



Mesa redonda con Antonio Lorca<sup>(\*)</sup>,  
Andrea Proto<sup>(\*\*)</sup> y Camilo Zufelato<sup>(\*\*\*\*)</sup>

# ¿Existe la Panacea? Discusiones en torno a la **Tutela Diferenciada**<sup>(\*\*\*\*)</sup>

## *Is there a Panacea? Discussions on Differentiated Legal Protection*

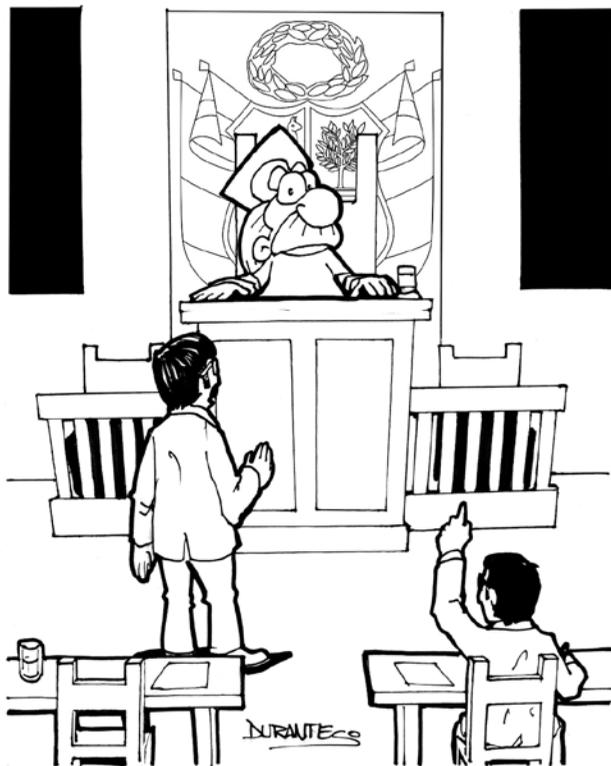
**Resumen:** Con ocasión del IV Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución, IUS ET VERITAS logró reunir a tres destacados juristas internacionales expertos en el Derecho Procesal, los cuales nos dieron su propia perspectiva del concepto de *tutela diferenciada*. Con este aporte, se logró crear un interesante debate sobre la necesidad e importancia de un sistema que admita este concepto de tutela jurisdiccional. Asimismo, nos dieron un mayor entendimiento sobre las consecuencias que la llamada *tutela diferenciada* podría traer sobre otros derechos y garantías.

**Palabras clave:** Tutela diferenciada - Tutela urgente - Tutela cautelar - Atribuciones del juez - Derecho de defensa - Medios probatorios

**Abstract:** On the occasion of the IV International Seminary of Procedural Law: Process and Constitution, IUS ET VERITAS had the pleasure of gathering three internationally renowned jurists, the three of them being experts in Procedural Law, who gave us their own point of view on the concept of *differentiated legal protection*. With their appreciated support, a very interesting debate on the necessity and importance of a system that adopts this concept was born. This debate also approximated us to

- 
- (\*) Licenciado en Derecho por la Universidad de Granada. Doctor por la Universidad de Bolofia. Doctor en Derecho por la Universidad de Granada.
- (\*\*) Abogado por la Universidad de Florencia. Doctor por la Universidad de Bolofia. Becario de la Fundación Alexander Von Humboldt en la Universidad de Bielefeld. Profesor Ordinario de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Florencia. Recientemente ha redactado una propuesta para la Reforma Integral del Código de Procedimiento Civil italiano, publicada en II Foro italiano, del 2009 y en la Revista del Proceso brasilera del 2010-2011.
- (\*\*\*) Abogado por la Universidad Estatal Paulista "Júlio de Mesquita Filho". Maestría en la Universidad de Roma "Tor Vergata". Doctorado en Derecho Procesal por la Universidad de Sao Paulo. Actualmente es Profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Sao Paulo.
- (\*\*\*\*) Mesa Redonda preparada por Carlos Ríos Pizarro, egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS; y realizada por Ana Ximena Del Rosario Gamero, alumna de la misma casa de estudios y miembro ordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. Las intervenciones del doctor Andrea Proto fueron traducidas por Raúl Feijóo Cambiaso, alumno de la misma casa de estudios y miembro ordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS; mientras que las intervenciones del doctor Camilo Zufelato fueron traducidas por Carlos Alexis Luján Espinoza, alumno de la misma casa de estudios y miembro ordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. La Asociación agradece profundamente a los doctores Antonio Lorca, Andrea Proto y Camilo Zufelato por su colaboración y disponibilidad para responder nuestras preguntas, así como al profesor Giovanni Priori Posada por las facilidades brindadas para que la presente Mesa Redonda se llevase a cabo.

**¿Existe la Panacea? Discusiones en torno a la Tutela Diferenciada**  
**Is there a Panacea? Discussions on Differentiated Legal Protection**



the understanding of the consequences that *differentiated legal protection* has on other rights and warranties.

**Keywords:** Differentiated legal protection - Urgent legal protection - Precautionary legal protection - Judge attributions - Right of legal defense - Means of proof

Durante milenios, la humanidad anduvo en búsqueda de la Panacea, aquel mítico remedio que curaba todas las enfermedades. Hoy en día, resulta absurdo para cualquiera creer en la existencia de tal medicamento, pues todos sabemos que las enfermedades pueden tener diversos orígenes y requerir un distinto tratamiento.

El símil parece ser aplicable al Derecho Procesal. Y es que existen cuestionamientos cada vez más numerosos a un tratamiento único del proceso. La tutela cognitiva parece haber sucumbido frente a la diversidad de situaciones jurídicas que se pueden presentar en un proceso. Ello ha conllevado

a la creación de diversos mecanismos de tutela: la tutela cautelar, la tutela ejecutiva y la denominada tutela diferenciada. El proceso “único”, al igual que la Panacea, parece haber quedado en el olvido.

A fin de dar a conocer el panorama actual de este controvertido tema, hemos convocado a tres especialistas en Derecho Procesal, quienes compartirán con el lector sus diferentes puntos de vista y reflexiones en torno al concepto de *tutela diferenciada*.

**1. La tutela diferenciada tuvo origen a raíz de la necesidad de tutelar situaciones jurídicas fundamentales, esto es, derechos constitucionales. No obstante, ¿considera usted que este tipo de tutela también puede ser aplicada para los procesos civiles? ¿Podría colocar ejemplos de situaciones en las que este tipo de tutela fuera necesaria?**

**Antonio Lorca:** Sobre la tutela diferenciada, sinceramente creo que la tutela jurisdiccional, más aún por exigencias del debido proceso, no debe de diferenciarse. Es decir, discrepo desde mi postura como defensor de las garantías procesales, y desde una perspectiva del garantismo procesal en que las garantías en el proceso puedan ser diferentes unas respecto de otras. O sea, y según exigencias del debido proceso, no sería posible diferenciar unas garantías procesales para un tipo de proceso y otras para otro tipo de proceso. Por lo tanto, no veo necesidad de llevar a cabo esa diferencia a la cual alude. Sé que hay autores que sostienen la existencia de esa tutela diferenciada, pero sinceramente no acabo de justificarla.

En el proceso civil, generalmente quienes han trabajado sobre la tutela diferenciada se han proyectado sobre los procesos sumarios, los cuales, desde mi punto de vista y desde la



## Mesa redonda con Antonio Lorca, Andrea Proto y Camilo Zufelato

perspectiva del garantismo procesal, sería tan reprochable como un proceso penal sumario o un proceso militar sumario. Entonces, la diferenciación o la tutela diferenciada, por ejemplo de un proceso sumario, desde un punto de vista del garantismo procesal, no sería justificable.

**Andrea Proto:** Esta expresión de tutela diferenciada es una expresión equivocada, que se presta a una pluralidad de significados y como tal, no es preciso utilizarla. Ciertamente, con referencia a los derechos constitucionales garantizados, en particular los derechos de la libertad, los derechos con contenido patrimonial o con función no patrimonial, hay necesidad de una forma de tutela práctica, porque si el derecho tuviese que permanecer no satisfecho por todo el tiempo necesario por hacerse valer en la vía ordinaria, no sería posible posteriormente una reparación idónea, adecuada, a través del equivalente monetario. De aquello que una libertad, un derecho con contenido patrimonial o con función no patrimonial, tiene necesidad es que el derecho sea satisfecho lo más rápidamente posible. Por esto, son previstas en el ámbito del ordenamiento italiano las medidas cautelares. Y en particular, en Italia es muy utilizada una norma del artículo 700 del Código Procesal Civil italiano, el cual consiente la posibilidad de dirigirse al juez y obtener en términos relativamente rápidos, pueden ser tanto quince días como dos meses, un mecanismo que anticipe el futuro contenido de una eventual sentencia de cognición plena que emane del proceso ordinario. Este procedimiento del artículo 700, estos mecanismos de urgencia, han tenido en Italia una amplia aplicación si nos remontamos a los años sesenta o setenta del siglo anterior. Recientemente hubo una modificación legislativa que ha establecido que con respecto a los mecanismos con contenido cautelar y anticipatorio, estos mecanismos conservan su eficacia sin importar que no se haya iniciado un proceso a cognición plena, un proceso ordinario o también si el proceso ordinario se extingue por inactividad de las partes. Por lo tanto, esta forma de tutela es una forma más que suficiente para satisfacer estos derechos sin que haya necesidad de hablar de la tutela jurisdiccional

diferenciada. Lo mismo sucede en Francia, donde se consiente en la vía anticipada la satisfacción de los derechos sobre la base de una prueba sumaria y no de una prueba plena.

**Camilo Zufelato:** La tutela diferenciada tiene origen en una intención de quebrar la *ordinariedad*<sup>(1)</sup> del proceso de conocimiento, en la medida en que es necesario crear procedimientos específicos según las características del derecho material. En Brasil se puede destacar que los casos principales de tutela diferenciada tienen que ver, por ejemplo, con la tutela del derecho a la honra, a la intimidad, al medio ambiente y los derechos colectivos de manera general. Así, en Brasil, existe una legislación bastante rica de procedimientos que dan cuenta del entendimiento de las particularidades del derecho material y la creación de procedimientos específicos que buscan su tutela efectiva.

**2. Se suele distinguir a la tutela urgente de la cautelar en vista que la primera no es provocada por la duración del proceso, sino por las circunstancias en las que se produce la lesión. Además, la tutela urgente no es accesoria a una pretensión como lo es la cautelar, sino que se trata de una pretensión en sí misma. En tal sentido, ¿le serían equiparables los requisitos propios de una medida cautelar (verosimilitud, peligro en la demora, adecuación)?**

**Antonio Lorca:** De entrada, tampoco justifico la diferencia entre tutela urgente y tutela

(1) El autor alude a la “*ordinariedade do processode conhecimento*”. La *ordinariedade* alude a una característica del proceso en el *paradigma doctrinario* bajo el cual se impide la concesión de medidas liminares, en el entendido que las decisiones dictadas por el juez en el transcurso del proceso son simples decisiones interlocutorias y nunca de mérito. La explicación y desarrollo teórico del llamado *paradigma doctrinario* puede encontrarse en la obra de Ovídio A. Baptista da Silva, *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*, publicada por la Editora *Revista dos Tribunais* en 1996.

## ¿Existe la Panacea? Discusiones en torno a la Tutela Diferenciada *Is there a Panacea? Discussions on Differentiated Legal Protection*

cautelar. En mi opinión, la urgencia no debe ser una nota distintiva del proceso civil, sino que todos los procesos civiles tienen que ser urgentes, porque hay un mandato constitucional: evitar las dilaciones indebidas. Por lo tanto, yo no creo que sea bueno distinguir entre tutela urgente y tutela que no es urgente. Si hago esta distinción, estoy admitiendo que hay una tutela en la cual puede haber dilaciones indebidas; y otra en la que, por las razones que sean, porque se llama urgente, no admito que haya dilaciones indebidas. A mi parecer, el planteamiento como tal, en su origen, es erróneo. En cuanto a la tutela cautelar tampoco admito a nivel de metodología la existencia de una tutela urgente o más urgente que la que se aplique al mismo proceso civil, que de igual modo está sujeto al mandato constitucional de la prohibición de las dilaciones indebidas.

Por ello, simplemente no serían equiparables. Hay que tener en cuenta que de admitirse una tutela urgente con el pretexto de admitir una tutela cautelar se estaría minusvalorando la propia tutela civil supuestamente no urgente. De ahí que considero que la naturaleza y finalidad de la tutela cautelar no venga caracterizada en esencia por su carácter de urgencia y sí por otros elementos como la apariencia del buen derecho.

**Andrea Proto:** Aclaremos los términos, tutela urgente significa aquella tutela que no se desarrolla con las garantías y las formas del proceso ordinario, del proceso de cognición plena. Tutela urgente, significa tutela sumaria que se realiza con un sacrificio de las garantías para el actor y para la otra parte, en consideración de la exigencia de la urgencia de la intervención del juez. El artículo 700 del cual hablábamos, es muy importante porque constituye una medida atípica de urgencia. El legislador dice que cualquier derecho puede ser hecho valer si es que no está previsto como una medida típica urgente a través de este procedimiento, en virtud de que pueda surgir un perjuicio irreparable. Para que surja un perjuicio irreparable es necesario siempre que se encuentre la presencia de un derecho de libertad o de un derecho con contenido no patrimonial o con función no patrimonial. Hagamos dos ejemplos muy simples: el derecho a los alimentos, o el derecho a la manutención de los hijos

que son asignados al otro cónyuge o a otro progenitor natural, son derechos con contenido patrimonial, pero con función no patrimonial. Sucede que se decida rápidamente si es que nos encontramos frente a este derecho y que se decida sobre la aplicación de las garantías para su ejecución. Sin embargo, este es un tema distinto al que nos atañe, el cual debe ser confrontado de manera separada. El derecho del trabajador despedido se basa en el poder obtener en tiempos rápidos la declaración de nulidad del despido, para ser readmitido al puesto de trabajo.

**Camilo Zufelato:** En Brasil la tutela de urgencia es una suerte de género que tiene dos especies: la tutela cautelar y la llamada tutela anticipada. La tutela anticipada se caracteriza por la *satisfactividad*; es decir, no tiene la intención simplemente de conservar un bien para que en el proceso ordinario haya satisfacción; sino que es, por sí misma, *satisfactiva*. Esa es, sin duda alguna, una distinción entre la tutela anticipada y la tutela cautelar. Es claro que entre ambas hay distinciones, la *satisfactividad* en una y la autonomía en la otra, pero tienen en común que son de urgencia y, por eso, son reconducidas a categoría de tutelas de urgencia. Por ello, la verosimilitud y el peligro de demora son grandes categorías que se aplican tanto a una como a otra.

En Brasil, existe también una especie de tutela anticipada que no es marcada por la urgencia. Es el caso que nosotros llamamos tutela de la evidencia, que está contemplada en el Código Procesal Civil en el artículo que trata de la tutela anticipada, pero allí no habría un requisito de peligro en la demora<sup>(2)</sup>.

(2) El autor estaría haciendo referencia al artículo 273 del *Código de Proceso Civil* brasileño el cual, según señala la doctrina brasileña, recoge implícitamente este tipo de tutela que no se vincula a la urgencia sino a una sanción por actos de litigio irresponsable (inciso II del artículo 273) y a la evidencia en el derecho de una parte (§ 6 del artículo 273). Al respecto, véase: KERN, Douglas Rysdyk. *A Tutela da Evidência no Código de Processo Civil Vigente e no Projeto do Novo CPC. Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 02 jul. 2013. Disponible en: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.44248&seo=1>.



## Mesa redonda con Antonio Lorca, Andrea Proto y Camilo Zufelato

### **3. ¿Qué atribuciones debe otorgársele a un magistrado a efectos de poder otorgar una tutela diferenciada a situaciones jurídicas? ¿Debe investírsele de especiales atribuciones?**

**Antonio Lorca:** Desde el punto de vista del garantismo procesal, no tienen porque existir unos magistrados ad hoc o especiales que conozcan de una supuesta tutela diferenciada. La cuestión es para mí mucho más simple. Que el juez cumpla con las garantías procesales de un proceso justo. Un juez, en función de la tutela que oferta y que se le demanda, no tiene que tener especiales características; es decir, no tiene que ser un juez *ad hoc*, no tiene que ser un juez especial para un tipo de tutela.

Yo particularmente no soy partidario de la tutela diferenciada. Por lo cual, a mí me da bastante horror pensar que en función de una tutela diferenciada, yo tenga que cambiar el status orgánico de un solo magistrado. Esto a mí me horroriza, porque daría paso a la existencia incluso de jurisdicciones excepcionales o especiales; y éstas, en cualquier constitución que se precie como un estado de derecho tiene que prohibirla.

**Andrea Proto:** Pero ningún atributo, nuestros magistrados son elegidos por concurso y son asignados para determinadas funciones sobre la base de algunas reglas que se encuentran bajo el control del Consejo Superior de la Magistratura. Aquello que es necesario, es que el magistrado esté atento a su trabajo de garantizar la actuación de los derechos subjetivos, pero esto es función del magistrado. Por esto es retribuido muy bien en el ámbito de nuestro ordenamiento, de modo que el éste no sea distraído por otras actividades y por lo tanto no sea influenciado por poderes fuertes que se encuentran fuera de la Magistratura.

**Camilo Zufelato:** Sí. Una cuestión fundamental de la tutela diferenciada es, precisamente, atribuir mayores poderes de adaptación procedimental al juez. Esto tiene que ver con aquello que ya dijimos en respuesta a la primera pregunta. Con la quiebra del proceso ordinario, como un reglamento que preestablece todos los requisitos procedimentales a ser seguidos en cada uno de los procesos, lo que propone la tutela diferenciada es justamente conocer las peculiaridades del caso concreto y en promover una adaptación ese sentido.

Estamos aquí frente a un verdadero cambio paradigmático en la contraposición entre el juez y el legislador. Según la visión tradicional del proceso, en el proceso ordinario tenemos al legislador como gran previsor general de todo el sistema de modo que el juez queda vinculado a reglas procesales preestablecidas. Con la tutela diferenciada esto no es así. Es necesario, por ejemplo, cláusulas generales procesales, como el caso de las *astreintes*<sup>(3)</sup>, los propios análisis de los presupuestos de la tutela de urgencia (verificar si hay similitud en el derecho o si hay peligro en la demora de la posición tradicional), etcétera. Todas estas condiciones presuponen una mayor ampliación de los poderes del juez.

Sin duda alguna podemos otorgar en la tutela anticipada mayores poderes al juez. Es claro que, mayores poderes deben también ser acompañados de mayor control. Por ello, es necesario que el magistrado acompañe de manera más efectiva y más próxima el *iter procedimental* para que no escape ninguna característica del derecho material que no fue contemplada por la Ley y que le corresponde a él, en un presupuesto de tutela adicional adecuada y tempestiva, encontrar un mecanismo procesal que tutele de manera satisfactoria aquél derecho.

### **4. ¿Afecta o se restringe el derecho de defensa de quien se encuentra afectado por una medida urgente? ¿Qué mecanismos podrían resultar eficaces para tutelar este derecho sin afectar la especial situación de urgencia que justifica la medida?**

**Antonio Lorca:** El derecho de defensa es un derecho omnicompreensivo; es decir, el derecho de defensa se debe de ejercer con igual intensidad, llámesele como se le llame

(3) Medidas conminatorias impuestas por el juzgador a un sujeto para constreñirle al cumplimiento de la actividad ordenada en una resolución judicial. Consisten en una condena a pagar una cantidad de dinero por día u otro periodo de atraso.

## ¿Existe la Panacea? Discusiones en torno a la Tutela Diferenciada *Is there a Panacea? Discussions on Differentiated Legal Protection*

a la tutela. Es decir, porque exista urgencia en la tutela, el derecho de defensa no tiene por qué ser menor en intensidad, o porque no exista urgencia en la tutela, el derecho de defensa tiene que expresarse con mayor intensidad. En otras palabras, haya urgencia o no en la tutela, el derecho de defensa no debe ser alterado. Debe, en todo caso, ejercerse como tal derecho de defensa. No acabo de comprender que porque exista una tutela urgente, el derecho de defensa pueda verse menoscabado. A mi parecer, eso hoy día sería totalmente inconstitucional. Precisamente sería así, porque iría en contra del mandato constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva y la exigencia de un debido proceso que es deudor con el respeto sin mengua de todas las garantías procesales. O sea, con la exigencia de un proceso justo.

En cuanto a la segunda parte de la pregunta, yo no veo mecanismo, pues parto del supuesto antes mencionado. Y por lo tanto, creo que responder la segunda parte de la pregunta no tendría sentido.

**Andrea Proto:** En Italia se ha realizado una gran reforma en el año 1990 que entró en vigor en 1993, la cual ha previsto que con referencia a todas las medidas cautelares (y probablemente la disciplina se extendería a todas las medidas sumarias en general) que contra la medida cautelar o contra la medida cautelar negativa, es posible un reclamo en el plazo de 10 días a partir del momento en el que se publica la medida frente a un juez colegiado, el cual no puede formar parte del mismo colegio del juez que emitió la medida cautelar. Ésta es una forma extrañamente eficaz de garantía del derecho de acción y del derecho de defensa dependiendo de si la medida tuvo un resultado positivo o negativo. Ha funcionado muy bien en Italia y esto diré que es la garantía principal de nuestro ordenamiento.

**Camilo Zufelato:** Esta cuestión del derecho de defensa del reo en un proceso de tutela de urgencia es una clásica discusión sobre ponderación de valores. Es evidente que en todo proceso el *contradictorio* y *la defensa amplia*<sup>(4)</sup> deben ser

realizados de la forma más eficiente posible. Precisamente, por la particularidad de la tutela de urgencia como una tutela diferenciada, el presupuesto de la urgencia prevalece<sup>(5)</sup> sobre el presupuesto del *contradictorio* y *la defensa amplia* en el momento inmediato de la concesión de esa tutela. Así, en las situaciones en que se limita el llamado contradictorio diferido, la ponderación de valores se hace para asegurar que la verosimilitud y el peligro del daño sean superiores, desde el punto de vista de la prevalencia de tutela en aquél momento al derecho de defensa del reo. Por tanto, me parece que al otorgar una medida liminar *inaudita altera pars* (sin oír a la otra parte), el juez está ponderando derechos y valores, y está decidiendo<sup>(6)</sup>, entonces en principio, no generaría perjuicios al derecho de defensa del reo.

Es evidente que esto está relacionado también con la respuesta que di a la tercera pregunta, precisamente, estos son los casos en que se revela con mucha fuerza la necesidad de un control atento de parte del juez porque si éste concede una tutela liminar en un caso que no es marcado por la urgencia, allí si estaríamos delante de una violación del derecho de defensa del reo, más *a priori*, no hay esta violación en la medida en que en la ponderación de valores, la urgencia predomine<sup>(7)</sup>.

En la experiencia brasilera tenemos también un sistema impugnatorio<sup>(8)</sup> muy eficiente para controlar esa medida liminar autorizada por el juez. Entonces, exactamente en el momento en el que el reo es notificado para cumplir la liminar, él puede ya utilizar un recurso con efecto suspensivo y así se contempla

(4) El autor usa la expresión *contradictorio e ampla defesa*.

(5) El autor usa la expresión *fala maisalto*.

(6) El autor usa la expresión *fazendo escolhas*.

(7) El autor usa la expresión *fala maisforte*.

(8) El autor usa la expresión *recursal*.



## Mesa redonda con Antonio Lorca, Andrea Proto y Camilo Zufelato

el *contradictorio y la defensa amplia*. En consecuencia, como ya dije, en principio, no hay violación de derechos del reo.

### 5. ¿Cómo debería llevarse a cabo la actuación de medios probatorios en supuestos de tutela urgente?

**Antonio Lorca:** Vuelvo a insistir en que la distinción entre tutela urgente y no urgente, en un estado de derecho en el que la administración de justicia funciona, es algo que realmente no debería darse; creo que las garantías procesales, en lo que es el garantismo procesal, debe proyectarse con igual intensidad en todo tipo de tutela. Asimismo, creo que distinguir la tutela, en función de su carácter urgente o no urgente, podría afectar a un derecho constitucional, como al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el cual no admite la distinción entre tutela urgente o no urgente.

**Andrea Proto:** En la tutela urgente los medios probatorios deberían ser admitidos, pero no deben ser admitidos según las formas previstas por el Libro del Proceso Ordinario de Conocimiento. Por esto, pueden ser admitidos sin que se respeten estas formas. Me explico, el testigo puede ser admitido, sin que sea llamado a jurar. La declaración escrita de un tercero puede ser realizada en el juicio y puede ser considerada por el juez como un elemento de prueba. Según mi opinión, también la

declaración jurada del abogado, el denominado *affidavits* del derecho anglosajón, debería poder ser admitido en el ámbito de estos procesos cautelares. Aquello que es característico es que estos mecanismos deben ser tales que no requieran un tiempo excesivo y deben desarrollarse en el ámbito de una audiencia y no más allá y concluir.

**Camilo Zufelato:** El tema de la prueba en la tutela de urgencia es uno de los más relevantes. Ello, porque la tutela de urgencia se caracteriza por la cognición judicial *superficial*<sup>(9)</sup> que significa que el juez no puede (precisamente, por el peligro en la demora) realizar una cognición judicial *exhaustiva*, a través de los medios de prueba disponibles<sup>(10)</sup>. Es decir, el juez no está en condición de examinar todos los medios de prueba. Tal como señalamos al responder la pregunta anterior, en casos de tutela liminar in *audita altera pars*, el reo no fue citado, por tanto, no puede siquiera producir prueba.

Dicho esto, es preciso reconocer que las expresiones *fumus boni iuris* (en la tutela cautelar) o verosimilitud de la alegación, son los presupuestos indispensables para que el juez analice el caso sobre la base de la prueba transmitida por el actor en la petición inicial y pueda formarse convencimiento, aún en cognición *superficial*.

Es fundamental resaltar que no es cualquier tipo de prueba el que justificaría una medida cautelar, una medida urgente, sea en tutela cautelar o anticipada. Es preciso que haya una prueba suficientemente robusta y verídica para que el juez quiebre esa regla general de concesión de decisiones judiciales después de un contradictorio amplio y exhaustivo. Se observa, por ello, la importancia de la definición concreta del juez no sólo de la existencia de urgencia, sino también del tipo de prueba que fundamenta el pedido del actor. 

(9) El autor utiliza la palabra *rarefeita*.

(10) El autor utiliza la palabra *exauriente*. Vinícius Gonçalves, señala que, según su profundidad, la cognición judicial puede ser: *exauriente*, *sumária* o *rarefeita*. La cognición es *exauriente* cuando se obtiene un grado máximo de conocimiento sobre el objeto puesto a disposición del juez; *sumária*, cuando no le es posible al juez obtener un grado de certeza llegando apenas sobre un punto de vista probable; y, *rarefeita*, aún más superficial que la *sumária*, que se verifica en el proceso de ejecución de medidas liminares cautelares. Sobre el particular, véase: GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Apontamentos sobre a cognição judicial no processo civil*. Jus Navigandi, Teresina, año 13, No. 1865, 9 ago. 2008. Disponible en: <http://jus.com.br/artigos/11580>.