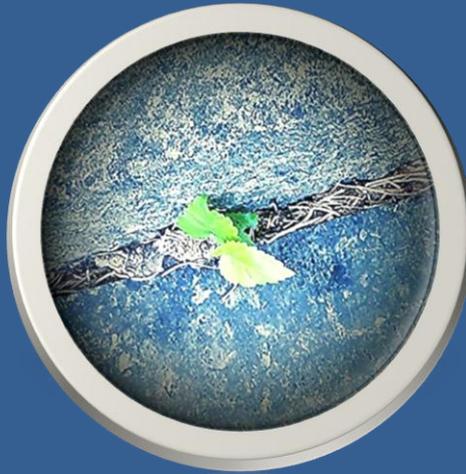


ESCUELA DE  
**POSGRADO**



Revista de la  
Maestría  
**EN DERECHO PROCESAL**

**Vol. 9**  
**Enero-diciembre 2021**  
**ISSN 2072-7976**

---

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



## Tutela provisional en el nuevo Código de Proceso Civil brasileño Análisis, crítica y caminos interpretativos

*[Provisional measures in the new Brazilian Civil Procedure Code  
Analysis, criticism and interpretative paths]*

Paulo Mendes de Oliveira

Profesor de Derecho Procesal Civil en el *Instituto de Direito Público* (Brasilia).  
Contacto: paulomendes.processo@gmail.com

### Resumen

En esta investigación el autor explica la importancia de la técnica anticipatoria en el sistema jurídico, destacando que proporciona al operador del derecho una aproximación entre el derecho procesal y el derecho material. Finalmente, señala que la técnica anticipatoria será posible solo cuando la isonomía y el acceso a la justicia recomienden la flexibilización de la seguridad de la cognición completa.

**Palabras clave:** Técnica anticipatoria, tutela de urgencia y evidencia, isonomía procesal, cognición

### Abstract

In this research, the author explains the importance of the summary injunction in a legal system, pointing out that it provides the legal user an approximation between procedural law and material law. Finally, it is emphasized that the anticipatory technique will be possible only when isonomy and access to justice recommend the flexibilization of the legal certainty of full *cognition* on the merits.

**Key words:** Summary injunction, provisional measures based in risk of damage and inconsistent defense, procedural isonomy

Recibido: 1 de abril de 2020 / Aprobado: 20 de septiembre de 2020



## Tutela provisional en el nuevo Código de Proceso Civil brasileño

### Análisis, crítica y caminos interpretativos\*

Paulo Mendes de Oliveira

#### **1. *Notas introductorias: La tutela provisional en el contexto de la tutela de los derechos***

La tutela adecuada, efectiva y tempestiva de los derechos es un anhelo de la ciencia procesal moderna. El proceso debe ser un instrumento apto para garantizar el cumplimiento de las promesas del derecho material, viabilizando la aplicación del derecho con justicia y el otorgamiento de los bienes jurídicos a sus titulares de forma tempestiva y segura<sup>1</sup>. Esos dos vectores (tempestividad y seguridad) se imbrican íntimamente, pues la seguridad del debido proceso, como garantía de que nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin un proceso justo, debe estricta observancia al tiempo necesario del transcurso procesal. Quedan veda-

---

\* Traducción de Miguel Espejo Rosell. Revisión de Renzo Cavani y Brian Ragas.

<sup>1</sup> Por proceso justo, se entiende aquel que congrega, como mínimo, un núcleo esencial de derechos fundamentales en la conformación del formalismo procesal, a saber: el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional adecuada y efectiva, al juez natural, a la representación técnica, a la paridad de armas (isonomía), al contradictorio, a la amplia defensa, a la prueba, a la publicidad, a la motivación de las decisiones, a la asistencia jurídica integral y a la duración razonable del proceso, todos previstos constitucionalmente. Cfr. ALVARO DE OLIVEIRA y MITIDIERO (2010: 28).

das, por tanto, tanto la celeridad excesiva como las dilaciones indebidas.

La demora de la tutela jurisdiccional no se manifiesta solamente cuando es prolongado indebidamente el camino para la conclusión (*duración patológica*), sino también cuando no es respetada la *duración fisiológica*, aquella indispensable para que la demanda sea adecuadamente discutida antes de ser decidida<sup>2</sup>. No es un sin sentido que, los procesos, a veces, necesiten ser largos y con variados incidentes. Esto se debe a la necesidad de una debida apreciación de la causa, investigación de los hechos, colaboración de los sujetos procesales, posibilidad de revisión por una instancia superior, etc. Se trata del tiempo necesario para la idónea prestación jurisdiccional, de manera que, si el proceso no puede ser demasiado largo, también es opuesto a una celeridad excesiva. De ahí porqué la noción del proceso justo está directamente ligada a la manera de cómo el tiempo es tratado en el curso del procedimiento. ¿Se puede considerar asegurada la garantía del acceso a la justicia si la prestación jurisdiccional se entrega después de años de penuria de la parte que tiene la razón, privada del bien jurídico que le es debido? No es raro, aun cuando se haya sentenciado en un tiempo adecuado, que tal tutela tampoco se muestre apta para cumplir con su papel pues ya no es posible reparar el daño sufrido o el ilícito perpetrado. O sea, simplemente el tiempo necesario para el transcurso procesal puede ser considerado como una fuente de daños para la parte. Como bien calificó Finzi, es el *daño marginal* como aquel proporcionado por el periodo ordinario de duración de un proceso<sup>3</sup>.

Es por eso que las técnicas procesales que componen el procedimiento deben ser desarrolladas a fin de que se respete

---

<sup>2</sup> Las expresiones “duración patológica” y “duración fisiológica” son de PROTO PISANI (1987: 593).

<sup>3</sup> MITIDIERO (2011: 32).

dicha tempestividad procesal. Percíbese bien que ello no solamente sirve para que se evite el tiempo *patológico* y se asegure el *tiempo fisiológico*, sino también para que se evite o minimicen los males del *daño marginal*, impidiendo que el peligro de la tardanza del procedimiento neutralice o minimice sus resultados. Tratar científicamente el tiempo del proceso y reconocerlo como potencial fuente de daños para las partes fue uno de los pasos más importantes que se ha dado por la ciencia procesal<sup>4</sup>. Es necesario “percibir que el tiempo del proceso es uno de los principales fundamentos dogmáticos del proceso adecuado al Estado Constitucional”<sup>5</sup>.

Así, para que el proceso sea apto para alcanzar sus objetivos, es imprescindible que tengamos una tutela jurisdiccional *adecuada* a las peculiaridades de la relación jurídica material presentada en juicio. El proceso no puede ser indiferente a las particularidades del caso, bajo pena de no ser apto para dar una respuesta idónea a los justiciables. Ahora, ¿de qué sirve la prestación jurisdiccional conferida con la correcta aplicación del derecho material si estamos ante una situación urgente, cuya necesidad de tutela no puede aguardar todo el curso del proceso? El procedimiento se debe adecuar a las peculiaridades de la relación jurídica deducida en juicio y, por tanto, debe estar estructurado con mecanismos aptos para volver el proceso útil y eficaz. Se repele la forma por la forma. Es necesario cambiar la página del proceso hermético e indiferente a las peculiaridades del caso a ser juzgado, cuando “se incurría en el grave equívoco de ver el proceso como la medida de todas las cosas, la forma prevaleciendo sobre el fondo”<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> MARINONI (2011: 25).

<sup>5</sup> MARINONI (2011: 22).

<sup>6</sup> ALVARO DE OLIVEIRA (2009: 2).

A partir de dicho contexto, el nuevo Código de Proceso Civil brasileño (en adelante, “NCPC”), sancionado el 16 de marzo de 2015, incrementó la técnica de la tutela provisional, incorporando al nuevo texto codificado innumerables avances que venían siendo trabajados doctrinariamente. Siendo estructurada, por regla general<sup>7</sup>, a partir de la cognición sumaria<sup>8</sup>, la tutela provisional proporciona el acceso al bien jurídico objeto de litigio o su protección antes del término del proceso, de manera que la tutela del derecho prestada al final garantice una protección integral a los intereses postulados. Así, ante las peculiaridades del caso presentado, se anticipa la *tutela del derecho* que, al principio, solo sería conferida después del resultado del proceso, frente a un juicio de probabilidad, a fin de que la prestación jurisdiccional confiera un verdadero acceso a la justicia substancial a los ciudadanos.

## ***2. La seguridad de la cognición completa y la tutela provisional***

---

<sup>7</sup> La tutela provisional no posee como característica intrínseca la cognición sumaria, por cuanto es muy común su concesión en la sentencia, cuando el magistrado ya posee amplio conocimiento de la demanda. “En esa situación, la técnica anticipatoria no estará fundada en cognición sumaria, sino en cognición completa no definitiva.” MITIDIERO (2014: 96).

<sup>8</sup> Cuando nos referimos a la tutela sumaria, estamos tratando de la profundidad del conocimiento, de un juicio superficial de la relación jurídica presentada, un primer análisis de probabilidad, sin amplia investigación de los meandros del litigio. “¿Menos profunda con relación a qué? Menos profunda con relación a la cognición completa prevista para la correspondiente tutela definitiva. Ese parámetro y comparación: la cognición, en la tutela provisional, es sumaria, esto es, menos profunda que la cognición prevista para la tutela definitiva la que se halla referenciada.” (ZAVASCKI, 2000: 31). No se está refiriendo, por tanto, a los *procedimientos sumarios*, que son aquellos que se proponen a decidir con definitividad por medio de un camino procedimental más abreviado. “La sumariedad de estos últimos sería simplemente de carácter formal, al paso que la de los sumarios propiamente dichos tendrían carácter material” (WATANABE, 2005: 151).

Quando se concede una tutela provisional, antes de formar la convicción definitiva sobre el litigio conducido para su apreciación, el Estado interfiere en la esfera jurídica de las personas e incide, provisionalmente, en la situación que se encontraban. Se trata, pues, de una técnica procesal que proporciona algún riesgo para las partes<sup>9</sup> en la medida que, en caso de que al final de la demanda se verifique que aquel juicio inicial no era correcto, la intervención estatal habrá sido ilegítima<sup>10</sup>. Esta alerta es necesaria para que se tenga la exacta conciencia de cuán delicado es el instituto apreciado, pues, siendo mal regulado e interpretado, puede generar graves injusticias y daños a los justiciables. Se anticipa a la seguridad proveniente de una decisión con cosa juzgada –que, contando con cognición completa, antecedida por una amplia colaboración de los sujetos procesales, asegura a las partes que la intervención estatal en la esfera jurídica de los ciudadanos se dará mediante una decisión definitiva sobre el litigio<sup>11</sup>– para promover los valores de la efectividad, tempestividad y adecuación de la prestación jurisdiccional, frente a situaciones de urgencia o evidencia.

---

<sup>9</sup> “Los proveimientos cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias, por regla contrastantes, de la justicia: de la celeridad y de la ponderación. Entre hacer pronto pero mal y hacer bien pero tarde, los proveimientos cautelares buscan sobre todo hacer pronto, dejando que el problema del bien y del mal, esto es, de la justicia intrínseca del proveimiento, sea resuelto sucesivamente, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario (traducción libre)” (CALAMANDREI, 1936: 20). Obsérvese que Calamandrei no hacía distinción entre medida cautelar y la técnica anticipatoria, tratándolas simplemente como cautelares sometidas a peligros diversos. Por tanto, cuando el autor se refiere a cautelares, también se está refiriendo a la técnica anticipatoria. Por todos: ALVARO DE OLIVEIRA (1997: 231).

<sup>10</sup> DINAMARCO (2009: 307).

<sup>11</sup> “Lo esencial para garantizar el derecho a la cognición completa es que (...) la sentencia definitiva de mérito solo se torne inmutable después del ofrecimiento de los medios adecuados e razonables de participación de los litigantes en la formación del convencimiento del juez” (ZAVASCKI, 2000: 20).

No puede olvidarse, sobre el particular, que la propia Constitución Federal brasileña previó que nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal (art. 5°, LIV, CF/88). Se trata de un principio de la más alta relevancia en un Estado Democrático de Derecho, cuya densificación remite a la garantía de los ciudadanos de que la intervención estatal en la esfera jurídica de los justiciables pasa necesariamente por el respeto de un proceso justo<sup>12</sup>. Se indaga, así, frente a la disposición constitucional, en qué medida el legislador ordinario o el Poder Judicial pueden, respetando el precepto constitucional, viabilizar la intervención del Estado en el patrimonio jurídico de los ciudadanos antes de que concluya el *iter* procedimental.

Por tanto, se exige cautela en el trato de dicho instrumento procesal por medio del cual el legislador ordinario, ponderando valores, se anticipó a la seguridad proveniente de la decisión final con cosa juzgada y viabilizó la intervención estatal en la esfera jurídica de los ciudadanos con base en la mera cognición superficial, atendiendo a la probabilidad de un derecho discutido en juicio. Dicha percepción parece fundamental para guiar a los operadores frente al instituto de la tutela sumaria, evitando interpretaciones que la desvirtúen de la teleología que le subyace, aplicándola en los límites necesarios a la conformación de un proceso justo.

Al analizar el NCPC, se percibe que el legislador, atento a tales circunstancias, previó expresamente en el art. 302 NCPC la *responsabilidad objetiva* tanto por el daño procesal como por el

---

<sup>12</sup> Luego de disponer sobre los principios constitucionales del debido proceso legal, amplia defensa y contradictorio, Teori Zavascki (2000: 65) puntualiza: “En ese conjunto de garantías está inserto el *derecho a la seguridad jurídica*, de cuya densidad se puede extraer que no solo la libertad, sino también los bienes en sentido amplio (inclusive, pues, los derechos subjetivos de cualquier especie) han de permanecer bajo la disposición de quien los detenta y de ellos se considera la titularidad, hasta que se agote el debido proceso legal”.

perjuicio que la efectivización de la tutela de urgencia pueda causar a la parte adversa. En la misma línea, el art. 300 establece que “para la concesión de la tutela de urgencia, el juez puede, conforme al caso, exigir caución real o personal idónea para resarcir los daños que la otra parte pueda sufrir, pudiendo la caución ser exonerada si la parte económicamente vulnerable no pudiese ofrecerla”. Se trata de medidas que buscan proteger o reparar la esfera jurídica de aquel frente a quien fue concedida una tutela provisional.

Es interesante percibir, sin embargo, que, a pesar de que tales disposiciones estén insertas solo en el Título II relativo a la tutela de urgencia, una interpretación sistemática de la nueva codificación recomienda que las normas extraíbles de allí sean aplicadas a todas las tutelas provisionales (urgencia y evidencia). *Ubi eadem ratio, ibi idem ius*. Así, dado que el riesgo de que la tutela provisional pueda ser revocada o modificada no solo se refiere a las situaciones de urgencia, estando vinculada a la propia *provisionalidad* de la medida, una vez concedida la tutela de la evidencia, la parte beneficiada también debe ser responsabilizada por las consecuencias perjudiciales que el otro litigante pueda sufrir eventualmente.

Asimismo, en la línea de preocupación legislativa con los riesgos involucrados con la tutela provisional, el art. 300, § 3°, NCPC, que mantuvo la imposibilidad de anticipación de la tutela de urgencia cuando exista peligro de irreversibilidad de los efectos de la decisión. No se trata de un tema nuevo, por cuanto el CPC/73 ya preveía una disposición equivalente que fue bastante versada por la doctrina, especialmente en lo que se refiere a la aplicación del postulado de la proporcionalidad para la superación de dicha exigencia siempre que la anticipación de tutela, aunque sea irreversible, fuese imprescindible para salvaguardar el bien jurídico más valioso que aquel que podría ser sacrificado con su concesión. De esta manera, si el legislador insistió en mantener

dicha regulación, ello se debe a la preocupación frente a los riesgos que derivan de la tutela provisional, buscando salvaguardar la esfera jurídica de aquel que puede ser perjudicado irreversiblemente.

### **3. Tutela sumaria como técnica de distribución isonómica de la carga del tiempo del proceso**

Aún al día de hoy los operadores del derecho suelen asociar la tutela provisional a las situaciones de urgencia, o sea, a las hipótesis en que el tiempo necesario para el deslinde del proceso pueda causar algún tipo de perjuicio a la parte que tiene razón. Empero, se trata de una visión superada y bastante limitada de esta técnica procesal, dado que mucho más que aplacar simplemente una situación de riesgo a la utilidad de la prestación jurisdiccional, la tutela provisional asumió el papel de distribuir isonómicamente la carga del tiempo del proceso<sup>13</sup>.

Sobre el tema, las ideas de Calamandrei<sup>14</sup> influenciaron significativamente a la doctrina<sup>15</sup> y sirvieron de inspiración para innumerables ordenamientos jurídicos modernos<sup>16</sup>. Calamandrei

---

<sup>13</sup> MARINONI (2006: 341- 344).

<sup>14</sup> CALAMANDREI (1936).

<sup>15</sup> “Las lecciones de Piero Calamandrei resonaron con fuerza en la doctrina. Su premisa central – *provisoria* de los proveimientos cautelares, aliada a la pretendida vocación de la tutela cautelar para la *neutralización* de daños jurídicos potencialmente ocasionables por el *peligro en la demora* de la prestación jurisdiccional aún marcan la gran mayoría de los estudios al respecto de la tutela cautelar” (MITIDIERO, 2011: 31).

<sup>16</sup> En especial el ordenamiento italiano. Según Giuseppe Tarzia (1999): “La norma fundamental del derecho italiano es, en ese particular, el art. 700 do CPC, por el cual “*fuera de los casos regulados en las secciones precedentes de este capítulo, quien tiene fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria, este sea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable puede pedir al juez los proveimientos de urgencia, que*

partió de la tutela sumaria para teorizar la tutela cautelar, tratándolas como realidades inseparables. Así, siempre que estuviésemos frente a un *pericolo de tardività* o un *pericolo di infruttuosità*<sup>17</sup>, estaría justificada la utilización de la medida cautelar si, en un juicio de cognición sumaria, el derecho del demandante se presentase como probable (“*si limita in ogni caso a un giudizio di probabilità e di verosimiglianza*”<sup>18</sup>). El trazo característico de dicha tutela estaba en su *estructura*, pues se diferenciaba de la *tutela definitiva* por ser *provisional*<sup>19</sup>. Tratándose de una medida provisional, necesariamente estaríamos frente a la tutela cautelar. A pesar de que el autor ya identifica una diferencia entre *perigo de tardanza* y *perigo de infructuosidad*, diferenciándolos entre medidas satisfactivas y aseguratorias, las incluía bajo el mismo concepto de medida cautelar<sup>20</sup>. Además, dado que la tutela sumaria estaba vinculada siempre a la medida cautelar, solamente la empleaba en las hipótesis de urgencia<sup>21</sup>.

Se verifica, por tanto, a partir de las lecciones de Calamandrei, que, dentro de las hipótesis de tutela sumaria, se optó por no separar la *tutela cautelar* (aseguratoria–perigo de infructuosidad) de lo que hoy en Brasil se conoce como *anticipación de tutela* (satisfactiva–perigo de tardanza). El autor prefirió tratar ambas como cautelar, atribuyendo o no el bien jurídico a la parte, a pesar de ya identificar que había una diferencia entre ellas, en la medida

---

*aparezcan, según las circunstancias, más idóneas para asegurar provisoriamente los efectos de la decisión sobre el mérito”.*

<sup>17</sup> Traducida por la doctrina como “*perigo de tardanza*” y “*perigo de infructuosidad*”, respectivamente.

<sup>18</sup> CALAMANDREI (1936: 63).

<sup>19</sup> CALAMANDREI (1936: 9-12).

<sup>20</sup> CALAMANDREI (1936: 55-57).

<sup>21</sup> MITIDIERO (2011: 29).

en que buscaban aplacar peligros diversos<sup>22</sup>. Además, como la tutela cautelar sumaria estaba ligada necesariamente a las hipótesis de peligro, no se previó la posibilidad de utilizarlas en situaciones diversas, como aquellas en que el derecho del demandante ya se encontraba evidente y el demandado no manifestaba una defensa seria<sup>23</sup>.

No obstante, la doctrina brasileña dio algunos pasos a partir de las lecciones impartidas en la primera mitad del siglo XX. Además de identificar diferencias sustanciales entre las situaciones de peligro de tardanza y de peligro de infructuosidad (distinguiendo la técnica anticipatoria de la medida cautelar), verificó que la tutela provisional no debe ser utilizada solo en las situaciones de urgencia, sino también en otras hipótesis, como instrumento importante de distribución de la carga del tiempo en el proceso<sup>24</sup>.

Conforme a lo referido, inclusive el tiempo fisiológico del proceso, aquel indispensable para su trámite regular, es algo pernicioso para las partes, sobre todo para aquella que tiene la razón<sup>25</sup>. El problema se abulta cuando la demora procesal deja de ser el único perjuicio a ser sufrido, para agregarse a este la propia inutilidad de la tutela final. De ahí la importancia de entenderse que el tiempo es un factor que beneficia al demandado, pues el Estado, por regla general, solo intervendrá en su esfera jurídica

---

<sup>22</sup> En el mismo sentido: BEDAQUE (2006); PROTO PISANI (1987).

<sup>23</sup> MITIDIERO (2011: 22).

<sup>24</sup> MARINONI (2011: 113-118).

<sup>25</sup> “Aunque no se trate de duración patológica, el proceso cognitivo, por su propia naturaleza, demanda tiempo para la efectivización de los actos inherentes a este, posibilitando la cognición plena de la relación substancial y la efectivización del contradictorio. El daño sufrido por el incumplimiento del derecho sería, en esa medida, agravado por el proceso, cuyo objetivo es exactamente restablecer la normalidad en el plano material” (BEDAQUE, 2006: 21).

para hacer valer el derecho del demandante al final del proceso frente a la fundabilidad de la demanda. Así, a la vista de la necesidad de garantía de seguridad jurídica proveniente de la cognición plena y completa para la intervención del Estado en la esfera privada de los ciudadanos, aquel que no tiene la razón puede ser beneficiado con el disfrute del bien jurídico objeto del litigio, por lo menos durante el curso del proceso<sup>26</sup>.

En ese contexto, el NCPC deja claro que la tutela provisional no se orienta solo a la salvaguarda de situaciones urgentes, sino también cumplirá el papel de atribuir la carga del tiempo del proceso a la parte que probablemente saldrá derrotada al final del proceso, privándola del disfrute del bien jurídico objeto del litigio. Fueron consagradas, así, hipótesis muy claras de concesión de tutelas provisionales en tanto y en cuanto estén presentes situaciones de riesgo de ineficacia del proveimiento final, pero también en razón de la *evidencia* del derecho postulado. Siendo el derecho reivindicado bastante evidente, se anticipa la tutela, a fin de que se invierta la carga del tiempo del proceso, pasando a recaer el peso de la demora procesal sobre el demandado, que será privado del bien jurídico en disputa.

Debe concordarse, así, con la crítica doctrinaria de aquellos que tratan a las tutelas sumarias como especies de la tutela de urgencia, por cuanto existen situaciones en que la tutela provisional será utilizada sin que tengamos necesariamente una situación de peligro. Es cierto que las medidas cautelares siempre serán concedidas a partir de una situación de riesgo del derecho cautelado, sin embargo, lo mismo no se puede decir de la técnica antici-

---

<sup>26</sup> “La Corte Constitucional italiana reconoció que el art. 700 del CPC, es expresión de la regla según la cual ‘*la duración del proceso no debe provocar daño a la parte que tiene razón*’ y, en nombre del principio de la igualdad (Const. italiana, art. 3), extendió los poderes atribuidos por esta norma a los jueces administrativos en las lides que tengan por objeto derechos de contenido patrimonial, derivados de la relación de empleo público” (TARZIA, 1999).

patoria<sup>27</sup>. En efecto, estando presentes ciertas situaciones de urgencia o de evidencia del derecho, el legislador, por medio de la tutela provisional, posibilitó la distribución isonómica de la carga del tiempo del proceso, con base en un juicio de cognición sumaria, o sea, de probabilidad del derecho discutido. A partir del momento en que el Estado, por ejemplo, retira un automóvil (objeto de la disputa judicial) de la posesión del demandado y lo entrega al demandante, libera a este de la carga del tiempo del proceso, pues, por más que la decisión final demore en ser emitida, el disfrute del bien jurídico pretendido ya le fue garantizado. Al mismo tiempo, recaerá sobre el demandado el peso de la demora procesal, por cuanto quedará privado del automóvil en ese periodo.

#### ***4. Tutela provisional satisfactiva y cautelar: El fin del proceso cautelar autónomo y la manutención de la sentencia cautelar***

El NCPD mantuvo la distinción ya consagrada en Brasil respecto de la anticipación de tutela y de la tutela cautelar. Organizándolas como especies de la tutela provisional de urgencia, extinguió el proceso autónomo cautelar<sup>28</sup>, previendo la posibilidad de concesión de la medida aseguratoria incidentalmente en el proceso principal o como proceso que se inicia con la pretensión cautelar y se desdobra albergando la pretensión principal. Ambas medidas, según el art. 300, § 2º, pueden ser concedidas liminarmente o luego de justificación previa.

Es pertinente una breve observación sobre la opción del legislador de catalogar las medidas anticipatorias y cautelares

---

<sup>27</sup> Además de la tutela de la evidencia que será aquí trabajada, no podemos olvidarnos que existen otras hipótesis de tutela sumaria desprovista del elemento urgencia, como ejemplo la liminar en las acciones posesorias.

<sup>28</sup> Eliminó, igualmente, la regulación del proceso cautelar en un libro autónomo dentro del Código, regulándolas conjuntamente.

bajo el género de la tutela provisional. Correspondió a Ovídio Baptista da Silva plantear una propuesta de distinción entre dichos institutos<sup>29</sup>, divergiendo de Calamandrei, para quien la característica marcante de las tutelas sumarias estaba en su *estructura provisional*. Baptista da Silva resaltó que tal provisionalidad no constituye un trazo siempre presente. Así, diferenciando las medidas *temporales y provisionales*<sup>30</sup>, expuso que las cautelares, al no ser sustituidas posteriormente por una medida de la misma especie, son *temporales*, en cuanto que las medidas de anticipación de los efectos de la tutela serían efectivamente *provisionales*.

Según Ovídio, no deben ser contrapuestas las medidas provisionales y las definitivas, como hizo Calamandrei, sino las medidas *aseguratorias* y las *satisfactivas*. Se deconstruyó la distinción hecha a partir de la *estructura provisional* y se pasó a prestar atención a la *función* que desempeñan las especies de la tutela sumaria. Así, en cuanto la anticipación de los efectos de la tutela busca *satisfacer* de forma *provisional* la pretensión planteada en juicio, a fin de apartar el *peligro de tardanza* del procedimiento, la tutela cautelar busca *asegurar* de forma *temporal* el derecho subjetivo objeto de diversa demanda judicial, reprimiendo el *peligro de infructuosidad* de tal proceso. Se destaca, por tanto, el carácter *satisfactivo* de la técnica anticipatoria y *aseguratorio* de la medida cautelar.

En efecto, mientras que en la anticipación de tutela opera la satisfacción del bien jurídico objeto del pedido planteado judicialmente, o sea, la parte obtiene efectivamente parte de aquello que es el objeto de su demanda, en la medida cautelar se da solo la protección del bien jurídico (función aseguratoria) a fin de garantizar que el derecho protegido pueda ser debidamente disfrutado

---

<sup>29</sup> SILVA (2008: 25-31).

<sup>30</sup> Calamandrei ya visualizaba tal distinción, sin embargo, no desarrolló las consecuencias teóricas demostradas por Ovídio Baptista.

al término de la demanda. En la feliz dicción de Ovídio Baptista, interpretando un trecho de la obra de Pontes de Miranda<sup>31</sup>, en cuanto en la anticipación de los efectos de la tutela tenemos *ejecución para la seguridad*, en la tutela cautelar opera la *seguridad para la ejecución*<sup>32</sup>. Asimismo, Fredie Didier Jr. explica que “la cautelar garantiza la *futura eficacia* de la tutela definitiva (satisfactiva) y la anticipada confiere *eficacia inmediata* a la tutela definitiva (satisfactiva o cautelar)”<sup>33</sup>.

Dando un paso adelante, Mitidiero desarrolla sus ideas basado en la premisa fundamental de que, en la tutela cautelar, el derecho declarado existente es el *derecho a la cautela*. Existe un *derecho material a la cautela* (Ovídio Baptista), instrumentalmente ligado al derecho cautelado. Por tal razón, no tiene sentido establecer una comparación entre tutela cautelar y técnica anticipatoria, pues mientras que la primera constituye una tutela final, que tiene por objeto el derecho a la cautela, la anticipación de los efectos de la tutela constituye una mera técnica procesal apta para anticipar el disfrute del bien jurídico que solo sería conferida al término de la demanda. Por tanto, se trata de institutos completamente distintos, que no pueden ser colocados en el mismo plano comparativo, sobre todo identificados como especies de un mismo género.

A partir de esta premisa, Mitidiero prosigue afirmando que no se puede distinguir *tutela satisfactiva* de *tutela cautelar* por la estructura de las resoluciones que las otorgan, pues ambas “son tutelas finales que buscan disciplinar de forma definitiva determi-

---

<sup>31</sup> Mitidiero (2011: 37-28) esclarece que, a pesar de que algunos atribuyen tales expresiones a Pontes de Miranda, en realidad fueron acuñadas por Ovídio Baptista.

<sup>32</sup> SILVA (2008: 85).

<sup>33</sup> DIDIER JR, Fredie *et al.* (2009: 457).

nada situación fáctico-jurídica”<sup>34</sup>. Mientras que la primera trata sobre el derecho subjetivo que puede ser cautelado, la tutela cautelar tiene por objeto el propio derecho material a la cautela. Siendo coherente con tales premisas, el profesor gaucho, divergiendo de Ovídio Baptista, afirma que la tutela cautelar nada tiene de *temporal*, justamente por tratarse de una tutela final y satisfactiva del derecho a la cautela; sin embargo, como toda decisión judicial, está sometida a la cláusula *rebus sic stantibus*, debiendo generar sus efectos aseguratorios del derecho cautelado en cuanto esté presente el peligro que la justificó. Puntualiza que la doctrina tiene dificultad para comprender tal peculiaridad solo porque las situaciones sometidas a la cautelar son naturalmente más inestables que las satisfactivas<sup>35</sup>.

Finalmente, afirma que no tiene sentido interpretar la tutela cautelar a partir de la cognición sumaria, pues, como tutela final que es, se trata de una demanda que proporciona la cognición completa sobre el derecho a la cautela, con plena aptitud de formar cosa juzgada material sobre ese derecho (y no sobre el derecho cautelado). Nada impide, sin embargo, que la tutela sumaria sea utilizada en el seno de una demanda cautelar, que es lo que suele ocurrir cuando se postula liminarmente la concesión de la medida, en un juicio de verosimilitud del derecho a la cautela. Tal conclusión menoscaba cualquier intento de comparar la tutela cautelar y la técnica anticipatoria, imbricando sus funciones y demostrando que esta puede, inclusive, estar al servicio de aquella<sup>36</sup>.

Pues bien, volviendo la atención al NCPC, se verifica que la legislación mantuvo, en gran medida, la regulación antes existente

---

<sup>34</sup> MITIDIERO (2011: 34).

<sup>35</sup> MITIDIERO (2011: 34-35).

<sup>36</sup> MITIDIERO (2011: 35-36).

en el CPC/73, posibilitando la concesión liminar de las tutelas sumarias (satisfactiva o cautelar, *ex art. 300, § 2º, NCPC*), y también exigiendo un proveimiento cautelar final, luego de transcurrido el procedimiento común (art. 307, párrafo único, NCPC). Continúa, sin embargo, tratando la tutela cautelar como tutela provisional, aunque sea concedida o ratificada por una decisión al final del rito plenario.

La nueva regulación avanza al no exigir más un proceso cautelar autónomo para vehicular dicha pretensión, haciendo que el pedido principal sea planteado en el mismo proceso, lo que, sin lugar a dudas, proporciona una ganancia de economía procesal. Así, el demandante introducirá su pretensión cautelar antes de la pretensión principal o concomitante con ella, sin embargo, en cualquier caso, ambas se tramitarán en el mismo proceso, siendo juzgadas, de manera general, en la misma sentencia.

En resumen, el NCPC distingue dos especies de la tutela provisional de urgencia: anticipada y cautelar. En cuanto la primera busca la satisfacción del derecho postulado, la segunda proporciona la seguridad de la tutela del derecho, distinguiéndose, en la línea propugnada por Ovídio Baptista, por la función que desempeñan. A diferencia de Ovídio, no obstante, identifica ambas como provisionales, no resaltando la lección doctrinaria que distinguía *temporalidad* de *provisionalidad*, clasificación que ya había sido criticada por Mitidiero<sup>37</sup>. Además, la necesidad de un proveimiento cautelar final parece claro, sobre todo a partir del análisis de los arts. 306 y 307 NCPC, siendo posible que sea concedido liminarmente o luego de una justificación previa (art. 300, § 2º, NCPC), pero después el curso del proceso deberá ser juzgado, en “cognición completa”, el derecho a la cautela.

---

<sup>37</sup> MITIDIERO (2014: 114).

En efecto, si la duración normal del proceso fuese incompatible con la debida protección exigida por el caso concreto (peligro en la demora de la prestación jurisdiccional definitiva), sea porque el bien jurídico en disputa sufre grave riesgo de perecer durante el curso de la discusión judicial (*peligro de la demora objetivo*), sea en razón de la necesidad de que una de las partes necesite con urgencia disfrutar el bien disputado, bajo pena de sufrir algún perjuicio (*peligro de la demora subjetivo*)<sup>38</sup>, el derecho procesal ofrece mecanismos para tutelar eficazmente el derecho objeto de la demanda judicial, sea por medio de una tutela satisfactiva, atribuyendo inmediatamente el bien jurídico a la parte que lo necesite, sea solo protegiendo dicho bien jurídico a fin de no sufrir ningún perjuicio durante el curso del proceso<sup>39</sup>.

En conclusión, el NCPC al mantener la necesidad de un proveimiento cautelar final después de una “cognición completa” del derecho a la seguridad, perdió una buena oportunidad de evolución legislativa.

---

<sup>38</sup> Se propone la clasificación del peligro de la demora en *objetivo y subjetivo*, a partir de los elementos fundamentales de la relación jurídica: sujeto, objeto y hecho jurídico. Frente a la percepción de que tanto la técnica anticipatoria (cuando es utilizada en las hipótesis de urgencia) cuanto la medida cautelar buscan reprimir el peligro de la demora, se observa que la primera tiene por objetivo satisfacer una necesidad inmediata *del sujeto* de la relación jurídica discutida, en cuanto que la medida cautelar mira la protección inmediata *del objeto* de esa misma relación jurídica. Así, con punto de apoyo en tal constatación, basado en la *tutela inmediata* que tales medidas procesales pretenden ofrecer, se puede afirmar que la técnica anticipatoria busca aplacar el peligro de la demora subjetivo, en cuanto la medida cautelar reprime el peligro de la demora objetivo.

<sup>39</sup> Veamos el art. art. 381 del Código de Proceso Civil portugués: “Siempre que alguien muestre temor fundado de que otro cause lesión grave o difícilmente reparable a su derecho, puede requerir la providencia conservativa o anticipatoria concretamente adecuada a asegurar la efectividad del derecho amenazado”.

Al recorrer los caminos de la historia, se percibe que la existencia de un proceso cautelar autónomo provino, principalmente, del entendimiento de que no era posible la realización de medidas de efectivización en el curso del proceso de conocimiento<sup>40</sup>. Existía necesidad de purificación de los ritos, de manera que donde se practicaba la actividad cognitiva no se admitía la actividad ejecutiva. Esto justifica, igualmente, la total separación que había entre conocimiento y ejecución, transportando dicha actividad hacia un proceso autónomo y contribuyendo a una mayor duración y complejidad de la prestación jurisdiccional.

Lo que nos parece es que dicha separación de procesos, en especial del proceso cautelar, impulsó a la doctrina a un camino bastante complejo en la teorización de la tutela cautelar –exigiéndose todo un procedimiento autónomo con contradictorio, dilación probatoria y sentencia– que puede hacer que, inclusive se impidan algunos avances en la dogmática procesal, como ejemplo de la eliminación de la necesidad de una sentencia cautelar que ratifique la medida liminar. A partir de la identificación de una tutela jurisdiccional autónoma, se pretende hacer que el procedimiento sea construido para tener, luego de la concesión de la cautelar liminar, un periodo probatorio bajo el procedimiento común, a fin de demostrar, en cognición completa, el derecho a la seguridad. A partir de aquí tendremos la llamada *cosa juzgada cautelar*.

Inclusive concordando que el derecho a la seguridad del derecho proviene del plano material, no se justifica la conservación de una sentencia cautelar para ratificar la tutela liminar. Dicho proveimiento solo hace más complejo el procedimiento y suscita cuestiones que, a nuestro parecer, no merecen tanta preocupación de la doctrina. Lo ideal sería que, una vez concedida la medida cautelar previamente o en el curso del proceso, ella conservase su eficacia y estabilidad *rebus sic stantibus*, pudiendo ser al-

---

<sup>40</sup> SILVA (2008: 13).

terada en cualquier tiempo, sea en primera o en segunda instancia, siempre que el juez se convenza que los elementos que lo llevaron a la decisión inicial no fueron corroborados, sea porque el derecho que parecía probable no lo es más (por razones fáctico-probatorias o jurídicas), sea ante el convencimiento de que el riesgo que se imaginó existir inicialmente no está más presente<sup>41</sup>.

Frente a la crítica de que tal forma de pensar fragilizaría la estabilidad y, por tanto, la seguridad de la tutela concedida, pensamos que no se puede confundir la posibilidad de que la tutela cautelar sea revocada en cualquier tiempo en razón de la constatación de *nuevas circunstancias* fáctico-jurídicas, con la posibilidad de eliminar la medida por un equívoco en su concesión. En este segundo caso, la cuestión claramente se resuelve a partir de la teorización del instituto de la preclusión, abriéndose la discusión sobre el grado de estabilidad de una decisión cautelar que no fue afectada por alguna alteración de las circunstancias fáctico-jurídicas. Percíbase que la inestabilidad del proveimiento cautelar frente a la alteración de las circunstancias fáctico-jurídicas será permanente, en cuanto esté pendiente la discusión principal. Con o sin *sentencia cautelar*, la superveniencia de una distinta configuración fáctica o jurídica, que debilite las premisas del *periculum in mora* o del *fumus boni iuris* que respaldaron su concesión, será suficiente para la revocación de la medida antes concedida. De ahí concluimos que el NCPC perdió una oportunidad para eliminar a dicha sentencia cautelar, posibilitando que la medida fuese conce-

---

<sup>41</sup> Comentando respecto de la producción probatoria en el curso de la demanda, Teori Zavascki (2000: 38) expone que: “Aprisionar la sentencia al régimen de la inmutabilidad extrema, importaría, en las circunstancias figuradas, contrariar la propia finalidad de la tutela cautelar. Así, independientemente de la acción rescisoria o de recurso y de la alteración de los hechos o del derecho originalmente puestos en la causa, podrá la parte interesada, invocando la prueba nueva, reiterar al propio juez de la causa la revisión de la sentencia. En tales circunstancias, sí, la sentencia no estaría cubierta por la inmutabilidad de la cosa juzgada”.

da previa o incidentalmente al proceso principal, conservando su eficacia *rebus sic stantibus*, así como ocurre con la anticipación de la tutela satisfactiva<sup>42-43</sup>.

### **5. De la “cautelar satisfactiva” a la tutela provisional anticipada de urgencia y de evidencia**

La versión reformada del CPC/73, después de todas las discusiones doctrinarias arriba mencionadas, innovó su art. 273 al prever un *poder general de anticipación* de tutela, siempre que estén presentes los requisitos allí previstos<sup>44</sup>. El advenimiento de tal dispositivo significó un gran avance del derecho procesal civil brasileño, pues proporcionó la atipización de la técnica anticipatoria, antes solo prevista en procedimientos específicos<sup>45</sup>, como los casos de anticipación de tutela en el mandato de seguridad, en las acciones posesorias, etc.

Dicha reforma formó parte del proceso de evolución del instituto frente a la necesidad de un proceso civil que atienda de forma adecuada, tempestiva y efectiva a la relación jurídica substancial deducida en juicio. De esta manera, ante una situación urgente se requiere de medidas aptas para reprimir el peligro, bajo pena de que el proceso se convierta en un instrumento inútil, in-

---

<sup>42</sup> No es antitécnico el término “anticipación de tutela satisfactiva”, pues la liminar cautelar, que será posteriormente ratificada por una sentencia cautelar, no es más que una *anticipación de tutela cautelar*.

<sup>43</sup> Abogando la estabilidad de la anticipación de tutela, salvo se aparecen circunstancias nuevas frente al contradictorio y de la producción de otras pruebas: MITIDIERO (2014: 115).

<sup>44</sup> DINAMARCO (2009: 308).

<sup>45</sup> “(...) su carácter general, de protección de cualquier derecho, vuelve la medida cautelar atípica un instrumento para la realización del principio de igualdad. Por otro lado, su idoneidad para remediar la lentitud del proceso ordinario la coloca como un medio para garantizar la efectividad de la acción y de la tutela jurisdiccional.” (TARZIA, 1999).

capaz de alcanzar los fines constitucionalmente previstos y viabilizar la observancia específica del derecho material.

Previamente a tal innovación legislativa disponíamos de algunas pocas hipótesis de “*liminares*” en procedimientos especiales y del *poder general de cautela*, previsto en el art. 798 del CPC/73. Eso enrigidecía el proceso civil frente a las innumerables situaciones de la vida que eran traídas a la apreciación judicial, causando perplejidad a los magistrados quienes no poseían un instrumento adecuado para atenderlas eficazmente.

Ese es un fenómeno interesante en el derecho procesal, pues esta ciencia jurídica siempre reacciona a los acontecimientos sociales y a las peculiaridades inherentes a la tutela del derecho. En efecto, en vista de situaciones urgentes, los jueces fueron obligados a crear mecanismos para atender las exigencias de la relación material, verificando que, si no lo hiciesen, la prestación jurisdiccional podría ser absolutamente inútil. Por tal razón, comenzaron a utilizar el poder general de cautela como mecanismo para atender dichas demandas, generando lo que se llamó “cautelares satisfactivas”. Actualmente, teniendo como referencia el desarrollo doctrinario en Brasil, es fácil percibir lo cuan contradictoria es la expresión “cautelar satisfactiva”, pues satisfactividad es un requisito negativo de las cautelares<sup>46</sup>, por cuanto dichas medidas son caracterizadas por ser meramente aseguratorias del derecho, incapaces de satisfacerlo. En realidad, se trataba de un subterfugio judicial para conferirse una anticipación de los efectos de la tutela sin previsión legal. Es en ese contexto que el art. 273 del CPC/73 fue modificado para llenar la laguna legislativa y dar respaldo a los pedidos de anticipación de los efectos de la tutela cautelar en cualquiera de las demandas judiciales que presentasen los requisitos en él previstos. Se trata de la atipicidad de la técnica anticipatoria o de un poder general de anticipación de la tutela final.

---

<sup>46</sup> MARINONI (2006: 131-134).

En armonía con este caldo cultural que se formó al final del siglo XX e inicio del siglo XXI, el NCPC mantiene la distinción entre tutela cautelar y tutela anticipada, además de que, conforme a lo referido, previó el *poder general de anticipación de tutela* en razón de *urgencia* y de *evidencia*. Dos causas distintas que pueden llevar a la anticipación de los efectos del proveimiento final, proporcionando mucho más que un simple socorro a situaciones de peligro, sino principalmente garantizando la distribución isonómica de la carga del tiempo del proceso al conferir el peso de la demora procesal a la parte que probablemente saldrá vencida.

## **6. La tutela de urgencia**

La tutela provisional de urgencia posee una utilidad y comprensión mucho mayor si es comparada con la tutela de la evidencia. Esto ocurre, especialmente, porque durante mucho tiempo se imaginó que la tutela sumaria podría ser utilizada solo en razón de situaciones urgentes, flexibilizando la garantía de la seguridad proporcionada por la cognición completa y permitiendo, ante la situación de peligro, la injerencia del Estado en el patrimonio jurídico de las partes con base en un juicio de mera probabilidad.

Dedicándose al tema, el legislador del NCPC estableció dos requisitos para la concesión de las tutelas de urgencia (anticipada y cautelar): la probabilidad del derecho y el peligro de daño o el riesgo al resultado útil del proceso. Como se puede percibir, al tratar las tutelas de urgencia anticipada y cautelar de manera conjunta, eliminando el propio libro que antes se destinaba a la disciplina del proceso cautelar, el NCPC unificó los requisitos para la concesión de dichas medidas, exigiendo para ambas aquello que históricamente se conoce por *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Teniendo en cuenta el art. 489, § 1º, NCPC, existe el deber de fundamentación de la sentencia al aplicar los conceptos jurídicos indeterminados previstos

Una crítica que se hacía al art. 273, I, del CPC/73 se refería a su exclusiva preocupación en prestar una tutela contra el daño, no dando la debida atención a la tutela contra el ilícito. Preveía el dispositivo que era posible la anticipación ante el *fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación*. Es curioso que no se puede llamar como reciente toda teorización que los civilistas desarrollaron en la separación entre *daño* e *ilícito* y, en el ámbito procesal, en las ya consagradas lecciones sobre la tutela inhibitoria, que tiene por fin justamente conceder una prestación jurisdiccional que se anticipa a la propia práctica del ilícito, buscando evitarlo. Además, una mirada rápida a la Constitución Federal es suficiente para identificar como derecho fundamental al acceso a la justicia que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o *amenaza* al derecho” (énfasis agregado). O sea, es del propio texto constitucional que se puede identificar la necesaria protección contra el ilícito, garantizando la Carta Política la debida tutela contra la amenaza al derecho (y no solamente contra el daño).

No obstante, percíbase que tanto el art. 461, §3º, CPC/73, como el art. 84, §3º del Código de Defensa del Consumidor, no se valen de la expresión “*temor de daño irreparable o de difícil reparación*”, sino “*temor de ineficacia del proveimiento final*”, expresión que presenta una abertura mayor a las posibles relaciones materiales expuestas ante el Poder Judicial<sup>48</sup>.

---

en el texto legal: “Ejemplos del uso de conceptos jurídicos indeterminados pueden ser vistos en las nociones de *probabilidad* y de *peligro de daño irreparable*, que se constituyen en pilares de la tutela de urgencia. Significa decir que el magistrado, al depararse con un caso concreto, deberá, con base en el amplio espectro interpretativo que esos conceptos le otorgan, realizar un cotejo entre la previsión legal y el contexto de los autos, informando de qué forma la realidad de los hechos proporciona subsidios para que se pueda entender el campo semántico de los conceptos cotejados” (REICHEL y ALVES, 2014: 39).

<sup>48</sup> MITIDIERO (2011: 50).

Como se puede apreciar, el NCPC, respondiendo a las críticas doctrinarias, mantuvo la dicción respecto del *peligro de daño*, pero también previó que sea posible la tutela provisional de urgencia frente al *riesgo al resultado útil del proceso*. Se trata, por tanto, de una redacción legislativa que mejor densifica el derecho fundamental al acceso a la justicia, no restringiendo el alcance del instituto solo a la hipótesis de peligro de daño, sino también contemplando las situaciones de amenaza de la propia práctica del ilícito, estando claramente al servicio de la tutela inhibitoria.

Por último, vale consignar el abandono de las expresiones “*prueba inequívoca*”, y “*verosimilitud de las alegaciones*”, tan criticadas por la doctrina, adoptándose la fórmula más adecuada de la *probabilidad del derecho*. Al hablar de *probabilidad* estamos ante un concepto que refleja una mayor o menor aproximación a la verdad, traduciendo el grado de corroboración alcanzado a partir de los hechos realmente probados<sup>49</sup>. Por el contrario, la idea de *verosimilitud* no se refiere a la aproximación de la verdad a partir de los elementos llevados a conocimiento del magistrado, sino que solo sugiere una idea de *posibilidad*, proveniente de lo que generalmente acontece en la realidad<sup>50</sup>. Evidentemente, no puede concederse una medida provisional con base en mera verosimilitud, pues constituye una exigencia básica del derecho fundamental al proceso justo que las decisiones judiciales estén respaldadas en

---

<sup>49</sup> “La *probabilidad lógica* es apuntada por la doctrina como aquella probabilidad apropiada para la comprensión y búsqueda de la verdad en el proceso judicial. Con su utilización, la aproximación a la verdad en el proceso ocurre mediante el empleo de *máximas de experiencia* y de las *pruebas disponibles* para la confirmación y no refutación de las alegaciones de hecho en el proceso. Lo que se valora con ella es la *fiabilidad de la inferencia* realizada a partir de las máximas de experiencia a la luz de la prueba de los autos. Su forma es inductiva y no deductiva” (MITIDIERO, 2014: 103).

<sup>50</sup> TARUFFO (1992: 158-166).

los elementos probatorios llevados al proceso, aptos para conducir a un juicio de probabilidad a favor de una de las partes.

## **7. La tutela de la evidencia**

### **7.1 Notas iniciales**

Un gran avance que se puede atribuir al NCPC reside en el campo de la tutela sumaria de la evidencia, dejando claro que la carga del tiempo del proceso no debe ser soportado solo por el demandante, sino por la parte que tiene mayor chance de salir derrotada al final del trámite procesal. Conforme se ha referido, daña el ideal de isonomía al permitir que el demandado continúe disfrutando del bien jurídico objeto del litigio durante todo el tiempo normal del proceso, cuando existen fuertes evidencias de que la demanda será declarada fundada. Admitiendo dicha premisa, el art. 311 NCPC estableció supuestos muy claros en los cuales se permite la anticipación de tutela en razón de la evidencia del derecho postulado en juicio, cuando: a) quede demostrado el abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio de la parte; b) las alegaciones de hecho puedan ser comprobadas solo documentalmente y exista tesis sostenidas en juzgamientos de casos repetitivos o en súmula vinculante; c) se trate de un pedido fundado en prueba documental adecuada del contrato de depósito, en cuyo caso será decretada la orden de entrega del objeto custodiado, bajo conminación de multa; d) la petición inicial estuviese instruida con prueba documental suficiente de los hechos constitutivos del derecho del demandante, al cual el demandado no oponga prueba capaz de generar duda razonable.

El dispositivo del nuevo código, además de agregar las tres últimas hipótesis, reitera la dicción ya presente en el art. 273, II, CPC/73, que permitía la concesión de la anticipación de tutela en situación desprovista de cualquier urgencia o peligro de perecimiento del bien jurídico discutido, cuando quede demostrado el *abuso del derecho de defensa* o del *manifiesto propósito dilatorio*

*del demandado*<sup>51</sup>, siempre que el juez esté convencido de la plausibilidad del derecho postulado. Así, tímidamente en el CPC/73 y explícitamente con el NCPC, se quebró el paradigma histórico de que la tutela provisional solamente sería utilizada en situaciones de urgencia, posibilitando que el juez utilice la técnica anticipatoria para conceder el bien jurídico a una de las partes, en caso que su derecho sea probable y la defensa presentada no sea apta para negar tal percepción<sup>52</sup>.

En el derecho francés es posible encontrar un mecanismo equivalente que sirvió de inspiración a la doctrina brasileña, denominado *référé*. Esta es una medida que posibilita la anticipación de los efectos de la tutela siempre que el juez entienda que el demandado no se defiende de forma seria. En palabras de Alessandro Jommi: “Hubo una alteración radical en el entendimiento sobre el *référé* en Francia, pues, su función tradicional, era vinculada a la urgencia. Con todo, hubo gran evolución doctrinaria y jurisprudencial para entenderse que era posible el *référé* en hipótesis de contestación no seria. Hoy, esto es pacífico”<sup>53</sup>.

## **7.2 Interpretación del art. 311, I, del NCPC. ¿Tutela provisional punitiva?**

Parte de la doctrina brasileña identificaba en el art. 273, II, CPC/73 una hipótesis de anticipación de los efectos de la tutela de *carácter punitivo* a la parte que se defiende de forma abusiva o se

---

<sup>51</sup> El NCPC corrige el equívoco del CPC/73, al conferir esa hipótesis de anticipación de la tutela solo al demandante. Con la nueva codificación, queda expreso que cualquiera de las partes puede valerse de esta especie de tutela provisional.

<sup>52</sup> MARINONI (2006: 343).

<sup>53</sup> JOMMI (2005).

comporta de manera dilatoria en el curso del proceso<sup>54</sup>. Es decir, no visualizaba en dicha disposición una efectiva tutela de la evidencia, sino que se interpretaba como un mecanismo de punición al litigante que presentaba una mala conducta procesal.

Una indagación que merece ser realizada en vista de dicha interpretación es la siguiente: ¿Sería adecuado utilizar la anticipación de tutela como punición al demandado, atribuyéndose el bien jurídico al demandante, en razón de la conducta tenida por dilatoria, aunque el demandado presente una defensa plausible y con aptitud, en teoría, de ser acogida? ¿Entregar el bien jurídico al demandante, por ejemplo, puede ser visto como una medida punitiva adecuada y necesaria frente a un comportamiento dilatorio del demandado? Imagínese, por ejemplo, que por el hecho de que la parte se haya quedado con el expediente más del tiempo debido<sup>55</sup>, la plausibilidad de sus argumentos sea desconsiderada, o su derecho a la cognición completa despreciado y el bien jurídico que considera le pertenece sea simplemente entregado a la otra parte. ¿Sería esta una medida punitiva proporcional frente a un acto dilatorio?

Parece no haber una pertinencia lógica, de causa y efecto, entre una conducta inadecuada de la parte y la sanción por medio de la anticipación de los efectos de la tutela. Volviendo a las consideraciones hechas al inicio de este ensayo, percíbase que la intervención del Estado en el patrimonio jurídico de los ciudadanos, por regla general, debe preceder de un proceso legal, en el cual se dará oportunidad al ejercicio del contradictorio y a la amplia defensa, a fin de que el juez, conociendo profundamente la causa, decida sobre el bien jurídico disputado y, finalmente, determine la

---

<sup>54</sup> Son varios los autores que así se manifiestan: Cássio Scarpinella Bueno, Fredie Didier Jr., Bruno Vasconcelos Lopes, etc.

<sup>55</sup> Este es un ejemplo ampliamente citado por la doctrina como apto a dar lugar a la anticipación de los efectos de la tutela.

modificación de la realidad empírica<sup>56</sup>. La anticipación de dicha intervención debe darse de forma excepcional, cuando, a partir de un juicio de proporcionalidad, se verifique que existen valores más relevantes a ser prestigiados, pero también que se trate de una medida necesaria y adecuada a la finalidad pretendida<sup>57</sup>.

Interpretar el art. 311, I, NCPC como medida punitiva viola el postulado de la proporcionalidad, pues la anticipación de los efectos de la tutela no puede ser utilizada como mecanismo de punición (inadecuación), pero también porque, entre las medidas disponibles para el legislador para castigar al demandado, la técnica anticipatoria está lejos de ser la medida menos restrictiva a los derechos fundamentales (falta de necesidad). Por tanto, ¿cuál es la adecuación que existe entre la postura abusiva o dilatoria del demandado y la entrega del bien jurídico al demandante? Existen medidas punitivas propias para eso, como las multas por el litigio de mala fe. Sin embargo, determinar la entrega del bien jurídico a la otra parte como respuesta a una conducta abusiva es una medida que colinda con el arbitrio y desconsidera la propia finalidad principal del proceso, que es alcanzar una conclusión justa. Pensar el proceso de manera que la prestación jurisdiccional corresponda a la mejor aplicación del derecho y, consecuentemente, confiera el bien jurídico a quien fuera tenido como titular del derecho disputado es un ideal que debe ser incesantemente buscado por el procesalista. Sin embargo, milita contra ese fin tratar la anticipación de los efectos de la tutela como medida punitiva.

---

<sup>56</sup> MARINONI (2011: 17-18).

<sup>57</sup> “El postulado de la proporcionalidad exige que el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo escojan, para la realización de sus fines, medios adecuados, necesarios y proporcionales. Un medio es adecuado si promueve el fin. Un medio es necesario si, dentro de todos aquellos medios igualmente adecuados para promover el fin, fuese el menos restrictivo relativamente a los derechos fundamentales. Y un medio es proporcional, en sentido estricto, se las ventajas que promueve superan las desventajas que provoca” (ÁVILA, 2011: 171).

Además, aunque se entienda que la técnica anticipatoria constituye un medio adecuado para la punición de la parte que actúa abusivamente en el proceso o fuera de él, es fácil percibir que no se trata de una medida menos restrictiva a los derechos fundamentales, en especial a los derechos del debido proceso legal, cooperación, amplia defensa y contradictorio, por las mismas razones arriba presentadas. Esa alerta se hace necesaria no solo porque se armoniza con el postulado de la proporcionalidad, sino también para evitar distorsiones en la práctica jurídica que puedan conducir a la utilización de la anticipación de tutela de forma adversa a su finalidad<sup>58</sup>.

De esta forma, conforme dejó bastante claro el NCPC, se debe interpretar el instituto como una tutela provisional concedida ante la *evidencia del derecho de la parte*. Así, la exégesis del *abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio de la parte* conduce a la conclusión de que la anticipación de tutela será posible si la postura de la parte, su conducta o sus postulaciones, evidenciaran que no posee una *defensa seria* frente al otro litigante, confirmando con eso una mayor probabilidad de que el derecho no le favorece<sup>59</sup>. Se trata de un valioso dispositivo que distribuye de manera adecuada la carga del tiempo del proceso frente a una postura de la parte que no presenta una defensa consistente de sus razones, prorrogando el término del proceso, pero sin significativas chances de éxito.

---

<sup>58</sup> En sentido semejante, Rosemiro Pereira Leal (2010: 51), tratando el CPC/73, se rebeló en cuanto al carácter punitivo de la hipótesis de la anticipación de tutela, aduciendo que “las razones del convencimiento del juicio para anticipar la tutela de la ley no son valorables de posible abuso del derecho de defensa o propósito dilatorio del demandado, sino de la circunstancia de que el demandante presente prueba inequívoca para volver verosímiles las alegaciones de la inicial, no pudiendo la concesión de la tutela legal anticipada resultar de sanción al demandado por litigación de mala fe (...)”.

<sup>59</sup> MARINONI (2002: 26).

El *abuso del derecho de defensa y manifiesto propósito dilatorio de la parte* deben ser interpretados, por tanto, como elementos aptos para *ratificar* la plausibilidad del derecho de una de las partes y la insubsistencia de las alegaciones de la otra. A partir de dicha interpretación es proporcional que el bien jurídico sea entregado a la parte que presenta mayores chances de salir victorioso, no teniendo así que soportar la carga del tiempo del proceso.

### **7.3 Postura abusiva apta para dar lugar a la anticipación de los efectos de la tutela**

Siguiendo en la interpretación del art. 311, I, NCPC, conviene definir lo que consubstancia una *defensa no seria*, apta a dar lugar a la anticipación de los efectos de la tutela. ¿Simplemente la mayor probabilidad de éxito de la parte ya autorizaría la concesión de la medida o sería necesario que la defensa fuese absolutamente infundada, confiriendo a la postulación de la otra parte un grado de evidencia elevado?

En la doctrina existen autores que adoptan una postura más cautelosa en relación con el instituto, perfilando que solamente puede ser utilizada dicha técnica anticipatoria si el demandado compromete el regular avance del proceso, no siendo suficiente que presente una defensa infundada, con razones inconsistentes<sup>60</sup>. Se trata de una corriente restrictiva, identificando en la

---

<sup>60</sup> “Sin embargo, la actividad de identificación de las hipótesis subsumibles al precepto no puede ser arbitraria. Debe, sí, obediencia estricta a la finalidad de la norma. Si lo que se busca es privilegiar la *celeridad* de la prestación jurisdiccional, ha de entenderse que en la fluidez de las expresiones de la ley solamente se contiene actos o hechos que, efectivamente, constituyan un obstáculo a la continuación del proceso. (...) En cualquier hipótesis, la anticipación de tutela solamente se justificará si es necesaria (principio de la necesidad), o sea, si el comportamiento del demandado importa, efectivamente, el retardo. El acto, aunque abusivo, que no impide, ni retarda, los actos procesales subsecuentes, no legitima la medida anticipatoria. Así, la invocación, por el demandado, en la con-

*celeridad de la prestación jurisdiccional* la teleología del reglamento.

Perfilando una corriente moderada, Marinoni entiende que la técnica debe ser aplicada siempre que sea identificada una gran posibilidad de que el demandante resulte victorioso, hipótesis donde se constata la evidencia del derecho del demandante y la fragilidad de la defensa del demandado. Citando a Roger Perrot, aduce que no se exige necesariamente una incontestabilidad absoluta, bajo pena de restringir demasiado el instituto<sup>61</sup>. “En razón de la función que cumple la cognición sumaria, mero instrumento para la tutela de un derecho, y no para la declaración de su certeza, o grado máximo de probabilidad es excesivo, inoportuno e inútil al fin a que se destina”<sup>62</sup>. El autor ofrece dos ejemplos en que la anticipación de la tutela evidente podría ser utilizada. Primero, cuando el hecho constitutivo del derecho del demandante fuese incontrovertido y el demandado presente una *defensa indirecta infundada*<sup>63</sup>, sin prueba documental que demuestre sus alegaciones. De esta forma, el juez concedería la anticipación de tutela con

---

testación, de razones infundadas, por sí solo no justifica la anticipación de la tutela” (ZAVASCKI, 2000: 77-78).

<sup>61</sup> “La anticipación en caso de ‘abuso del derecho de defensa’ tiene cierto parentesco con el *référé provision* del derecho francés. Mediante la *provision* es posible la anticipación cuando *l’obligation ne soit pas sérieusement contestable* (la obligación no sea seriamente contestable, arts. 771 y 809 del Código de Proceso Civil francés). La urgencia no es requisito para la concesión de la *provision*, y Roger Perrot, el ilustre profesor de la Universidad de París, alerta que el juez no puede exigir una *incontestabilidad absoluta*, bajo pena de restringir abusivamente el dominio del *référé provision*” (MARINONI, 2006: 343).

<sup>62</sup> WATANABE (2005: 148).

<sup>63</sup> Es importante destacar la preocupación del profesor paranaense, siendo incisivo en cuanto a la necesidad de que la defensa indirecta sea infundada, o sea, si la defensa fuese al menos plausible, solo el hecho de que el tiempo del proceso sea por él utilizado para demostrar sus alegaciones no es suficiente para viabilizar la anticipación de los efectos de la tutela (MARINONI, 2011: 107).

base en cognición completa de los hechos constitutivos del derecho del demandante y cognición sumaria de los hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del demandado. Dado que quien necesita del proceso para demostrar su derecho es el demandado, le debería corresponder soportar la carga del tiempo, y no al demandante. En la segunda hipótesis, esto se daría también cuando la contestación directa fuese infundada, pues carece de substancia para colocar en duda los hechos constitutivos del demandante<sup>64</sup>.

Capitaneando una corriente ampliativa del instituto, Mitidiero entiende que se trata de un mecanismo procesal que debe ser interpretado a la luz de la isonomía, de manera que la carga del tiempo del proceso sea soportada por quien presenta menores chances de consagrarse victorioso en la demanda. Admitiendo el tiempo del proceso como fuente potencial de daños a las partes, bastaría que el derecho del demandante se presentase más plausible que el derecho del demandado para ser posible la concesión de la anticipación de los efectos de la tutela final<sup>65</sup>.

Pues bien, siendo coherente con las premisas hasta aquí adoptadas, nos parece que el legislador entendió que solo la mayor probabilidad del derecho expuesto en juicio no es suficiente para proporcionar la anticipación de los efectos de la tutela. Por tanto, es indispensable que a esto sea agregado otro hecho, definido como *abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio de la parte*<sup>66</sup>. Dichos requisitos, como dijimos, deben ser con-

---

<sup>64</sup> MARINONI (2011: 64 ss.).

<sup>65</sup> MITIDIERO (2011: 42).

<sup>66</sup> “Es preciso subrayar que la tutela anticipatoria basada en la técnica de reserva de la cognición de la defensa de mérito indirecta no encuentra sustento solo en la evidencia de los hechos constitutivos del derecho del demandante, sino también requiere que la defensa de mérito indirecta sea infundada” (MARINONI, 2011: 123).

siderados como aptos para ratificar la evidencia del derecho de la otra parte, de manera que, además de la probabilidad del derecho, sean practicados actos abusivos o dilatorios que refuercen el juicio sobre la poca seriedad de la defensa presentada.

No es que la teleología del instituto apunte para la aceleración del procedimiento; su finalidad, más bien, es hacer que los actos abusivos y dilatorios de una de las partes no posterguen el disfrute del bien jurídico por la otra parte cuyo derecho parece evidente<sup>67</sup>. Y esa conclusión es ratificada a partir de una interpretación sistemática del ordenamiento procesal. Si es que ni la misma sentencia de fundabilidad puede ser ejecutada, aunque provisionalmente, como consecuencia de la suspensividad del recurso de apelación como regla, ¿cómo admitir que nuestro sistema procesal permite la anticipación de los efectos de la tutela cuando la evidencia proviene de una probabilidad, digamos, *débil* de fundabilidad? Dichas circunstancias impiden que solo la evidencia del derecho de la parte, no subsumible en las otras hipótesis del art. 311 NCPC, sea apta a posibilitar la anticipación de los efectos de la tutela a su favor. Si así fuese, siempre que sea emitida una sentencia de fundabilidad, el juez estaría obligado a anticipar la tutela, suprimiendo el efecto suspensivo de la apelación.

Sin embargo, innumerables actos practicados por el demandado pueden ser considerados abusivos o dilatorios, dando margen a la utilización de la técnica anticipatoria. Desde actos que posterguen el procedimiento ratificando la idea de que el demandado no tiene razón, hasta defensas *manifiestamente* infundadas, que sean prácticamente imposibles de ser acogidas. Como ejemplo de esta última hipótesis se puede citar la defensa contraria a la

---

<sup>67</sup> No se conuerda, por tanto, con la conclusión de Teori Zavascki, en el sentido de que solo los actos practicados por el demandado que perjudiquen la celeridad del proceso dan lugar a la técnica anticipatoria (ZAVASCKI, 2000: 78).

jurisprudencia pacífica de los tribunales o evidentemente articulada contra el texto expreso de la ley<sup>68</sup>.

## 8. Conclusión

La doctrina brasileña dio importantes pasos en la estructuración teórica de las tutelas provisionales, delineando sus especies, funciones y finalidad, confiriendo un norte seguro para el desarrollo de los trabajos legislativos. Este es un reconocimiento que merece ser realizado pues los autores brasileños citados a lo largo de este ensayo agregaron contribuciones que sirven de referencia mundial, colocando a Brasil en un nítido destaque en el tratamiento doctrinario y legislativo del tema<sup>69</sup>.

Entender la importancia de la técnica anticipatoria en el ordenamiento jurídico proporciona al operador del derecho la percepción de la íntima relación que debe existir entre el derecho procesal y el derecho material, además de las innumerables influencias constitucionales en la conformación de un proceso justo. Aproximar el derecho procesal al derecho material es fundamen-

---

<sup>68</sup> CARNEIRO (2004: 36).

<sup>69</sup> Es paradigmático el pasaje del reciente escrito de Giuseppe Tarzia quien, luego de exponer que poco se dedicó a la diferencia entre la técnica anticipatoria y la medida cautelar, así señala: “Si este esclarecimiento es oportuno, creo, todavía, que los tres derechos puestos en confrontación estén ya más próximos de lo que puede sugerir la simple lectura de las fórmulas normativas. Se dice que la irreparabilidad del daño perdió mucho significado en la aplicación del art. 700 seguida por la jurisprudencia italiana. De otro lado, es verdad que la actual fórmula legislativa italiana parece atribuir a la medida una función *lato sensu* conservativa; pero, de hecho, la medida es utilizada sea para la conservación de la situación existente *pendente iudicio* (como la alemana *Sicherungsverfügung*, § 935 de la ZPO), sea para la regulación provisional de la situación de hecho relativa a la relación jurídica controvertida (como la *Regelungsverfügung*, § 940 da ZPO), sea también para la anticipación total o parcial de la decisión sobre el mérito (*Befriedigungsverfügung*). La doctrina de la tutela anticipatoria se desarrolló en Italia partiendo de la interpretación y de las aplicaciones del art. 700 del CPC.” (TARZIA, 1999: 11).

tal para que tengamos un proceso apto para conferir respuestas que efectivamente atiendan la peculiaridades y exigencias de la relación jurídica deducida en juicio. Sin esta visión atenta del proceso, jamás tendremos una prestación jurisdiccional tempestiva, adecuada y efectiva.

Además, ya es lugar común decir que toda conformación del proceso debe reaccionar a los preceptos constitucionales. Los derechos y garantías fundamentales previstos en la Carta Política deben iluminar no solamente al legislador, sino principalmente al operador del proceso, a fin de que los institutos jurídicos abstractamente previstos sean aplicados en consonancia con los valores y finalidades consagrados constitucionalmente. En particular, la técnica anticipatoria sufre fuertes influjos de la Constitución Federal, mereciendo ser interpretada con la exacta conciencia de que su utilización será posible solo cuando la isonomía y el acceso a la justicia recomienden la flexibilización de la seguridad de la cognición completa<sup>70</sup>.

Se ha demostrado que cuando se invierte la carga del tiempo del proceso, concediéndose la anticipación de los efectos de la tutela, el riesgo del Estado al estar interviniendo en la esfera jurídica de los ciudadanos de forma indebida es elevado<sup>71</sup>, por

---

<sup>70</sup> “El legislador infraconstitucional, al prever la técnica anticipatoria, realiza al mismo tiempo todo el caudal conceptual ligado al Estado Constitucional: la tutela sumaria busca distribuir de forma *isonómica* la carga del tiempo en el proceso, *adecuándolo* a las necesidades evidenciadas en él a fin de que la tutela jurisdiccional sea prestada de forma *efectiva* a los derechos y en un *plazo razonable*”. (MITIDIERO, 2014: 63-64).

<sup>71</sup> “Por eso es que el legislador fue cuidadoso y, de esa manera, deberá ser cauteloso el aplicador de la ley. Se dice cuidadoso porque la Constitución Federal consagra el principio de bilateralidad de la audiencia, el cual debe presidir el desarrollo de todo el proceso (art. 5º, LV), como, también, *hasta con cierta repetitividad*, garantiza constitucionalmente que nadie será privado de sus bienes (y de su libertad), ‘sin el debido proceso legal’ (art. 5º, LIV)” (ALVIM, 2007: 364).

cuanto está siendo mitigada la garantía de la cognición completa, o sea, de amplio conocimiento de la causa, requisito necesario para que sea emitida una decisión definitiva. Es por eso que el intérprete debe guiarse de la máxima cautela al proponer la utilización de la tutela provisional, pues la intervención estatal en la esfera jurídica de los justiciables, por medio de la cognición sumaria, debe ser posible solo en los casos en que el beneficiario presente oportunidades concretas de lograr al final sea el vencedor. Esta alerta tiene relevancia especialmente para apartar cualquier tipo de interpretación de la técnica anticipatoria que apunte para su concesión a título de punición de la parte o causa diversa desconectada de la evidencia del derecho postulado.

## Referencias

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto

2009 *Do formalismo no processo civil*. 3.ed. revisada, atualizada y aumentada. São Paulo: Saraiva.

2002 O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v.22, pp. 31-42.

1997 “Perfil dogmático da tutela de urgência”, *Revista AJURIS*. n. 70, pp. 214-239, julho.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto y MITIDIERO, Daniel

2010 *Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas.

ALVIM, Arruda

2007 *Manual de direito processual civil*. v.2. 11.ed. revisada, ampliada y actualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ÁVILA, Humberto.

2011 *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros.

2011 *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampliada. São Paulo: Malheiros.

BAGGIO, Lucas Pereira

2010 *Tutela jurisdicional de urgência e as exigências do direito material*. Rio de Janeiro: Forense

MOREIRA, José Carlos Barbosa

2003 Tutela de urgência e efetividade do direito. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba. n.28, p. 286-297.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos

2006 *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes

2003 *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina.

CALAMANDREI, Piero

1936 *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam.

CAPONI, Remo

1991 *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milão: Giuffrè.

CARNEIRO, Athos Gusmão

2004 *Da antecipação de tutela*. Rio de Janeiro: Forense.

DIDIER JR, Fredie *et al.*

2009 *Curso de Direito Processual Civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. V. 2. 4. ed. Salvador: Jus Podivm.

DINAMARCO, Cândido Rangel

2009 *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. revisada y actualizada. São Paulo: Malheiros.

2007 O regime jurídico das medidas urgentes. *In Nova Era do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

DORIA, Rogéria Dotti

2003 *A tutela antecipada em relação à parte inconstroversa da demanda*. 2.ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

JOMMI, Alessandro

2005 *Il référé provision - ordinamento frencese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Itália*. Torino: Giappichelli Editore.

LEAL, Rosemiro Pereira

2010 Antecipação de tutela legal em face de defesa abusiva e manifesto propósito protelatório na teoria do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, 1999-2005. Bimestral. Continuación de la Re-

vista IOB de Direito Civil e Processual Civil. n. 39 (ene./feb. 2006) a n. 66 (jul./ago 2010).

MARINONI, Luiz Guilherme

2011 *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2. ed. revisada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

2006 *Antecipação da tutela*. 9. ed. revisada, atualizada y ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

2007 *Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo*. vol. 1. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

2002 *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. revisada, atualizada y ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MITIDIERO, Daniel

2014 *Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2.ed. revisada, ampliada y actualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

2009 *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

2010 O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 35, n. 183, p. 165-194, maio.

2011 Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória, *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 197.

2010 Tutela antecipatória e defesa inconsistente. In *Tutela de urgência e cautelares – Estudos em homenagem a Ovídio A.*

*Baptista da Silva*. Armelin, Donaldo (coord.), São Paulo: Saraiva.

PASSOS, José Joaquim Calmon de

1984 *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.10, t.1 - arts. 796 a 812. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PROTO PISANI, Andrea

1987 *Appunti sulla tutela cautelare*, *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam.

REICHELT, Luis Alberto y ALVES, José Victor Pacheco

2014 Sobre a tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.11, n. 63, pp. 30-46, nov./dic., p. 39.

SILVA, Ovídio A. Baptista da

2008 *Curso de processo civil*. 4. ed. revisada y actualizada. vol. II. Rio de Janeiro: Forense.

2009 *Do processo cautelar*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense

TARUFFO, Michele

1992 *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè.

TARZIA, Giuseppe

1999 *Medidas cautelares atípicas (uma análise comparativa)*. Estudio inédito presentado en Lisboa, en el Congreso de 19 de abril de 1999, y en las III Jornadas Brasileñas de Derecho Procesal Civil, en Salvador el 15 de junio de 1999, traducción de Paulo Henrique dos Santos Lucon.

TOMMASEO, Ferruccio

1983 *I provvedimenti d'urgenza – struttura e limiti della tecnica anticipatoria*. Padova: Cedam.

WATANABE, Kazuo

2005 *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Perfil.

ZAVASCKI, Teori Albino

2000 *Antecipação da tutela*. 3. ed. revisada y ampliada. São Paulo: Saraiva.

# **Revista de la Maestría en Derecho Procesal**

**ISSN 2072-7976**

---

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

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