

Aproximaciones al Estudio de la Tutela Anticipada: Doctrina, legislación comparada y su aplicación en el Derecho Procesal Peruano¹

Juan Francisco Rosario Domínguez²
Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: I. Introducción. II. Problemática actual del proceso judicial. 1. El tiempo como impedimento de la tutela jurisdiccional efectiva 2. Situación actual del Poder Judicial. 3. La insuficiencia de las medidas cautelares. 4. La eficacia en el proceso y la denominada "tutela diferenciada". III. Los procesos urgentes. 1. Surgimiento de la doctrina de los procesos urgentes. 2. Concepto. 3. Clasificación. a. Medidas cautelares. b. Medidas autosatisfactivas. c. Tutela anticipada. IV. La tutela anticipada. 1. Concepto de tutela anticipada. 2. Requisitos de procedencia. 3. Características principales. 4. Diferencia con las medidas cautelares. 5. Diferencia con las medidas autosatisfactivas. 6. Su aplicación en la legislación comparada. a. Derecho francés. b. Derecho italiano. c. Derecho brasileño. d. Derecho argentino. V. Tutela anticipada en el Derecho Procesal peruano. 1. ¿Ha sido regulada esta figura en nuestra legislación nacional? 2. La medida anticipada. 3. La medida temporal sobre el fondo. 4. En la práctica judicial, ¿se aplica este tipo de tutela anticipada? VI. Conclusiones.

"La necesidad de transitar por un proceso judicial para obtener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón".

"Abreviar la justicia no es, pues, solamente hacerla más rápida: es hacerla más oportuna, más limpia y sobre todo más eficaz".

Eduardo J. Couture

I. Introducción

Cuando constatamos en la práctica judicial que el denominado proceso judicial (tantas veces definido, clasificado, estudiado y aprendido doctrinalmente) deviene un mecanismo no idóneo para reconocer y hacer efectivos los derechos sustantivos de los justiciables, surge una respuesta inmediata: La necesaria adecuación a los nuevos requerimientos sociales que nuestro entorno exige, requerimientos respecto de los cuales la doctrina procesal, al menos la comparada, no se encuentra ajena.

La necesidad que presentan los justiciables de que sus conflictos de intereses sean resueltos en el más breve plazo posible, con el costo más bajo y procurando la menor indefensión y perjuicio a sus derechos, convierte a la eficiencia de la función jurisdiccional en un valor que ya no puede ser ignorado por los operadores jurisdiccionales procurando, de esta manera, el direccionamiento de sus esfuerzos y actos así como el aumento de la confianza del ciudadano en el sistema jurisdiccional.

Como buena parte de la doctrina comparada viene sosteniendo ya hace algún tiempo, el problema principal del Derecho Procesal no es el acceso a la jurisdicción (derecho a la tutela jurisdiccional) sino, principalmente, obtener una tutela efectiva (principio de jurisdicción oportuna) evitando que el proceso

judicial sea utilizado para dilatar el cumplimiento de las obligaciones y frustrar los derechos de quienes tienen la razón y necesidad de servirse de él para que su derecho sea judicialmente reconocido y efectivamente satisfecho.

Si bien, la teoría cautelar pretende brindar a dichos requerimientos de los justiciables, que claman por soluciones inmediatas y en tiempo razonable, dicha institución no ha solucionado totalmente sus problemas toda vez que no presenta alternativas viables y efectivas, dada su propia naturaleza, ante aquellas situaciones en las que no se admite demora alguna.

Es por dicho motivo que la estructura clásica del proceso ha tenido que modificarse adicionándole a los conocidos procesos de cognición nuevas figuras que pretenden aportar mecanismos para la efectivización del proceso judicial (medidas cautelares, tutela diferenciada, procesos urgentes).

En este orden de ideas, sirva el presente trabajo para aproximarnos en la problemática antes planteada así como para pasar revista (muy rápidamente, por cierto) a los esfuerzos doctrinales y legislativos que se han efectuado en la línea de intentar que la tutela jurisdiccional sea, realmente, efectiva. Una de las instituciones que pretende ello es la denominada "tutela anticipada" o "tutela anticipatoria" la que, pese a su importancia y vigencia comparada, no ha sido

¹La presente monografía está dedicada a quienes debo mi vida entera: Camiilita, Tita y Lía.

²Abogado especialista en Derecho Procesal Civil, Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho Laboral.



estudiada a profundidad por nuestra doctrina nacional ni mucho menos legislada positivamente en nuestro ordenamiento vigente. Sirva la presente monografía para generar una corriente de pensamiento crítico y de propuesta en ese sentido.

II. Problemática actual del proceso judicial

1. El tiempo como impedimento de la tutela jurisdiccional efectiva

En nuestra sociedad actual, aquella que está cada vez más interrelacionada con el mundo y que cada día nos presenta nuevos desafíos, el tiempo se ha constituido en una especie de enemigo oculto al cual pretendemos vencer sin lograrlo³.

Dicho fenómeno no es ajeno al Derecho Procesal pues, como bien conocemos, el proceso judicial es un instrumento a través del cual los justiciables, ejercitando su derecho a la acción, dan origen a una sucesión de actos en los que las partes en contradicción alegan los hechos y producen la prueba de tales alegaciones para que el órgano jurisdiccional pueda dictar una sentencia pronta, acertada y justa.

Dicho conjunto ordenado y orgánico de actos no es inmediato, pues necesita de un cierto tiempo (más o menos largo, según sea el caso) para poder dictar una sentencia que respete todas las garantías jurisdiccionales; con lo cual el factor tiempo, es un elemento que puede jugar en contra de aquella parte que decide acudir a los órganos jurisdiccionales para obtener la satisfacción de su pretensión, pues se deja abierta la posibilidad de que el demandado adopte conductas o realice actos aislados que impidan o dificulten gravemente la efectividad de la sentencia.

2. Situación actual del Poder Judicial

Uno de los problemas más delicados a los que se enfrenta el mundo jurídico en general y nuestra sociedad peruana en particular es, indudablemente, la profunda crisis en que está sumergido el sistema judicial vigente, principalmente en el ámbito práctico jurídico, siendo algunas manifestaciones evidentes de ello: la lentitud y onerosidad de los procesos judiciales, el retardo "enfermizo" en que los conflictos jurídicos llegan a ser resueltos por la autoridad, la corrupción como valor para cierta clase de funcionarios y litigantes, la falta de ingresos que garanticen su real independencia del Poder Ejecutivo, la realización de una verdadera reforma y modernización integrales, entre otras.

Desde la (casi) legendaria delegación de la administración

de justicia de los particulares al Estado, éstos han pretendido siempre obtener una justicia activa, no sólo en el equilibrio del decisorio sino también en su celeridad. En vez de avanzar en dicha búsqueda hemos retrocedido, al punto de llegar al absurdo de tener que explicarle a quien necesita "justicia inmediata" que, con mucha suerte, tendrá "justicia aleatoria" pues la efectividad, la prontitud, la celeridad y la eficacia son valores ajenos a nuestro ordenamiento y práctica judiciales.

Como reacción a dicho estado de entumecimiento permanente en el que nos vemos inmersos (al parecer desde siempre) los justiciables reclaman la creación de mecanismos rápidos y eficaces para la real solución de sus conflictos intersubjetivos mediante los cuales se logre la garantía del derecho de todos los ciudadanos a una tutela jurisdiccional efectiva y la satisfacción de las prestaciones jurisdiccionales en tiempo razonable.

3. La insuficiencia de las medidas cautelares

La tutela cautelar aparece configurada como una tutela mediata frente al derecho sustancial toda vez que su función es asegurar el eficaz cumplimiento de la sentencia que en algún momento se dictará y que, acabado el proceso, permita que ésta pueda ser efectivamente ejecutada por la parte vencedora. Dicha noción permite hacer una primera distinción entre la naturaleza de la tutela preventiva y la medida cautelar, las cuales se encuentran en una relación de género a especie pues, si bien ambas tienden a conjurar la producción de un daño, la primera deriva exclusivamente de la conducta extrajudicial (actual o probable) del demandado -así ocurre en los procesos que tienen como objeto pretensiones meramente declarativas o de condena a una prestación futura -, en tanto que la segunda de ellas emerge del retraso con que viene acompañada la tutela judicial definitiva. Podemos concluir que el proceso preventivo tiene necesariamente un fin en sí mismo y el cautelar, en cambio, carece de él en tanto se halla ineludiblemente subordinado a la existencia de otro proceso distinto.

4. La eficacia en el proceso y la denominada "tutela diferenciada"

Mediante esta definición se pretende introducir una nueva concepción del proceso judicial sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y efectividad procesales; en virtud del cual se habla de una tutela diferenciada comprensiva de los procesos y medidas especiales para satisfacer las pretensiones urgentes que permite hacer realidad el derecho constitucional a la "tutela judicial efectiva".

⁽³⁾ "Por lo tanto el proceso es el medio adecuado que tiene el Estado para resolver el conflicto reglado por el derecho procesal, que establece el orden de los actos (procedimiento), para una correcta (legal) prestación de la actividad jurisdiccional. (...)

El proceso como conjunto de actos regulados mediante el procedimiento, que liga a los referidos tres sujetos, constituye un haz de situaciones (o relaciones jurídicas) en el que se dan diversos derechos, deberes, poderes, obligaciones o cargas".

En: VESCOVI, Enrique. "Teoría general del proceso". Editorial Themis S.A., Santa Fe de Bogotá. Segunda edición, 1999. Pags. 80-81.

*"Precisamente una nueva concepción del proceso, sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y de efectividad, determinó la necesidad de aumentar las provisiones tradicionales de la tutela ordinaria así como de sus manifestaciones clásicas. Cuando se empieza a apreciar el proceso desde la perspectiva de su compromiso con hacer efectivos los distintos derechos materiales que, como ya se expresó, habían desarrollado otras manifestaciones que exigían fórmulas procesales más expeditivas, es cuando aparece la llamada tutela jurisdiccional diferenciada."*⁴

El moderno derecho procesal propone instrumentos legales tendientes al logro de la eficacia del proceso, que tienen como propósito aliviar situaciones injustas. Se propone, pues nuevos procesos más eficaces en los cuales se permita el dictado de resoluciones oportunas frente a determinadas situaciones. Este tipo de solución implica obviamente ensalzar la figura del juez y potenciar sus facultades, para que los ejercite preventivamente cuando estén en juego ciertos intereses que requieren una tutela rápida pues, de lo contrario, éstos se frustrarían inevitablemente. Se trata de una tutela procesal diferenciada, que demanda tratamientos más flexibles, funcionales y, sobre todo, más dinámicos.

La tutela jurisdiccional diferenciada comprende los denominados procesos urgentes y los institutos que se refieren a los llamados derechos de la tercera generación que cumplen una importante función en el proceso esto es la satisfacción del objeto pero en un momento tradicionalmente no previsto.

De esta manera, se plantea en un enfoque especial la incidencia del factor tiempo en la vida del proceso. Así, se advierte que frente a pretensiones de urgencia acreditada cuya no satisfacción en tiempo oportuno importaría denegación de justicia, debe proveerse una decisión oportuna por parte de la jurisdicción; es decir, que ciertas peticiones realmente urgentes requieren soluciones también urgentes.

Sobre el particular Juan Monroy Palacios señala que la tutela diferenciada contemporánea surge como un novedoso mecanismo para enfrentar el auge y desarrollo de los nuevos derechos (regularmente impersonales, extrapatrimoniales e infungibles), que empiezan a marcar el nuevo rumbo del Derecho⁵.

De esta manera, la tutela diferenciada se manifiesta como la posibilidad de brindarle a los justiciables mecanismos que les permitan acceder a una tutela jurisdiccional realmente efectiva:

"El derecho a la tutela jurisdiccional diferenciada debe reconocerse esencialmente como un derecho de los justiciables hacia el Estado. En un primer momento, es un derecho hacia los legisladores de modo que estos adopten y prevean los mecanismos legales adecuados para brindar una tutela efectiva. Esto implica que el legislador debe establecer claramente para cada tipo de derechos qué tipo de eficacia es inherente, en qué oportunidad debe actuarse dicha tutela y cuál

debe ser el contenido de la misma, y, por supuesto, deben establecer las técnicas de aceleración del proceso que sean adecuadas para cada caso.

(...)

*En un segundo momento, el derecho a la tutela diferenciada es un derecho de los justiciables frente a los jueces. Los justiciables tiene el derecho no sólo a que existan diferentes tipos de tutela y a elegir la tutela que consideren más efectiva de ser el caso, sino a que los jueces den, obligatoriamente, una tramitación adecuada a las pretensiones que se presentan ante ellos; además, tienen derecho a que los jueces den el cauce que ameriten a los derechos violados o amenazados, haciendo uso de los distintos mecanismos de sumarización"*⁶.

III. Los procesos urgentes

1. Surgimiento de la doctrina de los procesos urgentes

En la línea de lo antes expuesto, tomando como fundamento la necesidad de dar una respuesta adecuada y eficaz a los novedosos requerimientos perentorios de los justiciables, en los que la violación a los derechos o el riesgo de su frustración resulta evidente, se ha ido desarrollando la teoría de los "procesos urgentes" al amparo del sistema cautelar, del cual hoy pretenden diferenciarse para adquirir una fisonomía propia. Sobre el particular es conveniente citar lo que el maestro Piero Calamandrei ya vislumbraba:

"Constituyen este tercer grupo las providencias mediante las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables.

(...)

*La relación de instrumentalidad que, en los casos ahora reseñados, vincula la providencia provisoria a la principal, es profundamente diversa de la examinada en los dos grupos precedentes (...); mientras en éstos la providencia cautelar no regula el mérito de la relación sustancial controvertida, limitándose a aprontar medios para facilitar la formación o la ejecución forzada de la futura decisión de mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario"*⁷.

Ante la constatación del penoso, oneroso y sacrificado tránsito del justiciable para satisfacer sus pretensiones y necesidades (imperiosas e imposterables, las muchas de las veces) a través del duro y largo trayecto del proceso judicial; surge la tutela de urgencia para asegurar la tutela efectiva en la oportunidad adecuada; conduciéndonos así a la búsqueda de nuevas y diversificadas técnicas adaptadas a las características y exigencias particulares de ciertas situaciones para las cuales el proceso de cognición común resulta, estructural y funcionalmente, inadecuado.

La nota característica de este tipo de tutela especial es la

⁴ MONROY PALACIOS, Juan José. "La tutela procesal de los derechos". Palestra Editores, Lima. 2004. Pag. 43.

⁵ Ibid. Pag. 47.

⁶ ZELAVILLEGAS, Aldo. "Tutela diferenciada y tutela inhibitoria: Nociones introductorias". Artículo publicado en Internet en la siguiente dirección electrónica: www.aedp.com.pe.



prevalencia que se asigna al principio de celeridad, en virtud del cual se permite reducir la cognición del proceso judicial y postergar la bilateralidad del mismo en función a los fines de asegurar una verdadera tutela eficaz⁸.

2. Concepto

Como bien lo señaláramos en la parte introductoria, el primer intento (doctrinal primero, luego legislativo) por hacer que la tutela jurisdiccional sea realmente efectiva, fue la aparición de las medidas cautelares; sin embargo la teoría cautelar no ha podido dar respuesta adecuada a ciertos requerimientos de los justiciables que claman por soluciones inmediatas y en tiempo razonable a situaciones que, por su propia naturaleza, no admiten demora alguna⁹.

En respuesta a dicha situación se postula al proceso urgente como una especie más amplia que el proceso cautelar, caracterizada por la necesidad de proporcionar respuestas jurisdiccionales prontas y expeditas a determinadas situaciones cuya solución no admite demoras.

Tal es el caso de aquella persona que, habiendo perdido su brazo derecho en un accidente, al reclamar judicialmente que el responsable cumpla con cubrir los gastos de la prótesis respectiva tiene que esperar a que el proceso judicial termine para lograr cubrir dicha necesidad vital que le impide trabajar; o el caso de aquel acreedor que, pese a que el deudor en el proceso ejecutivo iniciado por el primero no ha formulado contradicción alguna, tiene que esperar a que se emita sentencia y que ésta quede consentida para obtener el pago de la suma adeudada. Dicha constatación permite a la doctrina procesal contemporánea hablar de la necesidad de concebir una suerte de "tutela judicial urgente", partiendo de la idea de que lo urgente es distinto y más amplio que lo cautelar¹⁰.

Cabe señalar, asimismo, que la urgencia a la que se refiere esta figura viene dada por la especial naturaleza y/o circunstancia o situación en la que se encuentra el derecho de un justiciable, ante la necesidad de que sea el órgano jurisdiccional quien lo declare y lo haga cumplir

en el más breve plazo posible. En ese sentido, la tutela de urgencia no guarda relación con la vía procedimental de un proceso judicial cualquiera (proceso de conocimiento, sumario o ejecutivo), pues podría estar presente, perfectamente, en cualquiera de los mismos dependiendo de la situación particular de la parte.

Ahora bien, siguiendo la postura de Rolando A. Martel Chang¹¹ sobre el particular, el proceso urgente, en sentido amplio, puede obtenerse:

- En forma provisoria, siendo necesario que se tramite otro proceso principal al cual se encontrará subordinado. Es el caso de la clásica medida cautelar y de la tutela anticipatoria.
- En forma definitiva, que se agota en sí mismo, no requiriendo otro proceso al cual subordinarse. Es el caso de la medida autosatisfactiva. A su vez, la forma definitiva se puede alcanzar a través de:
 - Una resolución dictada con bilateralidad previa, donde la parte emplazada ejerce su derecho de defensa antes de que el órgano jurisdiccional emita su decisión definitiva
 - Una resolución dictada sin bilateralidad previa, donde se desplaza transitoriamente la posibilidad del ejercicio del derecho de defensa por parte de la persona emplazada para después de la decisión del órgano jurisdiccional.

3. Clasificación

Doctrinalmente existe consenso en que dicho tipo de proceso abarca las siguientes manifestaciones: las medidas cautelares, los procedimientos de anticipación de la tutela (tutela anticipada o tutela anticipatoria) y las medidas autosatisfactivas.

- a) Las medidas cautelares, las cuales no constituyen un fin en sí mismas al estar vinculadas necesariamente a la expedición de una ulterior providencia definitiva y al resultado práctico que aseguran preventivamente; en ese sentido, más que a hacer justicia contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de la misma. Más que pensada en el justiciable está pensada a favor del

⁸CAJAMANDREI, Piero. "Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares". Librería El Foro, Buenos Aires. S/e, 1996. Pags. 58-59.

⁹Cuando nos referimos a abordar el tema de lo urgente en el plano procesal, estamos aludiendo a la necesidad de otorgarle protección a situaciones que no soportan el tratamiento brindado por la tutela ordinaria. Sin embargo, nos parece imprescindible aclarar desde ya que el propósito de la tutela de urgencia no es en ningún caso constituirse en un reemplazo de la tutela ordinaria o clásica. Al contrario, si fuese necesario establecer una relación entre ambas, tendríamos que decir que la tutela de urgencia complementa a la tutela clásica. Y esto es así porque puestos a cotejar sus finalidades, encontramos que se trata exactamente de lo mismos: proveer al justiciable de una tutela jurisdiccional efectiva".

En: MONROY PALACIOS, Juan José. Op cit. Pág. 60.

¹⁰Tradicionalmente, los "procesos urgentes" se referían sólo a las medidas cautelares dictadas dentro y en virtud de un proceso judicial previo, sin embargo, dicho tipo de tutela no se agota en las medidas cautelares toda vez que, dada su naturaleza lo "urgente" está presente en ciertas pretensiones que recaen directamente sobre aspectos sustanciales o de fondo.

¹¹Un ejemplo puede ayudar a comprender la importancia de la tutela de urgencia. Pedro propietario de un predio- interpone demanda de desalojo contra José a efectos de recuperar la posesión de su casa que arrendó al primero por un plazo ya vencido. Toda la construcción clásica de la dogmática procesal enseña que Pedro y José se encuentran en igualdad de condiciones y posibilidades en el proceso descrito. Sin embargo, más allá de la identidad de los plazos para ejercer los mismos derechos y otros aspectos similares, un análisis medianamente riguroso muestra una estructura de perjuicios desequilibrada. En efecto, el tiempo del proceso (...) se convierte irremediabilmente en una carga que es soportada de manera desigual. Mientras el demandante a pesar de la contundencia de su mejor derecho a poseer- debe esperar la conclusión del proceso para acceder a la posesión discutida; el demandado contra lo que se espera de su posesión jurídica precaria- se va a mantener en la posesión del predio durante todo el curso del proceso. Esta es una situación que debe ser enfrentada por la doctrina procesal dado que, de no hacerlo, la tutela jurisdiccional efectiva sería letra muerta."

En: Ibid. Pags. 61-62.

¹²MARTEL CHANG, Rolando A. "Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil". Palestra Editores, Lima. 2003. Pág. 83.

sistema judicial.

- b) La medida autosatisfactiva, concebida como el requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento.
- c) La tutela anticipada o anticipatoria, ideada como aquel mecanismo que apunta a la satisfacción inmediata, total o parcial, de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable.

Algunos agregan a dicha lista las garantías constitucionales (procesos de amparo, habeas data y habeas corpus).

a. Medidas cautelares

Mediante este tipo de providencias se busca asegurar el resultado práctico del proceso principal o de fondo, la eficacia de la futura sentencia a emitirse así como la posibilidad de su ejecutoriedad. En ese sentido, lo cautelar no se agota con la función asegurativa de la sentencia definitiva (garantizando su eficacia ejecutiva), sino que comprende una función de anticipación provisoria del derecho discutido, para evitar daños irreparables por el transcurso del tiempo (función preventiva).

Aunque exista identidad sustancial entre la materia de la pretensión cautelar y de la pretensión de fondo, no son jurídicamente idénticas toda vez que sus efectos difieren entre sí: la resolución cautelar es provisional, no llega a pronunciarse en forma definitiva sobre el derecho de fondo objeto del litigio principal; en cambio, la sentencia, al pronunciarse sobre el fondo de la cuestión debatida, declara el derecho en forma definitiva adquiriendo la cosa juzgada formal o material según los casos.

Las particularidades distintivas de las medidas cautelares son: no constituyen un fin en sí mismas sino que son el medio o la herramienta para asegurar el resultado útil de una sentencia final; se dictan *"inaudita et altera pars"* (vale decir, sin oír previamente a la contraparte); son provisorias (pueden ser revocadas, dejadas sin efecto, modificadas); y son accesorias (dependen de un proceso principal y, si fueron

interpuestas en forma autónoma y previa al proceso principal, dentro del plazo legal correspondiente deberá interponerse la demanda respectiva)¹²

Los presupuestos o condiciones para la obtención de una medida cautelar son: la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contracautela.

Ahora bien, la falta de efectividad de las medidas cautelares y su disfunción se ponen de manifiesto cuando los justiciables se ven obligados a instaurar procesos principales para solicitar en los mismos pedidos cautelares cuya sustancia es, en realidad, lo único que les interesa. Es obvio, pues, que dichos procesos principales instaurados, o son liminarmente abandonados o se impulsan al sólo efecto de evitar la pérdida, caducidad o cancelación de la medida cautelar obtenida. Dicha situación ha podido verificarse en los últimos años en nuestra realidad judicial peruana.

b. Medidas autosatisfactivas

La otra especie de tutela urgente la constituyen las medidas autosatisfactivas, las cuales son aquellas medidas autónomas (no ligadas a un proceso principal) que dan solución a cuestiones urgentes y que se agotan en sí mismas una vez satisfecho lo solicitado por el justiciable. Este tipo de medidas son también denominadas por la doctrina como: Proceso urgente no cautelar (Andorno), medida cautelar material (De Lázari, Morello), tutela civil inhibitoria (Lorenzetti), tutela inhibitoria (Nicolau), cautelar autónoma (Agustín) o cautela satisfactiva.

La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable *"in extremis"*, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal, sino que se agotan en sí mismas.

"Definimos a las denominadas medidas autosatisfactivas siguiendo a Peyrano y el texto de las conclusiones del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Corrientes durante el mes de agosto de 1997 diciendo que son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables "inaudita et altera pars" y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Las mismas importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de los postulantes, motivo por el cual se sostiene que son autónomas, no dependiendo su vigencia y mantenimiento de

¹² Siguiendo la línea de lo expuesto por el propio Martel Chang, la doctrina coincide y destaca como aspectos saltantes de las medidas cautelares, las siguientes:

"Se ordenan sin oír previamente a la parte contraria ("inaudita et altera pars"). El Juez toma su decisión en base a los hechos que afirma el solicitante y a las pruebas que para acreditarlos aporta con su petición. Por tal razón, y con la finalidad de preservar la igualdad de las partes litigantes, se exige que el peticionante ofrezca y otorgue una contracautela para garantizar el pago de los daños y perjuicios que pudiese causar a su contraria por haber obtenido la medida abusando o excediéndose del derecho que la ley le otorga. Las medidas cautelares pueden obtenerse fuera de proceso o dentro de él. Si fueron ordenadas y hechas efectivas antes del proceso principal y se trata de obligaciones exigibles, la demanda debe interponerse dentro del plazo de diez días a contar desde su ejecución, pues en caso contrario se produce la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares.

-Son provisionales. La medida obtenida puede ser modificada o dejada sin efecto en cualquier momento del proceso si cambian las circunstancias que se tuvieron en cuenta al decretarla. A la inversa, la denegatoria no impide que sea concedida posteriormente si varían los hechos o se completan los requisitos para su procedencia. Para reiterarla o requerir su modificación o cesación debe justificarse que ha variado la situación de hecho existente en el momento en que fue denegada o dispuesta, pero el pedido no puede fundarse en el error inicial de la decisión pues en tal caso el peticionario debió recurrirla en el momento oportuno; y, Son accesorias. Porque no tienen un fin en sí misma, sino que son procesos sirvientes del proceso principal. De ahí que se sostiene que son instrumentos del instrumento"

En: Ibid. Pags. 86-87.

la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal. Se ha señalado asimismo, que las mismas pueden llegar a desempeñar un rol trascendental para remover "vías de hecho" sin tener que recurrir a la postulación de medidas precautorias que ineludiblemente requieren la iniciación de una pretensión principal que, en algunos casos, no desean ni necesitan promover los justiciables"¹³.

Sobre el particular, Peyrano señala lo siguiente:

"Peyrano indica que la medida autosatisfactiva es un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento.

Las medidas autosatisfactivas son verdaderos procesos principales y urgentes que resuelven de modo definitivo conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas, no siendo por tanto provisionarias ni accesorias de otro proceso"¹⁴.

"Es un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento"¹⁵.

Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: i) concurrencia de una situación de urgencia a ser determinado por el juez de manera específica al caso concreto, ii) fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible, y iii) quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial.

Al igual que una medida cautelar la medida autosatisfactiva se tramita "inaudita et altera pars", esto es, sin escuchar a la contraparte del proceso o bien previa audiencia en donde se limita sólo a oírlo.

Cabe precisar que dichas medidas, por su propia naturaleza y las consecuencias que puede acarrear su uso indiscriminado, sólo pueden otorgarse excepcionalmente, cuando no sea aplicable la tramitación de otro proceso, o cuando su tramitación pueda ocasionar un daño grave e irreversible.

"Las medidas autosatisfactivas dispensan a través de un proceso urgente una satisfacción o efectividad inmediata y definitiva, que agota y consume la litis, a través de un pronunciamiento en el mérito de la pretensión, cuyos efectos devienen de hecho irreversibles y, por ello, tornan innecesaria la continuación del proceso y abstractas las cuestiones que integraron la pretensión"¹⁶.

c. Tutela anticipada

Por otro lado, la denominada la tutela anticipada es una tutela diferenciada de urgencia que, fundamentada en una cognición sumaria y en el cumplimiento estricto de los requisitos para su procedencia, pretende la satisfacción de manera anticipada de la pretensión del justiciable mediante la expedición de un auto en el

proceso principal en virtud del cual se le otorga a la parte legitimada una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura a expedirse en el proceso judicial del cual es parte.

La resolución obtenida en vez de garantizar la futura realización de un derecho (característica propia de la medida cautelar), lo realiza de manera inmediata antes de la culminación y firmeza de la sentencia. Este tipo de medidas no generan un proceso accesorio o instrumental del principal, sino que se postulan, conceden y ejecutan dentro del mismo, previo a la expedición de la futura sentencia.

Por la importancia de los efectos de este tipo de tutela urgente es que creemos conveniente, a continuación, analizar con más detenimiento dicha figura procesal.

IV. La tutela anticipada

1. Concepto de tutela anticipada

Al respecto, vale aclarar que dicha acción ha recibido doctrinariamente diferentes nombres, entre ellos: Anticipación de tutela (Morello), cautela material (Berizonce), sentencias anticipatorias (Rivas), tutela inhibitoria (Lorenzetti), anticipo de jurisdicción, tutela no exhaustiva (Venezuela), tutela interinal, tutela anticipatoria y sentencia anticipada¹⁷.

Cuando el derecho es "manifiesto" y la amenaza de frustración es "inminente y cierta", pueden anticiparse total o parcialmente los efectos ejecutivos de la pretensión principal, atribuyendo al actor en forma provisoria el íntegro o parte de la pretensión procesal que reclama, permitiendo y asegurando de ese modo la "utilidad" de la futura y eventual resolución definitiva, la que, sin esta atribución anticipada, se tornaría inútil y vacía por declaración tardía.

Sobre el particular, es preciso citar lo señalado por la maestra peruana Eugenia Ariano Deho:

"Anticipar según el diccionario de la Lengua Española es "Hacer que ocurra o tenga efecto una cosa antes del tiempo regular o señalado". Por ello, cuando se habla de "tutela anticipada", se está usando la expresión para referirse a las posibilidades de la emisión de una resolución judicial, cuyo contenido y efectos, anticipa en todo o en parte aquel que deberá (o podrá tener) la resolución judicial a dictarse en el momento regular, o sea la sentencia que pone fin a un regular proceso de conocimiento. En esos términos se expresaba Crisanto Mandrioli, en su clásico estudio de 1964 al señalar que: "Si anticipar quiere decir, en primer lugar, "llegar primero", la técnica de la anticipación referida a una resolución, significa técnica del hacer llegar (es decir hacer pronunciar) una resolución antes de otra resolución (...) la resolución normal y necesaria es aquella que define el juicio de primer grado, es decir, normalmente, la sentencia, y

¹³DE LOSSANTOS, Mabel. "Medida autosatisfactiva y medida cautelar". En: Revista de Derecho Procesal. Rubinzal: Cunzoni Editores, Buenos Aires. S/e. 1999. Pag. 35.

¹⁴MARTEL CHANG, Roancho A. Op cit. Pag. 90.

¹⁵PEYRANO, Jorge W. "Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas". L.L. del '6-2-98).

¹⁶BERIZONCE, Roberto Omar. "La tutela anticipatoria en la Argentina", en GREIF, Jaime "Medidas cautelares", p. 459

¹⁷Un sector de la doctrina (Carbone) los denomina también "despachos interinos de fondo" para diferenciarlos de la sentencia de mérito que se pronuncia sobre la pretensión de fondo.

solamente ésta, puede ser la resolución anticipada, o sea la resolución respecto de la cual se presenta el fenómeno de la anticipación en sentido propio¹⁸.

Dicha figura parte de la constatación práctica de que no toda resolución jurisdiccional requiere de un conocimiento pleno para poder otorgar lo que se pide. La cosa juzgada provisional y la cosa juzgada formal tienen igualmente un valor útil al proceso, no siendo siempre indispensable que únicamente pueda resolverse y atribuirse un derecho cuando el efecto de tal resolución sea la cosa juzgada material.

Por nuestro lado, coincidimos con la mayoría de la doctrina en conceptuar que la medida anticipada es aquella que persigue la satisfacción inmediata, total o parcial, de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable. Esta definición responde al hecho de que no siempre el litigante puede esperar hasta que termine un proceso judicial y se produzca la ejecución de la sentencia final, para recibir la tutela que necesita, situación que cada vez resulta más recurrente en la práctica¹⁹.

Este tipo de medida no sólo busca proteger el derecho de la parte procesal sino también, y en segunda instancia, el del propio sistema judicial:

“Es que con esa conducta se afecta no sólo el interés privado del actor, sino, fundamentalmente, el interés público de la administración de justicia, que se ve lesionado por la utilización del proceso para fines que no son aquellos respecto de los cuales debe servir. Aquí es cuando surge como respuesta inevitable lo que la doctrina llama el fenómeno de la “tutela anticipada” que, entre otros mecanismos, se nutre de las “sentencias anticipadas”²⁰.”

Esta medida otorga preponderancia a la actividad del juez quien ha de analizar adecuadamente, en primer lugar, la naturaleza de la relación sustancial en virtud de la cual es solicitada la medida anticipatoria, apreciar la gravedad y la inminencia del peligro de su violación, la realidad del daño que la negativa de la medida podría producir a la parte, apreciar si la tutela normativa originaria y las medidas conservatorias típicas previstas en la ley se demuestran insuficientes e inadecuadas para prevenir el daño, y todas las demás circunstancias que le llevan a la convicción de que la medida anticipatoria de los efectos de la decisión de mérito es

necesaria y urgente para prevenir el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión.

2. Requisitos de procedencia

Ahora bien, doctrinalmente se establece como presupuestos o requisitos para la procedencia de este tipo de medidas los siguientes:

- a. Prueba inequívoca de la atendibilidad y necesidad del justiciable, lo cual implica una fuerte probabilidad de que la posición de la parte (pretensión) sea la jurídicamente correcta. A diferencia de las medidas cautelares, no requiere sólo un grado de apariencia (verosimilitud del derecho o *“fomus bonis iuris”*), ni tampoco el grado de certeza de la sentencia definitiva, sino un estado de conocimiento intermedio que se ha dado en llamar *“certeza provisional”*²¹.
- b. La concurrencia de una suerte de *plus* del justiciable sobre el peligro en la demora corriente en las medidas cautelares. Se exige, pues, la existencia de una situación conexas que aqueje al justiciable, la verificación de un riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación o la circunstancia de que resulte ser víctima de un abuso de derecho de defensa por parte de la contraria. En otras palabras, la probabilidad de una eventual ineficacia de la futura sentencia final a dictarse²².
- c. Prestación de contracautela, a discrecionalidad del juez en virtud al eventual perjuicio que pudiera ocasionar su ejecución provisoria.

3. Características principales

Los caracteres más importantes de este tipo de medida son los siguientes:

- El auto que la ordena es temporal y provisional y tiende a impedir la lesión del interés del demandante.
- Se dictan dentro del mismo proceso principal, pero no son instrumentales ni accesorias, sino interinales, pues existe una correlación

¹⁸ARIANO DEHO, Eugenia. *“Algunas reflexiones sobre la denominada tutela anticipatoria y sobre las medidas de satisfacción inmediata”*. En: Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal. Asociación Cívica. Taller de Derecho, Lima. Año 2002, Nº 2. Pag. 8

¹⁹Cabe señalar que el surgimiento de este tipo de medidas se da en virtud de los denominados *“casos evidentes”*, entendiéndose como tales a aquellos en los que el grado de convicción emergente de los hechos constitutivos, y fundamentalmente de la prueba aportada, es tal que genera en el juzgador una evidencia y convicción suficiente de la pretensión del actor, la misma que también puede verificarse ante la presencia de una falta de contestación seria, maniobras de orden malicioso o temerario por parte del contractor de la acción interpuesta o de una contestación incompleta (sólo se cuestiona parte de la pretensión mientras se acepta, tácita o expresamente, el resto).

²⁰MARTEL CHANG, Rolando A. Op cit. Pag. 89.

²¹*“Las técnicas de anticipación, a diferencia de la de cognición plena, se sustentan en un conocimiento fragmentario o superficial que privilegia el objeto de brindar tutelas urgentes. Es bastante que se verifique una “fuerte probabilidad” del derecho para que se anticipe la tutela pretendida, a través de una providencia puramente interina aunque suficiente para componer de momento, temporalmente y de modo sólo provisional, la litis”*.

En: BERIZONCE, Roberto O. *“La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar y anticipatoria”*. En: Revista de Derecho Procesal. Rubinzal Cuzconi Editores, Buenos Aires. S/e, 1999. Pag. 163.

²²*“Ambas resoluciones “anticipantes” tienen, pues, en común el que se dictan en atención a la alta dosis de probabilidad de la existencia del derecho (de crédito), lo que hace que se emane la resolución de condena, sin que se requiera, en modo alguno la existencia de un periculum in mora, por lo cual, de ninguna manera pueden considerarse que cumplan una función cautelar respecto del derecho en juego en el proceso de cognición”*.

En: ARIANO DEHO, Eugenia. Op cit Pag. 8.



necesaria entre éstas y la pretensión principal.

- Son provisorias, en tanto serán confirmadas, modificadas o dejadas sin efecto por la sentencia de fondo a dictarse en el proceso en el cual son ejecutadas.
- Satisfacen, total o parcialmente, el derecho objeto de la pretensión, en forma anticipada al dictado de la sentencia definitiva.
- Son inmutables, pues al existir una absoluta identidad entre la tutela pasible de anticipación y el pedido efectuado por el actor, por aplicación del principio de congruencia que vincula necesariamente el contenido del pedido y la sentencia, hace que no proceda su reemplazo por una tutela diferente a la pedida, lo cual implica que no rige a su respecto la condición de medidas mutables o flexibles, como es el caso de las medidas cautelares.
- Requieren que la *litis* se encuentre trabada y que haya vencido el plazo para contestar, pues constituye un requisito para ser concedidas que, por lo menos, la otra parte haya tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa. En ese sentido, se dictan "*in audita pars*".
- No es necesario que se sustancien, dependiendo de las circunstancias de cada caso.
- Sólo pueden dictarse en relación a sentencias que permitan la revisión de la medida, generalmente de condena, no en sentencias constitutivas o declarativas de efectos irreversibles (divorcio, filiación, inscripción de nacimiento).
- Este tipo de medidas constituye cosa juzgada provisional, la misma que tendrá estabilidad hasta la sentencia final.

4. Diferencia con las medidas cautelares

Como hemos podido apreciar, la tutela anticipada posee caracteres comunes con las medidas cautelares típicas, a saber:

- Ambas son instrumentos para la efectividad del proceso: La medida cautelar sirve para asegurar la idoneidad del proceso, mientras que la tutela anticipada sirve para asegurar la pretensión del justiciable.
- No producen efecto de cosa juzgada material ya que son dictadas mediante una cognición necesariamente sumaria. Sólo brinda una cosa juzgada provisional.
- No causan instancia ya que permite su reversibilidad en la sentencia de fondo.
- Son de ejecutabilidad inmediata.

Sin embargo, frente a las medidas cautelares ofrecen claras diferencias que justifican su tratamiento independiente:

- Son instrumentales de un proceso principal, la resolución anticipatoria depende de un proceso principal, pero no en función accesoria sino interinal.
- La medida cautelar se dicta "*inaudita et altera pars*", la interinal exige, por el contrario, oír a la parte contraria o, por lo menos, darle la posibilidad de contradecir.
- En cuanto a su finalidad, mientras la cautelar tiende a asegurar los efectos ejecutivos de la sentencia principal, la interinal anticipa en forma directa los efectos ejecutivos de la sentencia de fondo.
- El otorgamiento de la medida cautelar sólo exige acreditar una apariencia de buen derecho, en cambio en la medida anticipatoria se exige una certeza provisorio.
- En las medidas cautelares el requisito del peligro en la demora, está referido al iter procesal del proceso principal y su efecto sobre la ejecutividad efectiva de la sentencia a dictarse en él. En la tutela anticipada, el peligro está referido directamente a la frustración del derecho por su insatisfacción oportuna²³.

5. Diferencia con las medidas autosatisfactivas

Así como en el caso de las medidas cautelares, frente a las autosatisfactivas, la figura procesal bajo comentario presenta las siguientes diferencias.

- Las medidas autosatisfactivas no presuponen ningún proceso principal futuro, siendo en consecuencia un proceso autónomo.
- Su resolución satisface en forma definitiva la pretensión principal; en el anticipo de jurisdicción la satisfacción es provisorio.
- Se dictan "*inaudita et altera pars*", aunque admiten una sustanciación breve. En el caso de la tutela anticipada, ésta se dicta "*inaudita pars*".
- En general no se exige contracautela, pero se acepta que en cada caso concreto el juez valore su necesidad o conveniencia para prevenir futuros daños.
- Exigen, por sus efectos, un mayor grado de certeza en cuanto al derecho invocado, pues éste debe surgir "*evidente o manifiesto*" para el despacho de una medida autosatisfactiva.

²³La distinción entre medidas cautelares y providencias anticipatorias o materiales, es sabido, fue ya esclarecida por Calamandrei. A diferencia de aquéllas, que siempre son accesorias e instrumentales por su dependencia en relación a la finalidad de asegurar el resultado útil del proceso, estas últimas resultan independientes, configurando un propio y autónomo proceso preventivo que tiende a conjurar el daño proveniente de la prolongación infructuosa del estado de insatisfacción del derecho reclamado. Es que en las medidas anticipatorias, el peligro de la mora no consiste tanto en la dilación de la providencia de mérito, sino más bien en el peligro inminente de que ésta llegará tardíamente, cuando el daño infligido resulte irreparable. Es ello lo que justifica la urgencia de la medida y la anticipación provisorio del objeto mismo de la pretensión contenida en la demanda."

En: BERIZONCE, Roberto O. "La tipicidad..." Op cit. Pag. 164.

6. Su aplicación en la legislación comparada:

a. Derecho francés

El derecho francés, a partir del dictado del Decreto 907 art. 2° del 2 de setiembre de 1988-que añadió un nuevo párrafo al art. 102 del Código de Tribunales Administrativos-, introduce una innovación importante en materia cautelar, con lo que se consolida el ámbito de protección cautelar en el proceso contencioso-administrativo, a través del "*référé provision*" que permite imponer a la Administración medidas de contenido positivo. Cabe destacar también que el art. 3° del Decreto sólo permite suspender en apelación o en casación un auto que acuerde el "*référé-provision*" si de su ejecución pudieran derivarse "consecuencias difícilmente reparables" o si los motivos alegados en su contra parecen serios dado el estado de la instrucción, de modo que permitan suponer la desestimación de la demanda.

Existe otro procedimiento de reciente creación que se introdujo en 1992 denominado "petición de urgencia precontractual" mediante el cual se permite al juez suspender preventivamente la conclusión de un contrato público.

Cabe concluir, que las peticiones de urgencia, están caracterizadas por una gran flexibilidad en la instrucción, como consecuencia del carácter urgente del procedimiento.

b. Derecho italiano

El ordenamiento italiano consagró el "proveimiento" de urgencia en una norma específica, el art. 700 del C.P.C. Cabe señalar que las medidas a disponer por el magistrado no revisten carácter cautelar, pues al acordar una tutela anticipada lo hace porque luego de efectuar un juicio suficiente de probabilidades estima que existen razones suficientes como para conceder al momento de su solicitud, lo que debería ser admitido al final en la sentencia definitiva- pero que si se postergara, el derecho que demanda protección quedaría desconocido en grado irreparable.

La reforma introducida por la ley 353/90 prevé la admisibilidad de dos proveimientos específicos que actúan a modo de tutela anticipatoria. Ellos son: a) la ordenanza por el pago de suma no contestada (puede disponer el juez hasta el momento final de la fase instructoria, para ordenar el pago de sumas no contradichas); y b) la ordenanza de "*ingiunzione*" a favor del acreedor de una suma de dinero o cantidad determinada de cosa fungible cuando el crédito está fundado en títulos de particular valor, o si existe peligro de grave perjuicio en la demora. En ambos supuestos es necesario que el derecho consista en prueba escrita.

Cabe indicar que los procedimientos señalados han sido aplicados por la jurisprudencia italiana hasta en

materia contencioso administrativa, con relación a los actos de la administración, los "*guidizio di ottemperanza*".

c. Derecho brasileño

En este país, el art. 273 del C.P.C. (según reforma por ley 8952/94) prevé el instituto denominado "Anticipación de la Tutela", sin embargo es menester acotar que el artículo de referencia no está ubicado dentro de los procesos cautelares sino entre las disposiciones generales de los procesos de conocimiento lo que alerta acerca de que su naturaleza no es precautoria-, concluyéndose de ello que no es un procedimiento accesorio o instrumental de otro "principal", sino que dentro del mismo proceso principal se postula y obtiene resolución anticipatoria. Dicha resolución en vez de asegurar la futura realización de un derecho (lo que es propio de lo cautelar) realiza ya mismo el derecho material sometido a juicio y antes de que éste finalice.

El mencionado dispositivo establece que: "El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y exista fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; ii) esté caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito retardatorio (malicioso) del demandado (...)."

El justiciable debe prestar contracautela y si obtiene el dictado de la medida anticipatoria, ella se insertará dentro del proceso principal que seguirá su trámite, no representando una incidencia separada pues aquél seguirá su curso, y la sentencia de mérito revocará o confirmará la medida anticipatoria dictada.

d. Derecho argentino

La tutela anticipada fue plasmada en el art. 65 del proyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, elaborado por los doctores Morello, Arazi y Kaminker: "El juez podrá anticipar, luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si: i) existe convicción suficiente acerca del derecho invocado, ii) se advierta en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase en ese momento, se causaría un daño irreparable al peticionante, iii) se efectivice contracautela suficiente, iv) la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. La decisión no configurará prejuzgamiento".

En la legislación proyectada, la tutela anticipada sólo la puede decretar el juez luego de trabada la litis y previo una audiencia convocada con urgencia, para oír a las partes. He aquí dos diferencias con las medidas cautelares clásicas que, como es sabido, pueden



adoptarse antes de comenzar el litigio y sin oír a la contraparte.

Como se ha podido verificar, en la legislación comparada, desde hace algún tiempo ya, se ha venido introduciendo la institución de la tutela anticipada, inicialmente, de la mano de las medidas cautelares, específicamente de la denominada medida anticipada sobre el fondo o la medida temporal sobre el fondo, para luego independizarse de dicha institución cautelar y adquirir características propias como sucedió en el caso brasileño e italiano.

*"Con todo, resulta evidente, una tendencia a privilegiar en las más recientes reformas procesales la posibilidad de emisión de resoluciones dentro de un proceso de cognición, que anticipan total o parcialmente los efectos de la resolución final del proceso (la sentencia), resolución que es siempre provisional, basada en una cognición sumaria del hecho constitutivo del derecho (una cognición al estado de los autos), interina y como tal no idónea a adquirir estabilidad, por lo cual es siempre revocable, teniendo eficacia de título ejecutivo judicial, obviamente provisional."*²⁴

V. Tutela anticipada en el Derecho Procesal peruano

1. ¿Ha sido regulada esta figura en nuestra legislación nacional?

En sede nacional, el Código Procesal Civil de 1993 no se ha mostrado ajeno a esta figura doctrinal y ha recogido la figura de la "medida anticipada" y la "medida temporal sobre el fondo" como manifestaciones (incipientes, es cierto, pero por lo menos existentes) de la tutela anticipatoria:

"Artículo 618° del Código Procesal Civil: Medida anticipada.- Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.

A este efecto, si una medida se hubiere ejecutado sobre bienes perecibles o cuyo valor se deteriore por el transcurso del tiempo u otra causa, el Juez, a pedido de parte, puede ordenar su enajenación, previa citación a la contraria. La enajenación puede sujetarse a las estipulaciones que las partes acuerden. El dinero obtenido mantiene su función cautelar, pudiendo solicitarse su conversión a otra moneda si se acreditara su necesidad. La decisión sobre la enajenación o conversión es apelable sin efecto suspensivo."

"Artículo 674° del Código Procesal Civil: Medida temporal sobre el fondo.- Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta."

Mediante este tipo de medidas cautelares el legislador ha procurado brindar al juzgador la posibilidad de privilegiar el valor de eficacia dentro de un proceso

judicial, a través de la expedición de autos (si bien de naturaleza cautelar y provisional) que permitan, no sólo el aseguramiento de la sentencia a dictarse sino, además, evitar el perjuicio irreparable de las pretensiones de los justiciables en virtud del transcurso del tiempo. En otras palabras, el juez civil peruano podría (al menos en teoría) anticipar la tutela solicitada por el justiciable de manera que se le permita ejecutar anticipadamente la sentencia a dictarse en virtud de una necesidad apremiante que legitima que su pretensión sea ejecutada inmediatamente.

Si bien es cierto, dicha figura aún no cuenta en nuestro ordenamiento con una independencia frente a las medidas cautelares, pues al ser regulada dentro del Título IV referido al denominado "Proceso Cautelar" comparte todas sus características y se le exigen los mismos requisitos para su concesión, también es cierto que son mecanismos a los cuales tanto las partes como el propio juzgador pueden recurrir.

2. La medida anticipada

El artículo 618° del Código Procesal Civil introduce una institución procesal denominada "medida anticipada", siendo sus principales características las siguientes:

- Tiene como finalidad "asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia a dictarse", característica propia de las medidas cautelares, y además "evitar un perjuicio irreparable", objetivo perseguido como lo hemos analizado anteriormente- por la tutela anticipada.
- Dicha norma procesal es una cláusula general por lo que se aplicará a cualquier tipo de proceso y respecto de cualquier tipo de pretensión en la cual la anticipación de los efectos de la sentencia futura sea necesaria para evitar su desaparición o un perjuicio irreparable que lo haga innecesario.
- En tanto medida cautelar, para su concesión se requerirá que la solicitud correspondiente cuenta con verosimilitud del derecho, peligro en la demora y se ofrezca la correspondiente contracautela. Asimismo, en virtud a lo previsto en el artículo 617° del mismo cuerpo de leyes²⁵, dicha medida podrá variarse, por lo que no constituye cosa juzgada provisoria o provisionalidad por lo que la característica de inmutabilidad de la tutela anticipada desaparece.
- El que se regule en el segundo párrafo de la norma bajo comentario la enajenación de bienes perecibles para evitar su deterioro o pérdida final, no implica que sea el único supuesto en el cual pueda ser reclamada dicha "medida

²⁴En: ARIANO DEHO, Eugenia. Op cit. Pag. 9.

²⁵**Artículo 617° del Código Procesal Civil: Variación.-** A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial. La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte. Para resolver estas solicitudes, el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo."

anticipada”.

- Como quiera que para su concesión se requiere acreditar la existencia de un “perjuicio irreparable”, ello nos lleva a preguntarnos si dicha exigencia constituye realmente la verificación de un peligro en la demora para la emisión del fallo final (requisito propio de las medidas cautelares) o, por el contrario, la certificación de que es el mismo derecho el que desaparecerá si no se concede la misma. Creemos que se trata de esto último por lo que estamos ante lo que definiéramos anteriormente como un *plus* del peligro en la demora.

3. La medidas temporal sobre el fondo²⁶

El artículo 674° del Código Procesal Civil introduce una institución procesal denominada “medida temporal sobre el fondo”, siendo sus principales características las siguientes:

- Así como en el caso de la “medida anticipada” la consecuencia de su concesión es la ejecución anticipada de la sentencia futura.
- Permite el legislador que se ejecute ya sea el íntegro de la pretensión demandada o una parte de ella, característica propia de la tutela anticipatoria.

Si bien, no establece cuándo el juzgador optará por ejecutar el todo o una parte, éste deberá tener en consideración las particularidades propias del proceso judicial específico, tales como: el grado de convicción que surge de los hechos y fundamentalmente de la prueba aportada, la rebeldía del demandado, la verificación de una conducta maliciosa o temeraria del demandado o una contestación incompleta de la pretensión.

En ese sentido, la presente característica es concordante con la naturaleza de la tutela anticipada.

- El legislador ha introducido como un requisito para su concesión: La acreditación de un estado de necesidad impostergable. Esto último nos sugiere la siguiente pregunta: ¿Este supuesto

es lo mismo que la irreparabilidad del daño como en el caso de la “medida anticipada” del artículo 674° del Código Procesal Civil?

Sobre el particular, creemos que estamos frente a una relación de género a especie, en la cual la “medida anticipada” es el género y la “medida temporal sobre el fondo” es la especie. De esa manera podremos entender que cuando se refiere a necesidad impostergable hace mención a una determinada situación subjetiva del demandante que exige la ejecución anticipada de una sentencia pues de lo contrario su derecho se extinguiría o sufriría un daño irreparable.

- El otro supuesto para su concesión es la firmeza del fundamento de la demanda y la prueba aportada, lo cual nos remite a esa certeza provisoria que va más allá de la verosimilitud del derecho pero que no alcanza a la certeza definitiva de la sentencia final.

Sin embargo, al establecerse de manera disyuntiva que esta medida puede concederse por la necesidad impostergable “o” por la firmeza del fundamento, pareciera alejarse de la tutela anticipada pues, al parecer, bastaría cumplir con uno de estos supuestos para que se conceda la solicitud cautelar.

En ese sentido, es necesario analizar que dicha situación iría en contra de lo que hasta acá hemos definido y sustentado como requisitos para la concesión de una tutela anticipatoria, por lo que es necesario interpretar dicha norma en virtud de lo antes expuesto.

- Así como en el caso de la “medida anticipada” en tanto medida cautelar, para su concesión se requerirá que se cumplan con los demás requisitos para la concesión de una medida cautelar, además de compartir su carácter de mutabilidad y provisionalidad.

Finalmente, y sin constituir un listado taxativo de este tipo de medidas en los artículos 675° al 681° del Código Procesal Civil²⁷ se detallan algunas de las especies de este tipo de medida cautelar, tales como: La asignación

¹²⁶Piero Calamandrei, al referirse a este tipo de medidas, señala que: “(...) la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación del carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario” En: CALAMANDREI, Piero: Op.cit. Pag. 59.

²⁷¹ Artículo 675° del Código Procesal Civil: Asignación anticipada de alimentos. - En el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida cuando es requerida por el cónyuge o por los hijos menores con indubitabile relación familiar. El Juez señalará el monto de la asignación que el obligado ha de pagar por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva.”

“Artículo 676° del Código Procesal Civil: Asignación anticipada y sentencia desfavorable. - Si la sentencia es desfavorable al demandante, queda éste obligado a la devolución de la suma percibida y el interés legal, los que serán liquidados por el Secretario de Juzgado, si fuere necesario aplicándose lo dispuesto por el Artículo 567. La decisión del Juez podrá ser impugnada. La apelación se concede con efecto suspensivo.”

“Artículo 677° del Código Procesal Civil: Asuntos de familia e interés de menores. - Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella.

Si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el Juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 53.”

“Artículo 678° del Código Procesal Civil: Administración de bienes. - En los procesos sobre nombramiento y remoción de administradores de bienes, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final a efecto de evitar un perjuicio irreparable.”

“Artículo 679° del Código Procesal Civil: Desalojo. - En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitadamente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien.”

“Artículo 680° del Código Procesal Civil: Separación y divorcio. - En cualquier estado del proceso el Juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal.”

“Artículo 681° del Código Procesal Civil: Devolución de bien en el despojo. - En el interdicto de recobrar, procede la ejecución anticipada de la decisión final cuando el demandante acredite verosimilmente el despojo y su derecho a la restitución pretendida.”

anticipada de alimentos (art. 675°), asuntos de familia e interés de menores (art. 677°), administración de bienes (art. 678°), desalojo (art. 679°), entre otros.

Estamos pues, ante supuestos específicos de medidas temporales sobre el fondo a las que llamaremos "especiales" o "típicas", en tanto se ha privilegiado algunas de sus características en atención al tipo de proceso en el cual pueden ser solicitadas. Un ejemplo de ello, es el caso de la Asignación Anticipada de Alimentos prevista en el artículo 675° del referido cuerpo de leyes, mediante el cual en los procesos de prestación de alimentos, en atención a la naturaleza del derecho discutido en el proceso principal y ante el evidente peligro en la demora que podría generarse si se tiene que esperar a la etapa de ejecución de sentencia, se prevé la posibilidad de que esta prestación se otorgue anticipadamente.

En todo caso, queda claro que estas medidas temporales "especiales" previstas legalmente, responden a la propia naturaleza del proceso en el cual su solicitud es permitida; sin embargo, ello no significa que fuera de los mismos no puedan solicitarse otras medidas temporales sobre el fondo ello dependerá, en todo caso, de las condiciones y/o particularidades propias del caso en particular.

4. En la práctica judicial, ¿se aplica este tipo de tutela anticipada?

Como lo indicáramos en párrafos precedentes, si bien estas manifestaciones propias de la tutela anticipada han sido reguladas como medidas cautelares provisionales y dependientes de un proceso principal, en la práctica nuestra judicatura, de común, limita su aplicación únicamente para los supuestos previstos en los artículos del 675° al 681° del Código Procesal Civil, en el pretendido entendimiento que los mismos son sus únicas manifestaciones posibles en nuestro ordenamiento.

¿Qué le pasaría entonces a nuestro demandante que perdió el brazo en un accidente?, según el razonamiento judicial, tendría que esperar a que su proceso concluya y la sentencia tenga calidad de cosa juzgada para que el mismo pueda adquirir la prótesis que necesita para trabajar y con ello para sobrevivir. ¿De qué vivió entonces durante toda la duración del proceso judicial (probablemente varios años) que tuvo que iniciar muy a su pesar?, ¿acaso no es evidente que estamos ante una situación de necesidad impostergable, de urgencia en la anticipación de la sentencia futura?

El desconocimiento de los litigantes debido a la falta de una doctrina nacional que desarrolle a profundidad

estos temas, la propia formación (¿o deformación?) de los jueces, la ausencia de una Corte Suprema que se haya trazado como meta la formación de una verdadera jurisprudencia vinculante, entre otros; son algunas respuestas que podemos brindar a la actual parsimonia judicial frente a la aplicación de la tutela anticipada más allá de los supuestos anteriormente detallados.

VI. Conclusiones

La primera conclusión que se desprende inmediatamente de lo expuesto, hasta el momento, es la evidencia de una constante preocupación por la necesidad de una justicia temprana y oportuna, que satisfaga los angustiantes y, a veces, desesperados reclamos sociales, siendo éste el principal motivo del denodado esfuerzo realizado por la doctrina moderna para encontrar respuestas que se hagan cargo y, de algún modo, efectivicen el clamor popular, acentuando el tiempo que insume el proceso judicial actualmente.

En la actualidad se plantean necesidades extremas, propias del devenir de nuestra sociedad post moderna, motivo por el cual las garantías y derechos constitucionales (la tutela judicial efectiva, el debido proceso) debe contar con nuevos mecanismos procesales que le permitan tener vigencia, ante la constatación de que en la práctica la prolongada duración de los procesos judiciales no permiten la efectividad de las sentencias, situación que viola los principios procesales más básicos.

En este sentido, sería necesario propugnar el debate y estudio en sede nacional de la institución procesal de la "tutela de urgencia" en razón a que ésta privilegia el valor eficacia de la tutela jurisdiccional mediante una respuesta jurisdiccional rápida y expedita que impide que se torne ineficaz la pretensión del justiciable, en atención al caso concreto.

Dentro de las manifestaciones de la tutela urgente, la tutela anticipada se encuentra regulada en nuestra legislación nacional si bien como una medida cautelar (la "medida anticipada" y la "medida temporal sobre el fondo") por lo que es perfectamente posible que, durante un proceso judicial, se pueda anticipar los efectos de la futura sentencia a dictarse. Ahora bien, dichas medidas en la práctica vienen siendo concedidas de manera muy restrictiva por los jueces nacionales, por lo que es necesario una interpretación menos literal y más finalista de las normas procesales respectivas.

Si bien, la tutela anticipada guarda grandes coincidencias con las medidas cautelares, por su especial naturaleza y diferencias doctrinales, es necesario que su regulación a futuro sea realizada de manera independiente de aquéllas.