de acuerdo con la regla probatoria del art. 429, II, CPC, recayendo sobre demandante del monitorio la carga de la prueba. En esta hipótesis, como es obvio, el documento particular no reconocido por el oponente no es prueba suficiente para la infundabilidad de la oposición. Como explica Garbagnati:

La parte acreedora tiene la carga de pedir la ‘verificación’ judicial del escrito privado que fuera colocado como fundamento del mandato de pago [*decreto di ingiunzione*] y desconocido por el demandado; en efecto, si el supuesto acreedor no prueba el hecho constitutivo de su derecho, la oposición debe ser acogida, porque en un proceso de conocimiento común el juez no tiene el poder de fundar su decisión en un escrito privado desconocido, cuya autenticidad no haya sido, luego del acto de desconocimiento, formalmente ‘verificada’ de acuerdo con la ley³⁴.

La hipótesis del documento particular no reconocido demuestra la diferencia entre prueba escrita, prueba suficiente para la tutela de la evidencia (en el procedimiento monitorio o en el procedimiento común) y prueba suficiente para la fundabilidad del pedido en el procedimiento común o para la infundabilidad de la oposición en la acción monitoria.

La tutela de la evidencia con base en prueba de hecho constitutivo y en defensa infundada solamente es posible, como es obvio, luego de escuchar al demandado. Si el demandante preten-

³³ Cf. GARBAGNATI (1991: 44).

³⁴ GARBAGNATI (1991: 203).

de probar su crédito mediante documento particular y el demandado alega su falsedad en la contestación, no es posible la tutela de la evidencia.

Es también interesante otro ejemplo. De acuerdo con el art. 2710 del Código Civil italiano, los libros obligatorios y otras escrituras contables, regularmente mantenidos, solamente pueden constituir prueba a favor de un empresario contra otro y en las relaciones inherentes al ejercicio de la empresa. A pesar de la literalidad del art. 2710 del Código Civil italiano, el art. 634 del Código de Proceso Civil considera prueba escrita los extractos auténticos de las de las escrituras contables, aunque la “acción monitoria” sea propuesta por un empresario –que ejerce una actividad comercial– contra una persona que no sea comerciante³⁵.

La doctrina que admite que los extractos auténticos de las escrituras contables pueden constituir prueba escrita en una demanda propuesta por un comerciante contra una persona que no ejerce actividad comercial, *seguramente no podría admitir que esta prueba sea suficiente para la tutela de la evidencia (en el procedimiento monitorio o en el procedimiento común) y, con mucha más razón, para la fundabilidad del pedido en el procedimiento común o para la infundabilidad de la oposición en la acción monitoria.*

Si el deudor no comerciante afirma que no adquirió la mercadería cuyo precio está siendo exigido con base en un extracto auténtico de escritura contable, no procede la tutela de la evidencia –o la anticipación de la ejecución– por ausencia de prueba del hecho constitutivo. Por ello, el extracto contable no es suficiente para probar la compraventa, en el procedimiento común o en el procedimiento monitorio, porque la regla, tanto en el derecho

³⁵ GARBAGNATI (1991: 58-59).

brasileño³⁶ como en el derecho italiano, es que los libros comerciales hacen prueba en el litigio entre comerciantes.

En realidad, el extracto contable, justamente porque no prueba el hecho constitutivo del derecho de crédito, no es prueba suficiente para la tutela de la evidencia (en el procedimiento monitorio o en el procedimiento común) ni para la fundabilidad del pedido en el procedimiento común o para la infundabilidad de la oposición en la acción monitoria.

3.4. La tutela de la evidencia en el procedimiento monitorio

El procedimiento monitorio, al suponer que la ausencia de respuesta del demandado confirma la existencia del derecho que ya era aceptado como probable (en virtud de la prueba escrita), solo reafirma la tan sentida necesidad de tratamiento diferenciado a los derechos que pueden ser evidenciados de pronto. Se parte de la premisa de que la prueba escrita y la inercia del deudor son suficientes para la formación de título ejecutivo. Es preciso tener en mente que el título ejecutivo judicial, formado por el procedimiento monitorio, parte de la existencia de prueba escrita capaz de demostrar, con alto grado de probabilidad, la existencia del derecho. El legislador, cuando creó el procedimiento monitorio, aceptó el riesgo de que la defensa corre en nombre de la necesidad de tutela adecuada de los derechos.

Pese a todo, el procedimiento monitorio solamente tendrá efectividad si tuviese un mecanismo capaz de contener el abuso del derecho de defensa y, de esta forma, la oposición dilatoria. Este mecanismo consiste en la tutela de la evidencia, la única capaz de permitir que el acreedor que prueba los hechos constituti-

³⁶ De acuerdo con el art. 418 CPC, "los libros empresariales que cumplan los requisitos exigidos por ley prueban a favor de su autor en el litigio entre empresarios".

vos de su derecho no sea perjudicado por el tiempo necesario para la dilucidación de alegaciones infundadas del deudor.

La oposición, que nada más es que un medio de impugnación, bien podría ser una simple contestación si no fuese por la idea de que se busque evitar la inercia del deudor, exigiéndosele la proposición de la oposición para el desenvolvimiento del contradictorio. Así, sería completamente irrazonable la tesis que defienda la imposibilidad de la tutela de la evidencia bajo el argumento de que el art. 311, I, CPC, habla de abuso de *derecho de defensa* y de manifiesto propósito dilatorio del demandado.

No es muy difícil percibir la realidad: el deudor ejerce su defensa a través de oposición al mandato, pero no está libre de verse tentado a abusar de ella. En efecto, también es posible que el demandado se quiera valer de la oposición solamente para dilatar la realización del derecho afirmado por el demandante. Por ello, el propósito dilatorio, en el procedimiento monitorio, evidentemente no puede ser desconsiderado, especialmente porque este procedimiento busca tratar de forma diferenciada un derecho evidente.

La tutela de la evidencia –en el procedimiento monitorio– corresponde solamente cuando existe prueba documental del hecho constitutivo del derecho (no basta cualquier prueba escrita, conforme quedó demostrado en el ítem anterior) y la oposición es infundada.

3.5. La tutela de la evidencia mediante la técnica monitoria (prueba del hecho constitutivo) en el procedimiento común

El art. 311 admite la tutela de la evidencia en el procedimiento común con base en la prueba del hecho constitutivo y de la defensa infundada. El art. 311, en los incisos I y IV, habla respectivamente de “abuso de derecho de defensa” y de “prueba documental suficiente de los hechos constitutivos del derecho del de-

mandante, al cual el demandado no oponga prueba capaz de generar duda razonable”.

Cuando es opuesta la defensa de mérito *infundada* frente a la prueba documental de los hechos constitutivos, al exigir tiempo para la producción de prueba, hace que la demora irracional del proceso conspire contra el demandante. Así, el ejercicio de esta defensa constituirá abuso de derecho en caso de que la carga del tiempo no sea invertida –mediante la tutela de la evidencia– en favor del demandante. No obstante, el inciso IV del art. 311 habla de “prueba documental suficiente de los hechos constitutivos del derecho del demandante, al cual el demandado no oponga prueba capaz de generar duda razonable”.

Resáltese que la tutela de la evidencia exige prueba del hecho constitutivo, esto es, prueba que, dentro de las reglas probatorias que inciden en el procedimiento común, sea capaz de demostrar el hecho que constituye el derecho. Así, por ejemplo, el comerciante no puede, alegando tener crédito no cumplido, obtener tutela de la evidencia con base a un extracto contable, toda vez que esta prueba no es suficiente para demostrar el hecho constitutivo.

Como es evidente, la prueba del demandado “capaz de generar duda razonable” no es la prueba documental, es decir, la prueba capaz de demostrar de plano el fundamento de la defensa. Esa prueba sería suficiente para el juzgamiento anticipado del mérito en favor del demandado. La tutela de la evidencia solo tiene razón de ser cuando la defensa exige instrucción dilatoria, en otras palabras, tiempo del proceso; de modo que la prueba opuesta por el demandado, para permitir la tutela de la evidencia, además de no poder ser un documento capaz de evidenciar de plano el fundamento de la defensa, no puede ser una prueba “capaz de generar duda razonable”.

Recuérdese que, en el derecho italiano, la anticipación de la ejecución en el procedimiento común y la ejecución provisional en

pendencia de la oposición presentada frente al “*decreto di ingiunzione*” (esto es oposición, al mandato de pago) también exigen que la defensa requiera instrucción dilatoria, afirmándose que la defensa no puede basarse en *prueba escrita*. Dice el art. 648, I, del Código de Proceso Civil italiano que, si la oposición “*non è fondata su prova scritta ou di pronta soluzione*”, el juez puede conceder, mediante “*ordinanza*” no impugnabile, la ejecución provisional del “*decreto di ingiunzione*”, en caso que no haya sido ya concedida con base en el art. 642³⁷.

Sería mejor que el art. 648, I, en vez de hablar de prueba escrita, hubiese aludido a “prueba documental”. Como ya fue explicado, la “prueba escrita”, suficiente para la concesión del “*decreto di ingiunzione*” o del mandato de pago, no se confunde con la “prueba documental”. La prueba necesaria para la concesión de la tutela de la evidencia, así como la prueba capaz de demostrar la defensa de plano y así impedir la concesión de la tutela de la evidencia, es la *prueba documental*. En otros términos: la prueba escrita, suficiente para demostrar la defensa de plano, *no es la misma* que puede fundamentar el mandato de pago.

Como se ve, además de que la defensa de mérito no pueda basarse en documento, es necesario que sea infundada o no sustentada en prueba o argumento que exija prueba –capaz de generar duda razonable–, aunque sea correcto admitir que, por regla general, sea infundada la defensa presentada frente a la prueba de los hechos constitutivos y no basada en documento o en prueba capaz de generar duda razonable.

³⁷ He aquí lo que dice el art. 648, I, del CPC italiano: “Esecuzione provvisoria in pendenza di opposizione – [1] Il giudice istruttore, se l’opposizione *non è fondata su prova scritta ou di pronta soluzione*, può concedere, provvedendo in prima udienza, con *ordinanza non impugnabile*, l’esecuzione provvisoria del decreto, qualora non sia già stata concessa a norma dell’articolo 642 (...)”.

4. La tutela de la evidencia fundada en prueba del hecho constitutivo y en defensa directa infundada

4.1. Defensa directa infundada

Hay situaciones excepcionales en que se puede tener una defensa de mérito *directa* infundada, capaz de justificar la tutela de la evidencia.

Quando los hechos constitutivos están evidenciados – *aunque no definitivamente probados*– y la defensa directa carece de fundamento para ponerlos en duda, existe defensa de mérito directa infundada o desprovista de seriedad. La prueba de los hechos constitutivos, aunque no sea documental, genera una fuerte convicción, lo que significa que la defensa directa, para debilitarla, debe ser fundada. Una vez más tenemos una especie de presunción de la existencia del derecho al atribuirse al demandado la carga de la argumentación fundada, o mejor, la carga de la argumentación capaz de demostrar que la prueba producida por el demandante podrá ser negada por la instrucción. En caso contrario, la defensa debe ser considerada infundada o inútil para retirar la fuerza de la prueba del demandante.

Resáltese que la tutela de la evidencia, en este caso, no se funda en una defensa de mérito *indirecta* infundada, aunque nada impida que el demandado, en paralelo a la defensa directa, articule la primera forma de defensa. Lo que importa percibir en esta situación es que la defensa de mérito *indirecta* infundada no es suficiente para permitir la tutela de la evidencia, toda vez que los hechos constitutivos son contestados.

El art. 311, IV, CPC, que se aplica a la hipótesis de prueba *documental* de los hechos constitutivos y a la prueba del demandado incapaz de generar una duda razonable sobre los hechos impositivos, modificativos o extintivos, igualmente fundamenta la tutela de la evidencia cuando existe prueba (*no documental*) de los hechos constitutivos y la defensa del demandado es incapaz de

colocarlos en duda. En caso contrario, esto es, si la prueba de los hechos constitutivos tuviese que ser documental *strictu sensu – documento–*, no habría motivo para pensar en una prueba (in)capaz de generar duda razonable sobre los hechos constitutivos. La única alternativa sería invocar la falsedad del documento. Sucede que los hechos constitutivos también pueden ser evidenciados mediante prueba (pericial o testimonial) documentada y no solamente mediante documento, y su negación puede ser basada en una prueba o argumento que exija instrucción, aun cuando no sean capaces de generar duda razonable.

4.2. La tutela de la evidencia basada en prueba trasladada

La doctrina señala que la prueba trasladada es aquella que, habiendo sido utilizada como medio probatorio en un determinado proceso, es transportada en forma documentada a otro, de idéntica o diversa naturaleza³⁸.

Las pruebas preconstituidas, tales como el documento público, no se confunden con la prueba *trasladada*, no importando si ya fueron *utilizadas* en un proceso anterior entre las mismas partes. Estas pruebas son *formadas* fuera del proceso y, por tal motivo, no pueden ser calificadas de *trasladada* simplemente por el hecho de haber sido *utilizadas* en algún otro proceso. Solo las pruebas que son *formadas* en un proceso anterior son las que pueden ser llamadas *trasladadas*.

Para que una prueba *formada* en un determinado proceso pueda ser utilizada de forma eficaz en otro, es necesario que haya sido *formada* mediante la participación en contradictorio de las mismas partes que figuran en el proceso al cual debe ser trasladada³⁹. Es decir, la eficacia de la prueba depende de que las partes

³⁸ SILVA (2000: 295).

³⁹ MONIZ DE ARAGÃO (s/f: 62).

del proceso al cual será trasladada hayan participado del proceso en el cual fue formada mediante un contradictorio efectivo y adecuado.

Si la tutela de la evidencia es admisible cuando existe prueba documental del derecho y la defensa es infundada, es también razonable admitirla cuando el demandante demuestra el hecho constitutivo de su derecho mediante prueba pericial o testimonial trasladada y la defensa –indirecta o directa– es infundada. En otras palabras, si el demandante puede demostrar el hecho constitutivo mediante prueba trasladada y la defensa es infundada, no existe motivo para no admitir la tutela de la evidencia.

No hay duda que la prueba pericial o la prueba testimonial no tiene el mismo valor probatorio de la prueba documental; *sin embargo, la prueba trasladada es suficiente para hacer un derecho evidente y, así, legitimar su pronta tutela*. En esta hipótesis, la defensa infundada, capaz de legitimar la tutela de la evidencia, *puede ser indirecta o directa*. Recuérdese que el demandado podrá requerir la contraprueba para intentar demostrar la no existencia de los hechos constitutivos.

4.3. La tutela de la evidencia en la hipótesis de prueba del núcleo del hecho constitutivo y de contestación infundada de sus elementos secundarios

La doctrina distingue el núcleo del hecho constitutivo de sus elementos secundarios, afirmando que corresponde al demandante probar el primero, mientras que los segundos son presumiblemente aceptados como existentes⁴⁰. Para que quede clara la premisa a ser defendida, es oportuno recordar el siguiente pasaje de la doctrina de Moniz de Aragão:

Así, si el demandante alega un negocio jurídico, tendrá que probar los hechos nucleares del que se origina, pero no tendrá que de-

⁴⁰ Cf. MONIZ DE ARAGÃO (s/f: 98).

mostrar, por ejemplo, que el notario procurado para expedirlo actuó en perfecto ejercicio de sus atribuciones, que el coparticipante es capaz, lo suscribió y quiso el acto, etc. Esos hechos, por ser presumiblemente aceptados como existentes, solo tendrán que ser demostrados si son puestos en duda. Pero si el hecho estuviere incluido 'en el tipo', corresponderá al demandante demostrarlo al respecto de normalmente ser tenido como existente por fuerza de la aludida presunción⁴¹.

Como está claro, los denominados elementos secundarios del hecho constitutivo, si son puestos en duda por el demandado, deben ser probados por el demandante. Sin embargo, el demandado puede sentirse tentado a poner en duda un hecho secundario –que goza de presunción de existencia– solamente para dilatar el momento de la tutela del derecho.

Tratándose de tutela de la evidencia, tal posibilidad no puede ser desconsiderada. Es que el hecho secundario, en los casos que el núcleo del hecho constitutivo está probado, goza de una presunción que evidentemente no puede ser desvanecida por cualquier alegación. Por cierto, si cualquier alegación atinente a los hechos secundarios fuese capaz de significar que el demandante debe cargar con el tiempo necesario para la dilucidación del hecho secundario contestado, estaría abierto el camino para que el demandado niegue cualquier hecho de esta especie, aunque sin ningún fundamento o seriedad, solamente para dilatar la realización del derecho evidente.

Así, corresponde al juez indagar sobre la seriedad de la defensa que acomete contra el hecho secundario, debiendo conceder la tutela de la evidencia cuando la defensa fuese infundada y, de esta forma, no merecer credibilidad suficiente para diferir la realización del derecho. En esta hipótesis, a pesar de la concesión de la tutela de la evidencia con base en prueba de los hechos nucleares

⁴¹ MONIZ DE ARAGÃO (s/f: 97-98).

del derecho, el proceso proseguirá para que el demandante pueda probar los elementos secundarios del hecho constitutivo.

Subráyese que la relación entre derecho evidente y defensa infundada o inconsistente no permite definir un grado de convicción suficiente. No obstante, es cierto que los casos en los que los hechos constitutivos son admitidos o son probados por medio de documentos tienen mayor capacidad de permitir la formación de convicción suficiente para la tutela de la evidencia. Esto, es claro, en lo que se refiere al presupuesto “derecho evidente”, en la medida que la fragilidad de la defensa está relacionada con la alegación de los hechos impeditivos, modificativos o extintivos o con la negación de los hechos constitutivos o inclusive de sus elementos secundarios.

Referencias

AMRANI MEKKI, Soraya

2002 *Le temps et le procès civil*. París: Dalloz.

ANDOLINA, Italo

1983 *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè.

ANDRIOLI, Virgilio

1979-1982 “Prova (diritto processuale civile)”. *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 143. Turín: UTET.

CALAMANDREI, Piero

1955 “Verità e verosimiglianza nel processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*, pp. 164-192.

CARNELUTTI, Francesco

1947 *La prova civile*. Roma: Edizioni dell’Ateneo.

CHIOVENDA, Giuseppe

1965 *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva.

CHOLET, Didier

2006 *La célérité de la procédure en droit processuel*. París: LGDJ.

FURNO, Carlo

1954 *Teoría de la prueba legal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

GARBAGNATI, Edoardo

1991 *Il procedimento d'ingiunzione*. Milano: Giuffrè.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas

s/f *Exegese do Código de Processo Civil*. Río de Janeiro: Aide, vol. 4. t. I.

CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques y Soraya AMRANI MEKKI

2010 *Théorie générale du procès*. París: Presses Universitaire de France.

PATTI, Salvatore

1987 "Prove-Disposizioni generali". *Commentario del Codice Civile* (a cura di A. Scialoja e G. Branca), Bologna-Roma: Zanichelli-Foro Italiano.

PERROT, Roger

1985 "Les mesures provisoires en droit français". In *Les mesures provisoires en procédure civile*. Milano: Giuffrè.

PROTO PISANI, Andrea

1979 "Appunti sulla tutela sommaria (note 'de iure condito' e 'de iure condendo')". *I processi speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*. Napoli: Jovene.

1994 *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene.

SCARSELLI, Giuliano

1989 *La condanna con riserva*. Milano: Giuffrè.

SILVA, Ovídio Baptista da

1994 "Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança". *O processo civil contemporâneo*. Marinoni, Luiz Guilherme (coord.). Curitiba: Juruá.

2000 *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

VERDE, Giovanni

1985 "L'attuazione della tutela d'urgenza". *La tutela d'urgenza*. Rimini: Maggioli Editore.

WALTER, Gerhard

1985 *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis.

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal>

**Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe**