

Tendencias en materia de tutela sumaria: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*

Sumario: 1. Introducción.- 2. El concepto de tutela sumaria.- 2.1. La tutela sumaria como tutela cautelar.- 2.2. La necesidad de una adecuada comprensión de la tutela cautelar: tutela satisfactiva y tutela cautelar. La técnica anticipatoria como medio para la prestación de la tutela jurisdiccional de los derechos.- 3. La estructuración dogmática: el perfil de la tutela sumaria.- 3.1. Fundamentos.- 3.2. Amplitud: de la tipicidad a la atipicidad.- 3.3. Requisito: de la plausibilidad del derecho y del riesgo de actuación.- 3.4. *Sigue:* sobre la urgencia y la evidencia.- 3.5. Momento de concesión.- 3.6. Motivación de la decisión.- 3.7. Efectivización de la tutela sumaria.- 3.8. Responsabilización por el disfrute.- 4. Las tendencias.- 4.1. La fundamentación.- 4.2. La atipicidad.- 4.3. La movilidad.- 4.4. La plasticidad.- 4.5. La urgencia y la evidencia.- 4.6. La regulación diferenciada.- 4.7. La comprensión a partir de las formas de tutela jurisdiccional y de las especies de tutela de los derechos.- 5. Consideraciones finales. Bibliografía

1. Introducción

Constituye un componente indeleble del derecho fundamental al *proceso justo* el derecho a la *tutela jurisdiccional adecuada, efectiva y tempestiva de los derechos*. Una de las más importantes concretizaciones del derecho a la tutela adecuada es la previsión de la técnica anticipatoria por el legislador infraconstitucional¹. Ello porque es por intermedio de la *técnica* de la tutela anticipada que el legislador es capaz de anticipar, mediante *cognición sumaria, tutelas* satisfactivas o cautelares para la protección de *situaciones de urgencia* o situaciones en que la *evidencia del derecho* postulado en juicio no justifique su realización tan solamente después de completada la cognición plena. Con ello, *distribuye de forma adecuada la carga del tiempo* pues la pendencia de todo y cualquier proceso afecta a las partes y acarrea un incuestionable daño a la parte que tiene razón.

Es nuestro propósito con el presente ensayo afrontar el problema de la conformación de la *técnica anticipatoria*, que busca la prestación de *tutela jurisdiccional* bajo *cognición sumaria*, problematizando su concepto, su disciplina dogmática y las principales tendencias al respecto.

2. El concepto de tutela sumaria

* Publicado en *Revista de Processo*, n. 197. São Paulo: Revista dos Tribunais, julio 2011, pp. 27-65.

¹ Luiz Guilherme MARINONI. *Antecipação da tutela*, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 131-140.

Aunque mucho se discuta respecto del concepto de tutela cautelar y que, en Brasil, sea particularmente intenso el debate sobre el asunto, es cierto que las teorizaciones existentes son en gran parte insatisfactorias, sea porque (i) *confunden tutela cautelar con tutela satisfactiva* o (ii) *contraponen equivocadamente la tutela cautelar a la tutela anticipatoria*. Además de ello, normalmente no tienen en consideración que la *tutela anticipatoria*, que puede tanto prestar tutela satisfactiva como tutela cautelar, es susceptible de concesión sea para hacer frente a situaciones de *urgencia* –peligro de ilícito o peligro de *daño*–, sea para evitar que un derecho tenido como *evidente* enfrente una dilación indebida en su realización judicial, constituye una simple *técnica procesal* y, como tal, no dice nada por sí sola respecto de la *tutela jurisdiccional* ni de la *tutela del derecho* que será anticipada sumariamente. Las raíces de esos equívocos, sin embargo, pueden ser rastreadas con relativas facilidad por las sendas de la historia.

2.1. La tutela sumaria como tutela cautelar

La tutela sumaria –desde el punto de vista de la cognición y, particularmente, de su plano vertical²– durante mucho tiempo fue teorizada tan solamente a partir del ángulo de la tutela cautelar. Se imaginaba que toda tutela sumaria se resumiría en el ámbito de la tutela cautelar. Ello llevó al entendimiento de que *las decisiones judiciales tomadas bajo cognición sumaria sólo podrían pertenecer al grupo de la tutela cautelar*.

Es notorio que el gran teórico de la tutela cautelar en el período del desarrollo de las bases de la ciencia procesal civil es Piero CALAMANDREI. Con la publicación de su clásico *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, en 1936, se establecieron los principales trazos que posteriormente servirían para que la doctrina y la legislación trabajen el tema.

CALAMANDREI vio en la *provisoria* del *proveimiento* adoptado bajo *cognición sumaria* el trazo decisivo de caracterización de la tutela cautelar. Para nuestro autor, el proveimiento cautelar se orienta a asegurar que una de las partes o, en último análisis, el propio proceso, no sufra un “daño jurídico”³, ocasionado por un peligro de tardanza (“*pericolo di tardività*”) o por un peligro de infructuosidad (“*pericolo di infruttuosità*”) de la tutela jurisdiccional⁴, en tanto esté pendiente el proceso de conocimiento o de ejecución, o cualquiera

² Tutela sumaria, aquí, tiene el sentido de tutela prestada bajo *cognición sumaria* (*sumariedad material*). No se refiere, por tanto, a la tutela jurisdiccional prestada mediante *procedimiento sumario* (*sumariedad formal*). Sobre esa distinción, cfr. ALVARO DE OLIVEIRA, “Perfil dogmático das tutelas de urgência”. In *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, 1997, pp. 231-233, n. 70, con apoyo en la obra fundamental de Hans Karl BRIEGLEB sobre el tema (*Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*. Leipzig: Tauchnitz, 1859). Sobre esa distinción, también, cfr. Víctor FAIRÉN GUILLÉN. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (los defectos en la recepción del derecho procesal común, sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*. Barcelona: Bosch, 1953; Kazuo WATANABE. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 79-80.

³ Piero CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padua: Cedam, 1936, p. 15.

⁴ *Ibidem*, pp. 55-58.

cualquiera de esas actividades se encuentren prestas a iniciarse. El proveimiento cautelar es, en esa línea doctrinaria, dependiente y accesorio del proveimiento del proceso de conocimiento o de ejecución⁵. Constituye una protección provisoria prestada a los procesos de conocimiento y ejecución⁶. Es un instrumento del instrumento⁷.

El criterio que fundamenta la separación del proveimiento cautelar, de un lado, de los proveimientos satisfactivos, de otro, no es el de la actividad del juez. Bajo ese punto de vista, el proveimiento cautelar es una “unidad”⁸. El criterio que justifica la separación del proveimiento cautelar, en un ángulo, de los proveimientos de conocimiento y de ejecución, en otro, es el criterio de la *estructura*⁹. Mientras que los proveimientos de conocimiento y de ejecución son definitivos, los proveimientos cautelares son provisorios. Esa es la nota conceptual que singulariza el proveimiento cautelar, en la óptica de CALAMANDREI¹⁰.

En esa línea, poco importa la *satisfactividad* o no del proveimiento para la caracterización de la *función* cautelar. Los proveimientos cautelares pueden ser, para CALAMANDREI, tanto aseguratorios como satisfactivos¹¹. Lo que interesa es la provisoriedad para el delineamiento de las especies que entran en el grupo de la tutela cautelar.

⁵ *Ibidem*, pp. 21-22.

⁶ *Ibidem*, pp. 9-12. En la doctrina de CALAMANDREI entra igualmente en el concepto de provisoriedad el de temporalidad. La provisoriedad funciona al mismo tiempo como género y especie. Provisorio es aquello que tiene duración limitada en función de algo que irá necesariamente a sustituirlo. Temporal es simplemente aquello que no dura para siempre, independientemente de la superveniencia de algo que lo sustituya (*Ibidem*, p. 10).

⁷ *Ibidem*, pp. 21-22: “la tutela cautelare è, nei confronti del diritto sostanziale, una tutela mediata: più che a far giustizia, serve a garantire l’efficace funzionamento della giustizia. Se tutti i provvedimenti giurisdizionali sono uno strumento del diritto sostanziale che attraverso essi si attua, nei provvedimenti cautelari si riscontra una strumentalità qualificata, ossia elevata, per così dire, al quadrato: essi sono infatti, immancabilmente, un mezzo predisposto per la miglior riuscita del provvedimento definitivo, che a sua volta è un mezzo per l’attuazione del diritto; sono cioè, in relazione alla finalità ultima della funzione giurisdizionale, *strumenti dello strumento*”. Para el análisis del origen de esa comprensión de la tutela cautelar como tutela del proceso y no como tutela del derecho material, cfr. Giuseppe CHIOVENDA. “Sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inibitorie”. In *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II. Milán: Giuffrè, 1993, pp. 301-322 (en la p. 312 consta expresamente: “l’inhibitio è un rimedio generale a difesa della giurisdizione”); Giuseppe CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, trad. J. Guimarães Menegale y notas de Enrico Tullio Liebman, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, § 11, pp. 272-284.

⁸ Enrico Tullio LIEBMAN. “Unità del procedimento cautelare”. In *Problemi del processo civile*. Nápoles: Morano, 1962, pp. 104-110, porque mezcla cognición y ejecución en un único proveimiento.

⁹ Piero CALAMANDREI. *Introduzione allo studio sistematico*. *Ob. cit.*, pp. 8-9.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 9-12.

¹¹ Tanto es así que Piero CALAMANDREI entendía como cautelares los proveimientos anticipatorios de la decisión final de mérito del proceso de conocimiento (*Ibidem*, pp. 31-51, esp. pp. 38-44). Como es notorio, CALAMANDREI clasificaba como típica especie de tutela cautelar, al lado de los proveimientos “istruttori anticipati”, de los proveimientos orientados a “assicurare la esecuzione forzata” y de las “cauzioni processuali”, los proveimientos de “antecipazione di provvedimenti decisorii”, en que el “provvedimento cautelare consiste proprio in una decisione anticipata e provvisoria del merito, destinata a durare fino a che a questo regolamento provvisorio del rapporto controverso non si sovrapporrà il regolamento stabilmente conseguibile attraverso il più lento processo ordinario” (*Ibidem*, p. 39).

Dentro de ese cuadro teórico, *la tutela jurisdiccional prestada bajo cognición sumaria siempre fue amoldada a la tutela cautelar*. Semejante parecer fue reforzado por el hecho de que CALAMANDREI no percibió ninguna diferencia entre tutela cautelar y tutela satisfactiva, ya que, frente al criterio de la provisoriedad, en ambos casos se podría pensar en tutela cautelar. De ahí se pasó a comprender toda tutela sumaria como tutela cautelar y, como tal, vinculada a la protección contra el *periculum in mora* (“condizione tipica e distintiva dei provvedimenti cautelari”, en la conocida lección de CALAMANDREI¹²).

Las lecciones de Piero CALAMANDREI resonaron con fuerza en la doctrina. Su premisa central –*provisoria* de los proveimientos cautelares– aliada a la pretendida vocación de la tutela cautelar para la *neutralización* de *daños* jurídicos potencialmente ocasionables por el *perigo en la demora* de la prestación jurisdiccional, aún marcan la gran mayoría de los estudios respecto de la tutela cautelar.

Quedémonos solamente con uno de los más respetados teóricos contemporáneos del tema. Es conocida la doctrina de Andrea PROTO PISANI concerniente al asunto, para quien la tutela cautelar debe ser encuadrada en el ámbito de los “rimedi diretti a neutralizzare i danni che possono derivare all’attore che ha ragione a causa o anche a durata del processo a cognizione piena”¹³, marcada por la “provvisorietà del provvedimento” adoptado bajo cognición sumaria¹⁴. Vale decir: para PROTO PISANI, la tutela cautelar se orienta a neutralizar el “danno marginale”¹⁵ que proviene tanto de la “durata fisiologica” como de la “lentezza patologica” del proceso¹⁶.

También fue grande el impacto de las ideas de CALAMANDREI sobre la legislación procesal civil. Además de la *atipicización* de la tutela cautelar, propuesta por CALAMANDREI aún bajo la vigencia del *Codice di Procedura Civile* de 1865 y acogida expresamente en el *Codice* de 1942 (concretamente en el art. 700¹⁷), legisladores del mundo entero buscaron guarida en sus ideas. El caso

¹² *Ibidem*, p. 15.

¹³ Andrea PROTO PISANI. “Appunti sulla tutela cautelare”. In *Rivista di diritto civile*. Padua: Cedam, 1987, p. 113; *Lezioni di diritto processuale civile*, 4ª ed. Nápoles: Jovene, 2002, p. 595.

¹⁴ Andrea PROTO PISANI. “Appunti sulla tutela cautelare”. *Ob. cit.*, p. 117; *Lezioni di diritto processuale civile*. *Ob. cit.*, p. 599.

¹⁵ La expresión “danno marginale” es de Enrico FINZI, acuñada en el comentario a la decisión del 31 de enero de 1925 de la Corte de Apelación de Florencia, publicado en la *Rivista di diritto processuale civile*. Padua: Cedam, 1926, p. 50, siempre recordada por la doctrina a propósito de la tardanza del proceso y de sus efectos en la esfera jurídica del demandante que tiene razón en su pleito (Piero CALAMANDREI. *Introduzione allo studio sistematico*. *Ob. cit.*, p. 18; Italo ANDOLINA, “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale. Milán: Giuffrè, 1983, p. 17). La locución, por tanto, aunque ampliamente empleada por Andrea PROTO PISANI. “Appunti sulla tutela cautelare”. *Ob. cit.*, p. 111; *Lezioni di diritto processuale civile*. *Ob. cit.*, p. 593, no fue por él acuñada (*aliter*, José Roberto dos Santos BEDAQUE. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22).

¹⁶ Andrea PROTO PISANI. “Appunti sulla tutela cautelare”. *Ob. cit.*, pp. 111-112; *Lezioni di diritto processuale civile*. *Ob. cit.*, pp. 593 y 595.

¹⁷ Piero CALAMANDREI. *Introduzione allo studio sistematico*. *Ob. cit.*, p. 147.

brasileño –el emblemático Código Buzaid¹⁸– es elocuente, pero está lejos de ser notado en ese particular por su originalidad, ya que muchos otros ordenamientos siguieron igualmente el mismo parecer¹⁹.

Es incuestionable la importancia de CALAMANDREI para el estudio de la tutela cautelar, así como constituye mérito suyo la introducción de la posibilidad de concesión de tutela cautelar atípica, importante medio para la *universalización* del alcance de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, su doctrina da lugar a dos cuestiones que deben ser, desde ya, enfrentadas para una adecuada comprensión del ámbito de las tutelas sumarias: la *primera*, confunde de forma equivocada tutela cautelar con tutela satisfactiva; la *segunda*, liga la tutela sumaria tan sólo a la urgencia.

2.2. La necesidad de una adecuada comprensión de la tutela cautelar: tutela satisfactiva y tutela cautelar. La técnica anticipatoria como medio para la prestación de la tutela jurisdiccional de los derechos

Es fácil percibir que toda la teorización de CALAMANDREI y de PROTO PISANI –y de muchos otros autores que siguen sus lecciones mundo fuera²⁰– tiene por objeto no la tutela cautelar propiamente dicha, sino la *técnica anticipatoria* que puede conducir a la prestación de una *tutela jurisdiccional de los derechos bajo cognición sumaria*. Cuando CALAMANDREI afirma que el *periculum in mora* es una nota distintiva de la tutela cautelar, y cuando PROTO PISANI asevera que esa misma tutela debe ser encuadrada como especie de protección que busca combatir los daños que pueden emerger de la duración del proceso, queda absolutamente claro que el objeto de consideración de esos autores es la necesidad de *aceleración* de la prestación de la tutela jurisdiccional, o, en otras palabras, de *anticipación* de la tutela²¹. Es preciso percibir, sin embargo, que constituye un capricho exagerado de la doctrina colocar bajo el mismo género

¹⁸ Sobre la influencia de CALAMANDREI en la construcción del Código Buzaid, cfr. Daniel MITIDIERO, “O processualismo e a formação do Código Buzaid”. In *Revista de Processo*, n. 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 165-194, cuya traducción es publicada también en esta obra.

¹⁹ Lo demuestra José Carlos BARBOSA MOREIRA. “Le misure cautelari nel processo latino-americano”. In *Temas de direito processual*, sexta serie. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 175, observando que el examen comparado de las legislaciones procesales latinoamericanas revela la inspiración común en la notoria doctrina de Piero CALAMANDREI respecto del asunto.

²⁰ Como es el caso de José Roberto dos Santos BEDAQUE. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. Ob. cit., p. 29, nota al pie, n. 47. El siguiente pasaje es elocuente: “la necesidad de la tutela cautelar está ligada a una normal disfunción del proceso, incapaz de dar solución inmediata a los problemas de derecho material. Representa, en verdad, el antídoto contra la demora para la entrega de la tutela jurisdiccional” (p. 123). En la misma línea de BEDAQUE, cfr. Cândido Rangel DINAMARCO. “O regime jurídico das medidas urgentes”. In *Nova era do processo civil*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 99-100, quien afirma: “en cuanto susceptibles de una distinción conceptual más o menos clara, las medidas cautelares y las anticipatorias de tutela integran una categoría sola, más amplia, que es la de las *medidas aceleratorias de tutela jurisdiccional*”. También Márcio CARPENA. *Do processo cautelar moderno*. Río de Janeiro: Forense, 2003, p. 100, al destacar la “finalidad principal idéntica” entre tutela cautelar y tutela anticipada: “impedir que el tempo, inexorable a la entrega de la prestación jurisdiccional, aliado a la posibilidad de ocurrencia de determinados hechos, sea factor de corrosión de derechos”.

²¹ Ovídio BAPTISTA DA SILVA. *Curso de processo civil*, vol. III, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 66.

tutelas jurisdiccionales *diferentes* solamente por la circunstancia *técnica* de que ambas se presten a la realización de forma anticipada bajo cognición sumaria.

Correspondió a Ovídio BAPTISTA DA SILVA mostrar que no es posible confundir los dos conceptos²². La tutela cautelar no puede ser confundida con la tutela anticipatoria, pues la tutela cautelar solamente *asegura* la posibilidad de disfrute eventual y futura del derecho cautelado, al paso que la tutela anticipatoria desde ya posibilita la *inmediata realización* del derecho. La satisfactividad es un “requisito negativo de la tutela cautelar”²³. Según Ovídio BAPTISTA, la tutela cautelar es la tutela sumaria que busca combatir el *peligro de infructuosidad* de la tutela jurisdiccional de forma *temporal*²⁴. No tiene por objetivo atacar el *peligro en la demora de la prestación jurisdiccional*. Ya la tutela anticipada tiene por función combatir el *peligro de tardanza* del proveimiento jurisdiccional componiendo la situación litigiosa entre las partes *provisoriamente*. Ovídio va de la *estructura* a la *función*: retira a la *provisoriedad* del foco de atención y lo coloca en la *satisfacción* o simple *aseguración* de un derecho²⁵.

Es preciso, sin embargo, profundizar y desarrollar el asunto. *La tutela cautelar no es temporal, ni puede ser caracterizada a partir de la cognición sumaria, mientras que la tutela satisfactiva anticipada tampoco está siempre vinculada a la urgencia* –vale decir, orientada a combatir el *peligro en la tardanza* del proveimiento jurisdiccional.

La tutela cautelar y la tutela satisfactiva no son distinguibles por la *estructura* de sus proveimientos, como supone la doctrina de peso²⁶. *Tanto la tutela cautelar como la tutela satisfactiva son tutelas finales que buscan disciplinar de forma definitiva determinada situación fáctico-jurídica. Vale decir: la tutela cautelar no es temporal.*

²² La bibliografía de Ovídio BAPTISTA DA SILVA respecto del asunto es amplísima. Entre otras obras que versan sobre la temática, cfr: *As ações cautelares e o novo processo civil*. Porto Alegre: Sulina, 1973; *Ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Río de Janeiro: Forense, 1979; *Do processo cautelar*, 3ª ed. Río de Janeiro: Forense, 2001; *Curso de processo civil. Ob. cit.* Tratando sobre ese punto, también, Jaqueline Mielke da SILVA. *Tutela de urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, pp. 28-40.

²³ Luiz Guilherme MARINONI. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 75-79.

²⁴ Para una exposición didáctica de los elementos que componen el concepto de tutela cautelar para Ovídio BAPTISTA DA SILVA, cfr. *Curso de processo civil. Ob. cit.*, pp. 49-82. En la línea de Ovídio, comprendiendo la tutela cautelar a partir del concepto de temporalidad, entre otros, Teori ZAVASCKI. *Antecipação da tutela*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 35; a partir del concepto de situación cautelante y de daño irreparable o de difícil reparación, Darci RIBEIRO, “Teoria geral da ação cautelar inominada”. In *Da tutela jurisdiccional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 148-152.

²⁵ Como percibieron igualmente Daisson FLACH. *A verossimilhança no processo civil. Ob. cit.*, p. 88, y Guilherme Recena COSTA. “Entre função e estrutura: passado, presente e futuro da tutela de urgência no Brasil”. In Armelin, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares – Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 666.

²⁶ Por todos, cfr. José Roberto dos Santos BEDAQUE. *Tutela cautelar e tutela antecipada. Ob. cit.*, pp. 149-153.

La tutela cautelar es tan *definitiva* como la tutela satisfactiva. En las dos formas de tutela jurisdiccional, las decisiones finales están sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, que marca los límites temporales de actuación y autoridad de los respectivos proveimientos²⁷. Inclusive cuando a la tutela cautelar no se siga la tutela satisfactiva y aquella pierda su eficacia, no se puede hablar de temporalidad, ya que la no proposición de la demanda para la realización del derecho cautelado constituye condición resolutoria que, si no es concretizada, cesa *ex tunc* la eficacia de la tutela cautelar. Del punto de vista de la *estructura del proveimiento*, por tanto, ambos son definitivos. La diferencia entre la tutela cautelar y la tutela satisfactiva bajo ese ángulo de apreciación se encuentra en que las *situaciones fáctico-jurídicas* sometidas a la primera son *naturalmente más inestables* que aquellas sometidas a la segunda.

La *tutela cautelar* se orienta a la protección de un *derecho* sometido al *peligro de daño irreparable o de difícil reparación*. Dura mientras dura el peligro o, más precisamente, dura *tendencialmente* mientras dure el peligro. Dura, en otras palabras, mientras no se alteren los presupuestos fáctico-jurídicos que soportaron su pronunciamiento. La tutela satisfactiva busca la *realización* de un derecho. Dura mientras no se alteren los presupuestos fáctico-jurídicos que determinaron su prestación. Dura mientras dure la necesidad inherente a su protección²⁸. La distinción entre ambas es *funcional* y no *estructural*. La *inestabilidad natural* a la situación de *peligro* de daño irreparable o de difícil reparación da la *falsa impresión* de que la tutela cautelar no es definitiva, pero no hay nada más allá de eso: el secuestro dura mientras dure la situación de peligro, así como la sentencia de alimentos vincula solamente mientras se verifiquen los presupuestos para su concesión.

Si la tutela cautelar y la tutela satisfactiva son definitivas, entonces es forzoso admitir que las decisiones que prestan tutela cautelar también son idóneas para adquirir la calidad de cosa juzgada. La diferencia está en que el *objeto* de la cosa juzgada en la tutela cautelar –como es obvio– no está en el *derecho cautelado*. El derecho declarado existente es simplemente el *derecho a la cautela*, instrumentalmente ligado al derecho cautelado²⁹. Ello muestra,

²⁷ Sobre la cláusula *rebus sic stantibus* y la eficacia de la tutela jurisdiccional, ampliamente, cfr. Remo CAPONI. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milán: Giuffrè, 1991. Por su parte, Adroaldo Furtado FABRÍCIO. “A coisa julgada nas ações de alimentos”. In *Ensaio de direito processual*. Río de Janeiro: Forense, 2003, pp. 314-315, es enfático al decir que “todas las sentencias contienen implícita la cláusula *rebus sic stantibus*”.

²⁸ Fredie DIDIER Jr.; Paula Sarno BRAGA; Rafael OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil*, vol. II, 5ª ed. Salvador: JusPodium, 2010, p. 459, observan, correctamente, que la tutela cautelar constituye una hipótesis de tutela *definitiva*, pero ven en ella apenas la *eficacia temporal*. La eficacia, sin embargo, no es temporal. Ella dura mientras dure la situación de peligro de daño irreparable o de difícil reparación. Vale decir: mientras no haya alteración en el cuadro fáctico-jurídico que la justificó. Ahora, si la alteración de los elementos de la causa autoriza la afirmación de que el proveimiento que incide sobre él es temporal, entonces inclusive los proveimientos de conocimiento son temporales, ya que también tienen su eficacia restringida a la permanencia de la situación fáctico-jurídica que los justificó.

²⁹ De ahí la razón por la cual es perfectamente posible afirmar, como lo hace Ovídio BAPTISTA DA SILVA. *Do processo cautelar*. *Ob. cit.*, pp. 67-76, la existencia de un *derecho material a la cautela*. En esa misma línea, aunque con variaciones en relación a la posición de Ovídio, afirma José Joaquim CALMON DE PASSOS. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais,

igualmente, que el proceso que busca la prestación de tutela cautelar se desarrolla mediante *cognición plena* del derecho a la cautela. Apenas el *derecho cautelado* es que es conocido de *forma sumaria*.

El problema, por tanto, no reside en separar la tutela cautelar de la técnica anticipatoria. Esa impostación de la materia es equivocada³⁰, porque no es posible tratar en el mismo plano una *tutela* y una *técnica*. Son conceptos distintos³¹. Es claro que la tutela cautelar no se confunde con la tutela satisfactiva anticipada, pero eso ya es un problema superado por la mejor doctrina³². El problema ahora está en percibir que la *técnica anticipatoria* es apenas un *medio* para la realización de la tutela *satisfactiva* o de la tutela *cautelar* y que esas formas de tutela jurisdiccional deben ser pensadas a partir del derecho material o, más propiamente dicho, a la luz de la teoría de la *tutela de los derechos*³³.

La tutela cautelar es una protección jurisdiccional que busca resguardar el derecho a la otra tutela del derecho o a la otra situación jurídica tutelable³⁴. No resguarda el proceso³⁵; apenas asegura para que pueda eventualmente ocurrir la satisfacción. Hay seguridad-para-ejecución³⁶. Ya la tutela satisfactiva

1984, p. 58, que la *tutela cautelar* busca *satisfacer* una pretensión *cautelar*. Y, también en la misma línea, señalan con razón Fredie DIDIER Jr.; Paula Sarno BRAGA y Rafael OLIVEIRA. *Curso de direito processual civil*. Ob. cit., p. 462, la *definitividad* de la decisión que aprecia el *derecho a la cautela*.

³⁰ Como ya observamos en otro lugar: Daniel MITIDIERO. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2006, p. 45.

³¹ Correctamente enseña ALVARO DE OLIVEIRA. *Teoria e prática da tutela jurisdiccional*. Río de Janeiro: Forense, 2008, pp. 91-92, que es imposible “confundir las formas de tutela jurisdiccional con las técnicas que pueden ser empleadas para una mejor realización de la propia tutela jurisdiccional. La tutela emanada del juez constituye ejercicio de poder, representando así un valor, pues implica un efecto jurídico, y todo efecto jurídico es un valor jurídico condicionado. Por ello, se afirma corrientemente que el derecho no constituye una técnica, sino una estructura compleja, integrada también por los elementos del derecho no escrito: los valores, las costumbres, los institutos, el propio *ius involuntarium*, todo componiendo una morfología de la praxis social. Las técnicas, sin embargo, aunque sirvan al valor, no pueden ser confundidas con éste. Al respecto, observa acertadamente Del Vecchio que las reglas técnicas constituyen los medios obligatoriamente empleados para conseguir un propósito, pero no prejuzgan si es lícito, obligatorio o ilícito proponerse el fin que se trate. La técnica nada tiene que ver con el valor de las finalidades a las que sirve, pues, como medio e instrumento, concierne exclusivamente a los procedimientos que permiten realizarlas, sin preocuparse en esclarecer si son buenas o malas. Apreciar el mérito de los fines del individuo constituye un problema ético, no técnico”.

³² Luiz Guilherme MARINONI. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., pp. 67-140.

³³ Luiz Guilherme MARINONI. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; *Antecipação da tutela*. Ob. cit. Obviamente, afirmar que la tutela jurisdiccional debe ser pensada a la luz de la tutela de los derechos no implica retirar de la escena los elementos normativos propios a la conformación de la tutela jurisdiccional (seguridad, efectividad, igualdad, participación, libertad). Esos elementos, ingeniosamente identificados por ALVARO DE OLIVEIRA. *Teoria e Prática da tutela jurisdiccional*. Ob. cit., pp. 111-137, son imprescindibles para la adecuada identificación de la tutela jurisdiccional que debe servir a la prestación de la tutela del derecho.

³⁴ Luiz Guilherme MARINONI y Sérgio Cruz ARENHART. *Curso de processo civil*, vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 19-42; Luiz Guilherme MARINONI; Daniel MITIDIERO. *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 763. Obsérvese, sin embargo, que en esos lugares se alude a la tutela cautelar como tutela temporal, entendimiento que es dejado de lado aquí.

³⁵ Ovídio BAPTISTA DA SILVA. *Curso de processo civil*. Ob. cit., p. 49.

³⁶ Proviene de Ovídio BAPTISTA DA SILVA, al contrario de lo que normalmente se supone, la distinción entre “seguridad-para-ejecución” y “ejecución-para-seguridad”. Las expresiones fueron acuñadas a partir

es una protección jurisdiccional que inmediatamente realiza un derecho, sin ninguna ligación con otro derecho. Y si la tutela satisfactiva es realizada de forma anticipada motivada por la urgencia, entonces hay ejecución-para-seguridad.

Ambas pueden ser prestadas de forma *anticipada* con el fin de litisregulación³⁷. Vale decir: es posible obtener antes del final del proceso tanto tutela cautelar como tutela satisfactiva, pero ello no autoriza ninguna confusión respecto del fin de esas tutelas, ni de los presupuestos inherentes a las respectivas concesiones. *La técnica anticipatoria se refiere solamente al momento en que la tutela es prestada y al módulo de cognición vinculado a éste*³⁸. La tutela satisfactiva realiza desde ya el derecho anticipado (combate el *peligro en la tardanza*), utilizándolo, inclusive, tanto para *prevenir* ilícitos como para *reprimir* ilícitos y/o daños³⁹.

de la interpretación que Ovídio hizo del siguiente pasaje de PONTES DE MIRANDA, a propósito del secuestro: “con la generalidad que tomó la medida cautelar de secuestro, es muy importante distinguir del secuestro cautelar el embargo, a veces llamado ‘secuestro’, en la ejecución para la seguridad. Los casos del Código Comercial, art. 239, son de pretensión a la ejecución. Acción contra el *dueño de la obra*, ejercitable por el hecho de contratista o del subcontratista. No se refiere a la seguridad de la pretensión o de la prestación, sino a la *ejecución misma*. Sus efectos son los del embargo. Es *embargo*. La pretensión a que se refiere el art. 527 del Código Comercial también lleva a una acción, que no es cautelar” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XII, 2ª ed., actualización legislativa de Sérgio Bermudes, Río de Janeiro: Forense, 2003, p. 94, siendo que el mismo pasaje consta, con brevísimas modificaciones, en los *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., actualización legislativa de Sérgio Bermudes, Río de Janeiro: Forense, 2003, p. 94, tomo XII). Como se ve, las elocuentes expresiones no constan en PONTES, aunque de él sea posible extraerlas. En los dos primeros libros de Ovídio respecto de la tutela cautelar (*As ações cautelares e o novo processo civil. Ob. cit.*, y *Doutrina e prática do arresto ou embargo*. Río de Janeiro: Forense, 1976) no hay ninguna alusión a dichas expresiones. La primera vez que ellas aparecen –sin guiones– es en la obra *A ação cautelar inominada no direito brasileiro. Ob. cit.*, p. 96. El guión es incorporado posteriormente en *Do processo cautelar. Ob. cit.*, p. 66: “a eso es que damos el nombre de ‘ejecución-para-seguridad’, siguiendo, por cierto, la ingeniosa concepción de Pontes de Miranda (*Comentários*, 1939), tomo VIII, pp. 332-333; *Comentários* (Código de 1973), tomo XII, p. 125” y, posteriormente, en el *Curso de processo civil*, vol. III. *Ob. cit.*, pp. 28, 53, 105-106.

³⁷ Para usar una expresión de José TESHEINER. *Medidas cautelares*. São Paulo: Saraiva, 1974; y en *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 155-162.

³⁸ Acentuando el momento cronológico, cfr. Crisanto MANDRIOLI. “Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali”. In *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1964, pp. 555 y siguientes. A propósito, Ferruccio TOMMASEO. *I provvedimenti d’urgenza – Struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983, pp. 13-14, se equivoca al refutar el pensamiento de MANDRIOLI precisamente por suponer que la *tutela anticipatoria* es una tutela, cuando en verdad constituye una simple *técnica procesal* que visa a la prestación de la *tutela jurisdiccional de los derechos*.

³⁹ La técnica anticipatoria, cuando es aplicada a la tutela satisfactiva, puede tanto prestar tutela preventiva (impedir la práctica, la reiteración o la continuación de un ilícito) como tutela represiva (remover un ilícito, reparar un daño o resarcirlo). De ahí que no sea la propuesta más adecuada, según pensamos, sustentar que la tutela anticipada (léase, tutela satisfactiva anticipada) sirve solamente para “una auténtica y típica prevención del daño, capaz de comprometer el propio derecho, eventualmente reconocido al final, o su gozo y disfrute”, con lo que actúa precisamente para “prevención del daño o del perjuicio: se anticipa un efecto bastante y suficiente para impedir la lesión, mediante la toma de medidas prácticas, a consustanciarse en órdenes o mandatos del órgano judicial” (ALVARO DE OLIVEIRA. “Perfil dogmático da tutela de urgência”. *Ob. cit.*, p. 222). Obsérvese que la concesión del secuestro, por ejemplo, no *impide* la alienación del bien embargado. Éste apenas *conserva* la sujeción del bien a la ejecución a fin de garantizar el resarcimiento por determinado daño. *Prevenir significa impedir la práctica, la reiteración o la continuación de un acto ilícito*. En realidad, la tutela cautelar presupone la violación del derecho y con

La tutela cautelar apenas asegura la posibilidad de disfrute futuro del derecho cautelado (combate apenas el *perigo de infructuosidad*), y en nada perjudica el resultado del proceso que busca la prestación de la tutela satisfactiva (“las medidas cautelares son neutras frente al resultado del proceso principal”⁴⁰). Actúa represivamente con intención de simple conservación⁴¹.

De ahí que si un día se supuso que todas las decisiones liminares eran cautelares⁴², hoy sin duda es posible afirmar que todas las decisiones liminares son oriundas de la técnica anticipatoria y serán satisfactivas o cautelares conforme al objetivo que de ellas se espera frente al derecho material. Se cumple allí el camino: *de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*.

Si bien es verdad que tutela cautelar y tutela satisfactiva no se confunden –como es poco más que evidente– también es verdad que la técnica anticipatoria no tiene por función simplemente componer el *perigo de tardanza* del proveimiento jurisdiccional. En verdad, no es ese el objetivo de la técnica anticipatoria. Correspondió a Luiz Guilherme MARINONI dar ese paso decisivo para una adecuada comprensión de la técnica anticipatoria⁴³.

La técnica anticipatoria tiene por función *distribuir de forma isonómica la carga del tiempo en el proceso*⁴⁴. Esa distribución puede ocurrir tanto frente a la alegación de *urgencia* –léase, de peligro de ilícito o de peligro de daño– como frente a la necesidad de otorgar el debido valor a la *evidencia* del derecho puesto en juicio⁴⁵.

ella, en el fondo, lo consiente. El secuestro, para continuar en el mismo ejemplo, sólo asegura que, eventualmente ocurrida la situación jurídica temida, será tenido como eficaz frente al orden jurídico. La tutela es represiva. Actúa presuponiendo el daño y como respuesta posterior a éste.

⁴⁰ Como bien observa Humberto THEODORO Jr. *Processo cautelar*, 18ª ed. São Paulo: LEUD, 1999, p. 66.

⁴¹ Luiz Guilherme MARINONI. *Tutela inibitória*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 192-210; Luiz Guilherme MARINONI. *Antecipação da tutela*. *Ob. cit.*, pp. 88-90; *aliter*, viendo en la tutela cautelar un fin preventivo, cfr. Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. “Perfil dogmático da tutela de urgência”. *Ob. cit.*, pp. 223-224; Ovídio BAPTISTA DA SILVA. *Do processo cautelar*. *Ob. cit.*, pp. 9-11.

⁴² Galeno LACERDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, 7ª ed. Río de Janeiro: Forense, 1998, p. 53.

⁴³ Luiz Guilherme MARINONI. *Tutela antecipatória, julgamento imediato e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; Luiz Guilherme MARINONI. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado – Parte incontroversa da demanda*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; Luiz Guilherme MARINONI. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁴⁴ Luiz Guilherme MARINONI. *Antecipação da tutela*. *Ob. cit.*, p. 23.

⁴⁵ Es por esa razón que no es posible afirmar que “tutela cautelar y anticipatoria comparten el mismo género, destinado a la prevención del daño al probable derecho de la parte” y que ambas especie pueden ingresar en el género “tutela de urgencia” o “proceso de urgencia”, como indica ALVARO DE OLIVEIRA. “Perfil dogmático da tutela de urgência”. *Ob. cit.*, p. 237, con expresa adhesión de José Roberto dos Santos BEDAQUE. *Tutela cautelar e tutela antecipada*. *Ob. cit.*, pp. 162-163; y de Paulo Afonso Brum VAZ. *Manual da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 88-89. Percíbese que no se trata de un simple problema *terminológico*: cuando se habla de tutela de urgencia como género en el cual se insertan las especies tutela satisfactiva sumaria y tutela cautelar se acentúa la finalidad común: la *urgencia*. Ese elemento, sin embargo, no está presente en la tutela satisfactiva sumaria fundada en la evidencia, de modo que no es posible *sistematizar* a partir de aquel el fenómeno en toda su *integridad*. Para que se pueda sustentar semejante propuesta sería necesario encontrar una finalidad común entre la

La técnica anticipatoria puede prestar tutela satisfactiva o cautelar frente a la *urgencia*. En esa línea, busca *realizar* o *cautelar* un derecho frente al *peligro de tardanza* de la tutela jurisdiccional final. El *peligro de ilícito* puede ser *prevenido* o *reprimido* mediante tutela *satisfactiva* anticipada (*tutela inhibitoria* o *tutela de remoción del ilícito*). El *peligro de daño* puede ser *reprimido* mediante tutela *satisfactiva* anticipada (*tutela reparatoria* o *tutela resarcitoria*) o *reprimido* mediante tutela *cautelar* anticipada. El examen del derecho en una perspectiva comparada revela que, de un modo general, las legislaciones albergan la posibilidad de obtención de tutela inmediata frente a la *urgencia*, no obstante no realicen, en la mayoría de las veces, las distinciones aquí sugeridas⁴⁶.

La técnica anticipatoria puede prestar tutela jurisdiccional al derecho frente a la *evidencia* del derecho postulado en juicio. Ahí la tutela anticipada viene prevista como *desplegada* totalmente del *peligro*, hecho que deja a la vista un importante cambio en su función, ya no más asimilable a la tutela de *urgencia*⁴⁷. El objetivo de la tutela de la evidencia está en *adecuar* el proceso a la mayor o menor evidencia de la posición jurídica defendida por la parte en el proceso, tomando la mayor o menor *consistencia* de las alegaciones de las partes como elemento para la *distribución isonómica* de la carga del tiempo a lo largo del proceso⁴⁸.

tutela satisfactiva fundada en la evidencia y la tutela cautelar. Por ello nos parece apropiado trabajar el tema enfocándolo a partir de la técnica anticipatoria y de su *finalidad común*: el equilibrio de la carga del tiempo en el proceso.

⁴⁶ Así, en el cuadro europeo: Alemania, ZPO, §§ 935 (*Einstweilige Verfügung bezüglich Streitgegenstand*) y 940 (*Einstweilige Verfügung zur Regelung eines einstweiligen Zustandes*); España, LEC, arts. 726 (*Características de las medidas cautelares*) y 728 (*Peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caucción*); Francia, NCPC, arts. 808 y 809, primera parte (*Les ordonnances de référé d'urgence*); Inglaterra, RCP, rule 25 (*interim remedies – interim injunctions e freezing injunctions*); Italia, CPC, art. 700 (*provvedimenti d'urgenza*); Portugal, CPC, art. 381 (providencias cautelares no especificadas). En el cuadro americano: Brasil, CPC, arts. 273, 461 y 798 (tutela anticipada satisfactiva y tutela cautelar innominada); Estados Unidos de América, FRCP, rules 64 (*seizure of person or property*) y 65 (*injunctions – preliminary injunction, temporary restraining order y security*); México, CDCDF, art. 239; Perú, CPC, art. 611 (*poder general de cautela*); Uruguay, CGP, art. 311 (*medidas cautelares con universalidad de aplicación*). En Argentina, varios Códigos de las Provincias prevén tutelas sumarias de forma atípica (por ejemplo, el Código de la Provincia de La Pampa y de San Juan). En Chile y en Colombia no existe previsión de tutela sumaria atípica en las respectivas codificaciones. Para un amplio panorama, cfr. José Rogério Cruz e TUCCI (coord.). *Direito processual civil americano contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010; José Rogério Cruz e TUCCI (coord.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010; Oscar CHASE y Helen HERSHKOFF (coords.). *Civil Litigation in Comparative Context*. St. Paul: Thomson-West, 2007, pp. 294-326; Mabel DE LOS SANTOS; Petrônio CALMON. “Informe general sobre tutelas urgentes y cautela judicial”. In Tavolari Oliveros, Raúl (coord.). *Derecho procesal contemporáneo – Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Santiago: Thomson Reuters Punto Lex, 2010, pp. 365-396.

⁴⁷ Como observa, con razón, Cécile CHAINAIS. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*. París: Dalloz, 2007, p. 510.

⁴⁸ Sobre el asunto, entre otros, cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Antecipação da tutela*. *Ob. cit.*; *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. *Ob. cit.*; *Tutela antecipatória e julgamento imediato – Parte incontroversa da demanda*. *Ob. cit.*; *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. *Ob. cit.*; Daniel MITIDIERO. “Tutela antecipatória e defesa inconsistente”. In Armelin, Donald (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares – Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. *Ob. cit.*, pp. 333-341; “Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa: uma proposta de compreensão do art. 273, § 6º, CPC, na perspectiva do direito fundamental a um processo

Pocas legislaciones prevén la técnica anticipatoria fundada en la simple evidencia. Dentro de ellas, sin duda destacan el *Nouveau Code de Procédure Civile* francés con la posibilidad del *référé provision* (arts. 809, segunda parte, y 849, segunda parte, 873, segunda parte, y 894, segunda parte)⁴⁹ y el Código de Proceso Civil brasileño con la previsión de la tutela anticipatoria fundada en la existencia de la defensa inconsistente (art. 273, inciso II, “abuso del derecho de defensa” o “manifiesto propósito dilatorio del demandado”)⁵⁰.

Sobre la tutela anticipatoria fundada en la evidencia existe, sin embargo, una controversia de monta en la doctrina a propósito de la finalidad, de la naturaleza y de los presupuestos para su aplicación.

La tutela anticipatoria fundada en el art. 273, inciso II, CPC, busca promover la *igualdad sustancial* entre las partes⁵¹. Se trata de una técnica que tiene como objetivo distribuir el peso que el tiempo representa en el proceso de acuerdo con la mayor o menor *probabilidad* de que la posición afirmada por la parte sea fundada o no. Cuando el legislador brasileño instituyó la tutela anticipada basada en el abuso del derecho de defensa o contra el manifiesto propósito dilatorio del demandado, buscaba evitar que el demandante fuese perjudicado y el demandado beneficiado en idéntica medida por el tiempo del proceso. *El legislador trató el tiempo del proceso como fuente potencial de daño a las partes*, sugiriendo su distribución isonómica a fin de que no represente perjuicio al demandante que tiene razón –que sería obligado a soportarlo íntegramente– ni beneficio para el demandado que no la tiene.

La premisa de ese raciocinio reside en que *quien debe soportar el tiempo que el proceso normalmente lleva a su desarrollo y desenlace es aquel litigante que lo necesita para mostrar que tiene razón*. Sólo ahí la tutela jurisdiccional será realmente adecuada a la manera como el derecho material se presenta en juicio. *Aquel litigante que desde ya presenta una posición de mayor evidencia con relación a la situación litigiosa, siendo probablemente el titular del derecho litigioso, debe disfrutar*

sem dilações indevidas”. In *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 41-57; Luiz Guilherme MARINONI y Daniel MITIDIERO. *Código de Processo Civil comentado*. Ob. cit., pp. 270-271; Daisson FLACH, *A verossimilhança no processo civil*. Ob. cit., pp. 93-107; Guilherme Rizzo AMARAL. “Verdade, justiça e dignidade da legislação: Breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e de Jeremy Waldron”. In Knijnik, Danilo (coord.). *Prova judiciária – Estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 129-152; Adroaldo Furtado FABRÍCIO. “Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares”. In *Ensaio de direito processual*. Ob. cit., pp. 187-199; Luiz FUX. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁴⁹ Sobre el asunto, cfr. Cécile CHAINAIS. *La protection juridictionnelle provisoire*. Ob. cit., pp. 510-542; Alessandro JOMMI. *Il référé provision – Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Itália*. Turín: Giappichelli Editore, 2005.

⁵⁰ El art. 273, párrafo 6, CPC, también puede ser encarado como técnica procesal que visa a la prestación de *tutela jurisdiccional diferenciada* a situaciones en que hay *derecho evidente*. Sin embargo, como allí hay *cognición plena* y no simple *cognición sumaria*, su examen escapa de nuestro propósito en ese ensayo. Sobre el tema, por todos, cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. Ob. cit., pp. 141-216.

⁵¹ ALVARO DE OLIVEIRA y Daniel MITIDIERO. *Curso de processo civil*, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

del bien de la vida mientras que su adversario busque probar que su posición es merecedora de tutela jurisdiccional.

Estas observaciones fuerzan a reconocer que la finalidad de la tutela anticipatoria basada en el art. 273, inciso II, CPC, no es *sancionar* un eventual comportamiento inadecuado de una de las partes⁵². Para *castigar* el comportamiento del litigante de mala fe, a propósito, la legislación echa mano de otras técnicas procesales, como por ejemplo la sanción por acto atentatorio a la dignidad de la jurisdicción (art. 14, párrafo único, CPC) y la responsabilización por daño procesal (art. 16, CPC)⁵³.

Ello quiere decir que la tutela anticipatoria fundada en el art. 273, inciso II, *no puede ser entendida como tutela anticipatoria sancionatoria*. No es esa su naturaleza. La tutela anticipatoria fundada en abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio del demandado constituye más propiamente una tutela anticipatoria fundada en la mayor probabilidad de veracidad de la posición jurídica de una de las partes⁵⁴. Se trata de una tutela anticipatoria de simple *evidencia*.

Semejante entendimiento de la materia tiene inmediata repercusión sobre los presupuestos de aplicación del art. 273, inciso II, CPC. Se ha dicho que “la simple probabilidad de existencia del derecho, no acompañada del abuso del derecho de defensa o del manifiesto propósito dilatorio del demandado, no es suficiente para autorizar la anticipación”⁵⁵ y que “el acto, inclusive abusivo, que no impida ni retarde los actos procesales subsecuentes no legitima la medida anticipatoria”, con lo que “la invocación, por el demandado, en la contestación, de razones infundadas, por sí sola no justifica la anticipación de tutela”⁵⁶.

Esto no nos parece. No obstante respetables opiniones, pensamos que basta para la anticipación de la tutela fundada en el art. 273, inciso II, CPC, la mayor consistencia de una de las posiciones jurídicas asumidas por las partes en el proceso. Vale decir: *si la versión más probable es la del demandante, merece tutela inmediata, aunque provisoria, a fin de que el tiempo del proceso no sea un peso exclusivamente soportado por él.*

En realidad, para la concesión de tutela anticipatoria con base en el art. 273, inciso II, CPC, basta que el demandado ejerza su derecho de defensa de manera no seria o inconsistente⁵⁷. Visto en esa perspectiva, el art. 273, inciso II, CPC, se asemeja al art. 809, segunda parte, del CPC francés hace poco mencionado, técnica desde hace mucho reclamada inclusive por la doctrina

⁵² En contra, Bruno Vasconcelos Carrilho LOPES. *Tutela antecipatória sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 55.

⁵³ Carlos Alberto ALVARO DE OLIVEIRA. “Perfil dogmático da tutela de urgência”. *Ob. cit.*, p. 222.

⁵⁴ Luiz Guilherme MARINONI. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. *Ob. cit.*, pp. 56-57.

⁵⁵ Bruno Vasconcelos Carrilho LOPES. *Tutela antecipatória sancionatória*. *Ob. cit.*, p. 56.

⁵⁶ Teori ZAVASCKI. *Antecipação da tutela*. *Ob. cit.*, p. 81.

⁵⁷ Ovídio BAPTISTA DA SILVA. *Curso de processo civil*, vol. I, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 142-143.

italiana para la inserción en su ordenamiento jurídico⁵⁸, debiendo ser encarado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado como manifestaciones de contestaciones o defensas no serias a lo largo del proceso.

Frente a todo ello es claro que la tutela de cognición sumaria prestada mediante la técnica anticipatoria no puede ser vista más tan solo en la perspectiva de la urgencia, teniendo por lema únicamente la neutralización del peligro en la demora de la prestación de la tutela jurisdiccional. La técnica anticipatoria tiene una función más profunda: realizar la *igualdad* en el proceso frente a la carga que el tiempo representa en la vida de los litigantes. Por su intermedio, el proceso civil se estructura a modo de prestar una *tutela adecuada, efectiva y tempestiva a los derechos*.

3. La estructuración dogmática: el perfil de la tutela sumaria

Establecido el concepto de tutela sumaria, prestada mediante la técnica anticipatoria, corresponde trazar su perfil, vale decir, corresponde trabajar los elementos dogmáticos que componen su estructuración: se impone, por tanto, el análisis de sus fundamentos, de su amplitud, de sus requisitos, del momento para su concesión, de la motivación de la decisión que de ella se sirve, de su efectivización y de la responsabilización por su disfrute.

3.1. Fundamentos

La necesidad del legislador infraconstitucional de organizar el proceso civil echando mano de la tutela sumaria se asienta en la propia idea de *Estado Constitucional*. El Estado Constitucional constituye el Estado Democrático de Derecho: *Estado de Derecho* y *Estado Democrático* son sus “dos corazones políticos”⁵⁹. Por ahora, nos interesa precisamente el primer aspecto de esa sintética y expresiva fórmula⁶⁰.

Para que exista Estado de Derecho es preciso que existan *juridicidad y seguridad jurídica*.

La juridicidad busca constituir el Estado a partir del Derecho⁶¹, tomándolo como medida para su organización político-social y colocando *todos debajo de su imperio*⁶². La juridicidad del Estado –por contener en sí la idea de

⁵⁸ Así, entre otros, cfr. Antonio CARRATA. *Profili sistematici della tutela anticipatoria*. Turín: Giappichelli Editore, 1997, p. 36.

⁵⁹ José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 98-100.

⁶⁰ Sintética y expresiva, en la medida en que con ella se resume todo el contexto en que encuentra en general la cultura jurídica contemporánea, conforme anotan, entre otros, Gustavo ZAGREBELSKY. *Il diritto mite – Legge, diritti, giustizia*, 13ª reimpresión. Turín: Einaudi, 2005, pp. 39-50, y Paolo RIDOLA. *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*. Turín: Giappichelli Editore, 2010, p. 22.

⁶¹ José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional*. *Ob. cit.*, p. 243.

⁶² Neil MACCORMICK. *Institutions of Law – An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford Press University, 2008, p. 60.

Derecho- remite a la idea de *justicia*, que a su turno impone la necesidad de *igualdad* de todos ante el orden jurídico⁶³.

Pero no basta la *juridicidad* para que se conforme el Estado de Derecho. Sin *seguridad jurídica*, aquella tampoco se realiza⁶⁴. La seguridad jurídica tiene como elementos la *certeza*, *previsibilidad*, *confiabilidad* y *efectividad* del Derecho⁶⁵. Sólo cuando aquellos dos elementos se concretizan es que se puede hablar de Estado de Derecho y, pues, de Estado Constitucional.

El derecho al *proceso justo* es el derecho al proceso civil en el Estado Constitucional. El ejercicio de poder en el Estado Constitucional sólo es *legítimo* si es pautado por aquel⁶⁶. Uno de sus elementos es el derecho a la *tutela jurisdiccional adecuada, efectiva y tempestiva*. El legislador infraconstitucional, al prever la técnica anticipatoria, realiza en un solo tiempo todo el caudal conceptual ligado al Estado Constitucional: la tutela sumaria busca distribuir de forma *isonómica* la carga del tiempo en el proceso, *adecuándolo* a las necesidades evidenciadas en éste a fin de que la tutela jurisdiccional sea prestada de forma *efectiva* a los derechos y en un *plazo razonable*. Es la Constitución como un todo, por tanto, la que asegura el derecho a la técnica anticipatoria⁶⁷. El derecho fundamental a la tutela adecuada, efectiva y tempestiva de los derechos es apenas su manifestación más palpable⁶⁸.

Un ordenamiento procesal civil sólo puede ser concebido como *completo* desde el punto de vista del Estado Constitucional si es que predispone al justiciable de la *técnica anticipatoria* de forma *atípica* y orientada no sólo a combatir la *urgencia*, sino también a proteger la *evidencia* de las posiciones jurídicas puestas en juicio. Se trata de una conclusión desde hace mucho conocida en la doctrina, pero infelizmente formada a partir de bases teóricas

⁶³ José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito constitucional. Ob. cit.*, p. 245; Claus-Wilhelm CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. Antônio Menezes Cordeiro, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 20.

⁶⁴ Aunque tomando la seguridad jurídica como un valor (“*value*”), Neil MACCORMICK. *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 16, igualmente observa su fundamentalidad para el Estado de Derecho (“*Rule of Law*”), haciendo expresa referencia a la certeza jurídica (“*legal certainty*”) y a la seguridad del ciudadano frente a las arbitrariedades estatales (“*safety of the citizen from arbitrary interference by governments and their agents*”) como *condiciones* para que los ciudadanos puedan autodeterminarse y vivir en circunstancias de mutua confianza (“*mutual trust*”).

⁶⁵ La descomposición de la seguridad jurídica en los elementos apuntados pertenece a Humberto ÁVILA. *Segurança jurídica no direito tributário – Entre permanência, mudança e realização* (en prensa). Otorgando acentuado peso a la seguridad jurídica en la organización del formalismo procesal, a nuestro ver acertadamente, ALVARO DE OLIVEIRA. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 100-107.

⁶⁶ Serge GUINCHARD *et alii*. *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4ª ed. París: Dalloz, 2007, p. 407.

⁶⁷ Aunque con fundamentación diferente, también es esa la conclusión de ALVARO DE OLIVEIRA. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. In Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (org.), *Processo e Constituição*. Río de Janeiro: Forense, 2004, p. 12. También: Teori ZAVASCKI. *Antecipação da tutela. Ob. cit.*, p. 60.

⁶⁸ Sobre el asunto, cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Antecipação da tutela. Ob. cit.*, pp. 133-140.

tímidas y, por eso mismo, apenas parcialmente idónea para densificar de forma efectiva el derecho al proceso justo⁶⁹.

3.2. Amplitud: de la tipicidad a la atipicidad

La acción es un *derecho compuesto* que visa a la prestación de tutela jurisdiccional adecuada, efectiva y tempestiva mediante un proceso justo⁷⁰. A fin de que el proceso pueda proteger de la forma más completa posible las más diversas situaciones sustanciales, la doctrina ha apuntado decididamente a la necesidad de la *atipicidad de la tutela jurisdiccional* predispuesta por el Estado. Vale decir: se parte de la existencia de una “*generale tutelabilità*” de todas las situaciones sustanciales carentes de tutela en el plano del derecho material⁷¹.

Impulsado por ese objetivo de “cobertura general”⁷², el legislador procesal civil puede desprenderse de su deber de organizar un proceso capaz de prestar tutela adecuada mediante la previsión de *tutelas jurisdiccionales diferenciadas* para cada situación sustancial digna de tutela⁷³ o puede prever técnicas procesales mediante *normas abiertas* a fin de que, a partir del caso concreto, las partes y el juez puedan dimensionar las reales necesidades de la situación sustancial puesta en juicio⁷⁴. Decidiéndose por la segunda alternativa,

⁶⁹ La doctrina, principalmente la italiana, siempre razonó en esos términos para concluir por la imprescindibilidad de la *tutela de urgencia atípica*, normalmente asociada tan solo a la *tutela cautelar* (por todos, cfr. Andrea PROTO PISANI. “Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile”. *Ob. cit.*, pp. 114-115). Lo que interesa, sin embargo, es insertar la *técnica anticipatoria* en ese discurso con los contornos aquí trazados, a fin de que el proceso civil tenga condiciones de concretizar el Estado Constitucional –y obviamente sus principios de igualdad y de seguridad jurídica– en toda su plenitud en la vida de los justiciables. Correctamente, cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Antecipação da tutela*. *Ob. cit.*, pp. 23-24; *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. *Ob. cit.*, pp. 13-49.

⁷⁰ Afirmar la acción como *derecho compuesto* significa definirla no por el simple acto de exigencia de tutela jurisdiccional (*demanda*), sino como un *complexo de posiciones jurídicas* coordinadas y reducidas a la unidad por el vínculo que el *procedimiento* representa en la vida del proceso. Como ya tuvimos la oportunidad de observar, “tanto las teorías abstractas como la teoría ecléctica se preocupan exclusivamente por el momento inicial del proceso (derecho o poder a una sentencia de mérito). Esa visualización del problema solo considera la acción como situación inactiva o estática, típica de quien es destinatario de un comportamiento imperativo de otro, vale decir, como posición subjetiva de ventaja o preeminencia en relación a un bien (en el caso, en relación a la decisión jurisdiccional de tutela), realizada por el deber de hacer nacer comportamientos positivos. En tal perspectiva, quedan en la sombra las posiciones jurídicas atribuidas al demandante a lo largo de todo el proceso, dado que el perfil necesariamente dinámico de la situación subjetiva va allí colocado en segundo plano por el relevo atribuido al perfil estático-sancionatorio del deber de prestar justicia. Por ello, la idea de concebir la acción como poder solitario de iniciar el proceso conduce a una indeseable identificación de la acción con el derecho de obtener una decisión. Pero la acción, entendida como poder de iniciativa, no representa el otro lado del deber de decidir del juez, constituyendo solamente su presupuesto, el soporte fáctico al cual el ordenamiento vincula a dicho deber” (ALVARO DE OLIVEIRA y Daniel MITIDIERO. *Curso de processo civil*. *Ob. cit.*, p. 139).

⁷¹ Adolfo DI MAJO. *La tutela civile dei diritti*, 4^a ed. Milán: Giuffrè, 2003, p. 76.

⁷² Flávio Luiz YARSHELL. *Tutela jurisdiccional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 59.

⁷³ Sobre esa perspectiva, consúltese el clásico ensayo de Andrea PROTO PISANI. “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”. In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 1979, pp. 536-591. En la doctrina brasileña más reciente, vinculando la tutela jurisdiccional diferenciada a los procedimientos especiales individualizados por el legislador, cfr. Ricardo de Barros LEONEL. *Tutela jurisdiccional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79.

⁷⁴ Es la propuesta de Luiz Guilherme MARINONI, cuando describe la necesidad de ir “de la acción abstracta y uniforme (acción única) a la acción adecuada a la tutela del derecho material y del caso

el legislador debe prever la posibilidad de que el juez tutele el derecho material alegado en juicio por medio de técnicas procesales predispuestas *atípicamente*, esto es, sin ninguna ligación *a priori* a una única especie de derecho (en una verdadera "*duttilità variabile*"⁷⁵ concreta de las técnicas procesales en conformidad con las tutelas jurisdiccionales de los derechos).

El examen del derecho procesal civil en la perspectiva comparada soporta la asertiva de que la técnica anticipatoria, para ser realmente un valor de tutelabilidad general de los derechos, debe encontrarse prevista de forma atípica por el legislador⁷⁶. Tal es la tónica que hoy une tanto ordenamientos del *Common Law* –como Inglaterra y Estados Unidos de América– como ordenamientos de la tradición romano-canónica –como Italia, Francia y Alemania⁷⁷. En todos ellos, al menos cuando se encuentra fundada en la urgencia, *la técnica anticipatoria está predispuesta para la tutela general de toda y cualquier situación jurídica en el plano del derecho material*, aunque a veces funcione como cláusula de cierre de un sistema en que se prevén simultáneamente técnicas anticipatorias típicas. *Se trata de una imposición inapartable de un sistema realmente preocupado con la realización efectiva de los derechos y, por tanto, que no se complace con una proclamación vacía y despreocupada de las situaciones sustanciales.*

3.3. Requisito: de la plausibilidad del derecho y del riesgo de actuación

La técnica anticipatoria actúa mediante la evaluación de la *plausibilidad* de existencia del derecho satisfecho o cautelado provisoriamente. Su realización depende de un juicio respecto de los *riesgos* inherentes a la realización provisoria de todo y cualquier derecho.

La técnica anticipatoria actúa mediante cognición sumaria. Mucho se discute respecto del *concepto* apropiado para retratar el *grado de intimidad en relación a la verdad* que se revela al juez cuando conoce *sumariamente* la causa⁷⁸. Descontadas las polémicas en torno a los conceptos de *verosimilitud* y *probabilidad*, importa dejar claro que la cognición sumaria posibilita al juez *convencerse* respecto de la *plausibilidad* de las alegaciones fáctico-jurídicas que las partes realizan en el proceso⁷⁹. No se exige del juez *certeza* sobre la *verdad*

concreto" (*Curso de processo civil*, vol. 1 – *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 227-303).

⁷⁵ La expresión es de Luigi Paolo COMOGLIO. "Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale". In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 1993, p. 489.

⁷⁶ Para un análisis del tema, en muchos puntos aún actual, cfr. Luigi Paolo COMOGLIO y Corrado FERRI. "La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi". In *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1990, pp. 967-972.

⁷⁷ Para referencia pormenorizada de la legislación, ver nota 45, *retro*.

⁷⁸ Guilherme Rizzo AMARAL. "Verdade, justiça e dignidade da legislação". *Ob. cit.*, p. 148.

⁷⁹ Sobre el debate respecto de los conceptos de verosimilitud y probabilidad, cfr. Piero CALAMANDREI. "Verità e verosimiglianza nel processo civile". In *Opere giuridiche*, vol. V. Nápoles: Morano Editore, 1972, pp. 615-640; Michele TARUFFO. *La prova dei fatti giuridici*. Milán: Giuffrè, 1992; *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009, pp. 85-92; Daïsson FLACH. *A verossimilhança no processo civil*. *Ob. cit.*, pp. 66-73; Guilherme Rizzo AMARAL. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 73-78; Luiz Guilherme MARINONI y Sérgio Cruz ARENHART. *Prova*. São Paulo: Revista dos

(*relativa y objetiva*) de las alegaciones procesales⁸⁰. El orden jurídico se contenta con la *posibilidad fundada* de que la parte tenga razón en sus alegaciones.

Obviamente, todo juicio de cognición sumaria importa una *asunción de riesgos*. La lógica de la técnica anticipatoria está en la asunción del riesgo a favor del derecho probable en detrimento del derecho improbable⁸¹. *Un sistema procesal civil sin previsión de la técnica anticipatoria es un sistema indiferente a la igualdad en el proceso, porque coloca invariablemente bajo las espaldas del actor todo el peso que el tiempo representa en él. Es un sistema que trata de igual forma situaciones desiguales –derecho probable y derecho improbable– y por eso ciertamente puede ser entendido como violador del derecho al proceso justo.*

Es preciso percibir, desde ese ángulo de visión, que la omisión judicial en la tutela de un derecho probable constituye una concesión de tutela al derecho improbable. En esa perspectiva, la asunción del riesgo procesal debe ser soportada por la parte que probablemente no tiene razón en la sustentación de su posición jurídica.

Por cierto, *es ilógico* vedar la técnica anticipatoria por el simple hecho de existir riesgo de irreversibilidad del resultado del proveimiento anticipado, como lo hace, por ejemplo, el art. 273, segundo párrafo, CPC brasileño. Nótese que al hacerlo el legislador prefiere tutelar al demandado que ostenta una posición procesal improbable en detrimento del actor que probablemente tiene razón en sus alegaciones, quebrando, obviamente, la lógica de distribución de riesgos que preside la técnica anticipatoria⁸². *No admitir la tutela anticipatoria de urgencia, por ejemplo, sólo porque el derecho del demandado puede ser lesionado es un gran equívoco lógico, pues aquel que pide la tutela anticipatoria debe demostrar que su derecho es probable y que hay peligro en la demora de la prestación jurisdiccional. De ese modo, si la tutela anticipatoria no fuese concedida cuando estén presentes esos dos presupuestos, estará siendo admitida una lesión al derecho, que es probable, sólo para que el derecho del demandado, que es improbable, no sea expuesto a la irreversibilidad. Ello es, rigurosamente, un despropósito*⁸³.

3.4. Sigue: sobre la urgencia y la evidencia

Tribunais, 2009, pp. 33-42; Lucas BAGGIO. *Tutela jurisdiccional de urgência e as exigências do direito material*. Río de Janeiro: Forense, 2010, pp. 96-104.

⁸⁰ Separando adecuadamente el problema de la *certeza* (ligado al *convencimiento*) del problema de la *probabilidad* (ligado a la *verdad*), cfr. Michele TARUFFO. *La semplice verità*. *Ob. cit.*, pp. 85-92; Jairo PARRA QUIJANO. “La probabilidad”. In Yarshell, Flávio Luiz y Moraes, Maurício Zanoide de (orgs.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 828-829.

⁸¹ Luiz Guilherme MARINONI. *Tutela cautelar e técnica antecipatoria*. *Ob. cit.*, p. 146.

⁸² Luiz Guilherme MARINONI y Daniel MITIDIERO. *Código de Processo Civil comentado*. *Ob. cit.*, p. 274.

⁸³ Es la lección vencedora en la doctrina: ALVARO DE OLIVEIRA, “Perfil dogmático da tutela de urgência”. *Ob. cit.*, p. 239; Luiz Guilherme MARINONI. *Antecipação da tutela*. *Ob. cit.*, pp. 196-201.

Además de la plausibilidad del derecho, la técnica anticipatoria requiere la demostración de una *situación de urgencia* o de una *situación de evidencia* del derecho postulado por la parte.

La técnica anticipatoria fundada en la urgencia siempre busca combatir un *peligro en la demora* de la prestación jurisdiccional. Ese peligro puede consustanciarse en la posibilidad de un ilícito, en su reiteración o continuación, puede buscar la remoción de un ilícito o la reparación de un hecho dañoso. En cuando al daño, la técnica anticipatoria puede satisfacer inmediatamente el derecho o simplemente cautelarlo, si la tutela del derecho está expuesta a un *peligro de infructuosidad*.

Lo ideal es que el legislador, al prever la situación de urgencia, eche mano de una *expresión procesal con suficiente apertura al derecho material*. “Peligro en la demora” y “temor de ineficacia del proveimiento final” son buenas locuciones para desempeñar semejante finalidad ya que permiten el uso de la técnica anticipatoria para la prestación tanto de tutelas contra el ilícito como contra el daño.

Todo lleva a excluir de la lista de opciones viables la expresión “daño irreparable o de difícil reparación”, al menos como alternativa con pretensión exclusivista, porque allí se ignora –inconstitucionalmente, por cierto– la posibilidad de viabilización de tutelas contra el ilícito⁸⁴.

A fin de que no existan dudas respecto de la posibilidad de una técnica anticipatoria fundada en la evidencia, el legislador procesal también tiene el deber de utilizar *expresiones adecuadas* para la descripción del soporte fáctico en el texto legal cuando se ocupa de ella. Por ejemplo, el legislador francés alude, para la previsión de *référé-provision*, a la “existence de l’obligation n’est pas sérieusement contestable” (art. 809, segunda parte, NCPC). Por su parte, el legislador brasileño habla de tutela anticipatoria cuando quede caracterizado el “abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado” (art. 273, inciso II, CPC).

Es deseable que se eviten ambigüedades en la legislación. Lo más adecuado, por tanto, es vincular a la tutela de la evidencia tan sólo aquello que realmente importa: la mayor o menor probabilidad de un derecho en detrimento de otro. De ahí que la redacción francesa se muestre superior a la brasileña. En términos ideales, el legislador tiene que conectar la posibilidad de tutela de la evidencia a la existencia de *defensa inconsistente* del demandado⁸⁵. Con ello, se respeta la lógica de la técnica anticipatoria fundada en la evidencia, según la cual tiene que *pagar por el tiempo del proceso* el litigante que lo necesite para mostrar que tiene razón.

⁸⁴ Luiz Guilherme MARINONI y Daniel MITIDIERO. *O projeto do CPC – Crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 106-108.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 109-110.

3.5. Momento de concesión

La técnica anticipatoria se orienta a la concesión de tutela jurisdiccional satisfactiva o cautelar bajo la cognición sumaria con vista en el peligro de tardanza del proveimiento jurisdiccional o de defensa inconsistente. El momento propio para la utilización de la técnica anticipatoria varía de acuerdo con el sustrato que la motiva. En cualquier caso, la marca esencial de la técnica anticipatoria, en ese particular, es la *movilidad*: la invocación de la técnica anticipatoria concierne en tanto quede configurada la situación de urgencia o de evidencia.

Si la técnica anticipatoria tiene por objetivo hacer frente a la urgencia, bien puede ser el caso de que sea necesaria la instauración de un *proceso preliminar* para su prestación. Es lo que la doctrina italiana suele denominar de tutela urgente *ante causam*. En ese caso, el proceso preliminar funciona como *verdadera porción* del proceso posterior que busca *completar* la cognición del *derecho a la tutela del derecho* o del *derecho a la seguridad del derecho*. Nada obsta igualmente para que ello pueda ocurrir inclusive frente al *juicio recursal*, mientras que *el recurso eventualmente esté pendiente de remisión* a la instancia competente para su examen o inclusive mientras esté *pendiente el propio plazo para la interposición* del recurso correspondiente⁸⁶.

A lo largo del proceso, la técnica anticipatoria puede ser utilizada siempre que esté configurado el peligro en la demora de la prestación jurisdiccional (*initio litis* o inclusive a lo largo de todo el procedimiento). Lo que interesa para su concesión es la caracterización de la situación de urgencia acompañada de los demás requisitos que la legitiman. Ello se debe al hecho de que la técnica anticipatoria fundada en la urgencia sea naturalmente *móvil*, esto es, actúa *donde sea y en el momento en que sea necesaria*.

Ya la técnica anticipatoria fundada en la evidencia normalmente debe ser prestada después de la contestación del demandado. Ello porque la configuración de la defensa inconsistente es realizada mediante el *cotejo* entre las posiciones jurídicas defendidas por las partes en el proceso. Puede ocurrir, sin embargo, de que la materia discutida en el juicio se preste a la comprensión sin necesidad de apoyo en pruebas. En ese caso, la técnica anticipatoria fundada en la evidencia puede ser prestada liminarmente, siempre que sea probable el ofrecimiento de defensa inconsistente. Se trata de una situación que puede ocurrir, por ejemplo, cuando determinado demandante busca la prestación de tutela jurisdiccional fundada en un precedente firme de alguna Corte Superior, en donde normalmente la defensa del demandado tiene como único fin dilatar la realización de la tutela del derecho del demandante. De ahí la razón por la cual también es posible afirmar la *movilidad* de la técnica anticipatoria fundada

⁸⁶ Sobre esas dos últimas situaciones, frente al recurso de apelación y de los recursos especial y extraordinario, cfr. Luiz Guilherme MARINONI y Daniel MITIDIERO. *Código de Processo Civil Comentado*. Ob. cit., pp. 527-530 y pp. 551-552.

en la evidencia del derecho puesto en juicio: *si y cuando* esté configurada la defensa inconsistente, tiene lugar la técnica anticipatoria para equilibrar la distribución de la carga del tiempo en el proceso.

3.6. Motivación de la decisión

La decisión que concede o niega tutela jurisdiccional al derecho mediante la técnica anticipatoria tiene que ser motivada. No hay proceso justo si los actos jurisdiccionales no son motivados adecuadamente.

La fundamentación de la decisión anticipatoria, aunque no tenga que ser extensa, tiene que ser *completa*. En el Estado Constitucional, la dirección del proceso por el juez es pauta por la *colaboración: el juez es paritario en su conducción y asimétrico apenas cuando pronuncia su decisión*⁸⁷. Ello quiere decir que el órgano jurisdiccional, frente al *deber de diálogo*, tiene el deber de responder a todos los *fundamentos* levantados por las partes en sus discursos para tomar cualquier decisión⁸⁸.

Para que la motivación pueda ser calificada como *completa*, el órgano jurisdiccional, tomando necesariamente en consideración todos los fundamentos alegados por la parte interesada (fundamentos son todas las proposiciones que por sí solas pueden llevar al acogimiento del pedido), tiene que explicitar en su decisión: (a) los enunciados de las elecciones realizadas para, (a1) la individualización de las normas jurídicas aplicables al caso, (a2) la comprensión de los hechos de la causa, (a3) la calificación jurídica del soporte fáctico, (a4) las consecuencias jurídicas provenientes de la calificación del hecho; (b) el contexto de los nexos de implicación y coherencia entre los enunciados de

⁸⁷ Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 72. Sobre la colaboración (*Kooperationsmaxime*) y el deber de diálogo judicial (*Erörterungspflicht des Richters*), cfr. Rudolf WASSERMANN. *Der soziale Zivilprozess – Zur Theorie und Praxis des Zivilprozess im sozialen Rechtsstaat*. Darmstadt: Luchterhand, 1978, pp. 97-128. Sobre el contexto cultural en que aparecen esas ideas en Alemania, cfr. Nicolò TROCKER. *Processo civile e Costituzione – Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milán: Giuffrè, 1974, pp. 34-64. Sobre la colaboración en el proceso civil en general, cfr. Eduardo GRASSO. “La collaborazione nel processo civile”. In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 1966, pp. 580-609. En Brasil, hablan de colaboración desde hace mucho, aunque solo de pasada, José Carlos BARBOSA MOREIRA. “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”. In *Temas de direito processual*, tercera serie. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 56; Ada Pellegrini GRINOVER. “Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória” (1984). In *Novas tendências do direito processual*. Río de Janeiro: Forense Universitária, 1990, pp. 2-3. Con mayor énfasis y desarrollo, la excepcional contribución de ALVARO DE OLIVEIRA al tema, que introdujo el asunto en la doctrina brasileña: “O juiz e o princípio do contraditório”. In *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 7-14, n. 73; “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. In *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, 2003, n. 90; *Do formalismo no processo civil*. *Ob. cit.* (1ª ed. de 1997), pp. 184-196. Recientemente, cfr. Fredie DIDIER Jr. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

⁸⁸ Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil*. *Ob. cit.*, pp. 137-140. También, Luiz Guilherme MARINONI y Daniel MITIDIERO. “Direito de ação, contraditório e motivação das decisões judiciais”. In SARLET, Ingo y SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal – Balanço e crítica*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 557-564.

la decisión y (c) la justificación de los enunciados con base en criterios que evidencien la corrección de su raciocinio⁸⁹.

Para la adecuada motivación no basta, obviamente, que la decisión conste del esquema-lógico jurídico con el que el juez logró llegar a la decisión⁹⁰. Semejante manera de verificar la motivación de la decisión ciertamente era suficiente cuando la doctrina no veía la necesidad de entender al juez como uno de los sujetos del contradictorio. *A partir del preciso momento en que se reconoció el deber de diálogo judicial como componente esencial del derecho al contradictorio, ese criterio deja de satisfacer como medida eficiente para aquilatar el cumplimiento del deber de motivación de las decisiones judiciales.* Como toda decisión judicial, aquella que presta tutela mediante la técnica anticipatoria no puede dejar de ser fundamentada de forma adecuada, bajo pena de configurar un ejercicio arbitrario del poder.

3.7. Efectivización de la tutela sumaria

La efectivización de la decisión que concede la tutela anticipada mediante cognición sumaria depende de la naturaleza del derecho material que es objeto de ella. Teniendo en cuenta esa necesidad de *adherencia* de la técnica procesal de efectivización de la decisión a la tutela del derecho, la doctrina destaca la necesidad de reconocerse allí la mayor *plasticidad* posible⁹¹.

En el derecho brasileño, la efectivización de la decisión anticipada obedece, para la concretización de imposiciones de hacer, no hacer y para la realización del derecho a la cosa, a un *sistema atípico* de técnicas procesales ejecutivas⁹². La decisión que concede tutela anticipada que busca imponer un hacer o un no hacer o concretizar el derecho a la cosa del demandante debe ser cumplida mediante la fijación de multa coercitiva (*astreintes*), expedición de mandato de búsqueda y aprehensión, entrada en la posesión o por la imposición de las “medidas necesarias” para la obtención de la tutela jurisdiccional del derecho de la parte, tales como la remoción de personas o cosas, destrucción de obras e impedimento de actividad nociva, si fuese necesario con requisición de fuerza policial (arts. 461, párrafos 3, 4 y 5 y 461-A, párrafo 3, CPC).

Sólo para la realización del derecho al pago de suma de cuantía, en principio, se tiene una ejecución limitada a la técnica procesal ejecutiva *típica* en que se consustancia la expropiación (art. 647, CPC). La tutela anticipada que visa a la obtención de cuantía cierta a favor del demandante debe seguir, según

⁸⁹ Michele TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*. Padua: Cedam, 1975, p. 467. También, cfr. ALVARO DE OLIVEIRA y Daniel MITIDIERO. *Curso de processo civil*. Ob. cit., pp. 47-49.

⁹⁰ Con razón, cfr. Michele TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*. Ob. cit., p. 417.

⁹¹ Luiz Guilherme MARINONI. *Antecipação da tutela*. Ob. cit., p. 208.

⁹² Para un análisis en la perspectiva comparada de las técnicas procesales ejecutivas, por todos, Michele TARUFFO. “L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici”. In Mazzamuto, Salvatore (org.), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I. Nápoles: Jovene Editore, 1989, pp. 63-106.

el art. 273, párrafo 3, CPC, el rito para la ejecución de las decisiones provisionales condenatorias en general (art. 475-O, CPC).

No siempre, sin embargo, el cumplimiento de la tutela anticipatoria de suma de dinero debe observar lo dispuesto en el art. 475-O, CPC. Existen casos en que ese artículo no se aplica. Obsérvese que cuando se piensa en la tutela anticipatoria frente a la sentencia condenatoria al pago de suma de dinero, sólo es posible pensar en una tutela que pueda ser efectivizada en el curso del proceso de manera inmediata, ya que de otra forma tendríamos una tutela concedida, pero que no puede ser útilmente efectivizada, lo que es lo mismo que transformar la tutela anticipatoria en una “tutela por la mitad” o en una tutela que no trae ningún resultado útil. En ese caso sólo podemos suponer la anticipación de la suma de dinero en sí misma, ya que el demandante evidentemente no pretende sólo el embargo del bien del deudor (para asegurar el futuro recibimiento de la suma) o asegurar la efectividad de la sentencia condenatoria. Lo que desea el actor es obtener desde ya una suma de dinero para que otro bien suyo no sea lesionado irreparablemente.

El problema es que la ejecución por cuantía cierta, prevista en el derecho brasileño, es sabidamente muy tardía. Así, si es cierto que el acreedor de alimentos tiene a su disposición una forma de ejecución que le es propia, cuando la suma anticipada se destina a evitar un daño grave a un bien digno de protección (o mejor, a un bien que puede ser equiparado, frente a su finalidad, a los alimentos que tiene por base el derecho de familia), es posible admitir -una vez entendido que hipótesis que merecen medios ejecutivos efectivos iguales no pueden ser tratadas de forma diferenciada- la aplicación de los medios de ejecución previstos en los arts. 732 a 735, CPC. En esos casos tenemos la tutela anticipatoria de una suma efectivizada, por ejemplo, a través del descuento de rentas periódicas. De manera análoga, ya se decidió que es posible el bloqueo de dinero público para el cumplimiento de tutela anticipatoria que ordene a la Hacienda Pública el suministro de medicamentos al demandante, a pesar de la existencia de reglas diversas para la ejecución por cuantía cierta contra la Hacienda Pública⁹³ (arts. 100, CF, y 730, CPC). Ya se decidió igualmente que es posible, al respecto, la imposición de multa coercitiva⁹⁴.

Siendo el caso, sin embargo, de que el crédito sea realizado por medio del procedimiento que expropia un bien del demandado, tenemos que recordar que el art. 273, párrafo 3, CPC, afirma que “la efectivización de la tutela anticipada observará, en lo que corresponda y conforme a su naturaleza, las normas previstas en los arts. 588, 461, párrafos 4 y 5, y 461-A”. El art. 475-O, inciso III, CPC (que sucedió al art. 588, CPC, hoy derogado), establece que sólo es posible “el levantamiento de depósito en dinero y la práctica de actos que impliquen la alienación de propiedad o de los cuales pueda resultar grave daño al ejecutado” si el ejecutante ofreciere “caución suficiente e idónea”. Ahora, la

⁹³ STJ, 1ª Turma, REsp n. 900.458/RS, rel. Min. Teori Zavascki, j. en 26.06.2007, DJ 13.08.2007, p. 338.

⁹⁴ STJ, 1ª Turma, REsp n. 836.913/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. en 08.05.2007, DJ 31.05.2007, p. 371.

llamada “ejecución provisoria” es, en realidad, una ejecución fundada en un título provisorio que no permite la realización del derecho precisamente por ser incompleta. Admitir que la ejecución de la tutela anticipatoria puede ser incompleta contraviene la razón de ser de la propia tutela anticipatoria y, por tanto, la racionalidad del sistema. En ese sentido, es correcto afirmar que la regla del art. 475-O, inciso III, CPC, solamente debe ser observada “en lo que corresponda”, como, por cierto, está escrito en el párrafo 3 del art. 273, CPC. Puede ser admitida, por tanto, la alienación de un bien en el cumplimiento de la tutela anticipatoria.

3.8. Responsabilización por el disfrute

La técnica anticipatoria implica la asunción de riesgos. Puede ocurrir que el derecho probable *a priori* se revele inexistente después de la cognición plena. Puede ocurrir igualmente que la parte privada del bien de la vida provisoriamente experimente un daño frente al disfrute de la decisión anticipada por la parte contraria.

En general, un breve examen del derecho comparado revela la existencia de *responsabilidad civil* por daños oriundos del disfrute indebido de tutela sumaria. De un lado, está la vertiente alemana, que prevé la responsabilización objetiva⁹⁵; de otro, la vertiente italiana, que prevé la responsabilidad subjetiva⁹⁶. El derecho brasileño vigente se inclinó por la solución alemana (arts. 273, párrafo 3, y 811, CPC).

Ese es un punto de la disciplina de la técnica anticipatoria que merece ser pensado con mucho cuidado. Nótese que en el sistema de responsabilización objetiva el demandante responde independientemente de dolo o culpa por la obtención de tutela a su derecho probable en detrimento de la posición jurídica improbable del demandado si acaso al final se llegue a la conclusión de que el pedido es infundado. De otro lado, si es negada la tutela de cognición sumaria al actor –lo que significa, en la práctica, que el órgano jurisdiccional entendió más probable la posición del demandado– y, completándose la cognición, se llega a la fundabilidad del pedido del demandante, no hay ninguna previsión de responsabilidad objetiva por un algún eventual daño experimentado por él frente al hecho de no encontrarse disfrutando, mientras está pendiente el proceso, del bien de la vida buscado en éste. *Por tanto, es evidente que allí hay tratamiento desigual entre las partes.*

Para que cese esta afrenta a la igualdad, una de dos: (i) o se extiende el régimen de responsabilidad objetiva para el demandado, en los casos en que la tutela sumaria debería haber sido concedida y no lo fue y el demandante experimente daño por causa de su denegación; o (ii) se instituye el régimen de responsabilidad subjetiva para el demandante frente al disfrute de la tutela

⁹⁵ ZPO, § 945 (*Schadensersatzpflicht*). Sigue la solución alemana el derecho español (LEC, art. 728, n. 3).

⁹⁶ CPC, art. 96 (*Responsabilità aggravata*). Siguen en ese particular el derecho italiano, el derecho portugués.

sumaria. De ahí la razón por la cual nos parece de mejor parecer la solución italiana: responsabilidad civil por el disfrute indebido de tutela sumaria sólo cuando el demandante “ha agito senza la normale prudenza”.

4. Las tendencias

Perfilada conceptualmente la técnica anticipatoria y visitados los puntos dogmáticos básicos de su estructuración, es oportuno enumerar ahora las principales tendencias que se pueden recoger respecto del tema a partir del examen realizado. Ellas pueden ser resumidas, apretadamente, de la siguiente manera: (i) fundamentación; (ii) atipicidad; (iii) movilidad; (iv) plasticidad; (v) prestación en vista de la urgencia o de la evidencia; (vi) disciplina diferenciada; y (vii) comprensión a la luz de la tutela jurisdiccional de los derechos.

4.1. La fundamentación

El derecho a la técnica anticipatoria constituye una técnica procesal inherente al proceso civil del Estado Constitucional. Como el derecho a la tutela jurisdiccional adecuada, efectiva y tempestiva de los derechos compone el derecho al proceso justo, es correcto encuadrar el derecho a la técnica anticipatoria como un derecho fundamental.

Y nótese el punto: no se trata solamente de reconocer estatura constitucional al derecho a la técnica anticipatoria. La tendencia es colocarlo como *derecho fundamental*, lo que implica reconocer todo régimen potencializado a la técnica anticipatoria propio a los derechos fundamentales, dentro de ellos la auto-aplicabilidad (art. 5, párrafo 1, CF), esto es, la posibilidad de concretización por el juez independientemente de legislación infraconstitucional mediatizadora⁹⁷.

4.2. La atipicización

La atipicización de la técnica anticipatoria constituye un importante movimiento para la universalización de la tutela jurisdiccional de los derechos. No es furtivo el hecho de que las principales legislaciones procesales civiles previeran un derecho a la técnica anticipatoria sin ninguna vinculación necesaria a esa o a aquella especie de tutela del derecho.

Bien pensadas las cosas, se trata de una solución inevitable. Como bien observa la doctrina a propósito de la atipicidad de las tutelas sumarias del

⁹⁷ Sobre las diferencias entre la primera constitucionalización del proceso civil (época de las garantías constitucionales) y su segunda constitucionalización (época de los derechos fundamentales), cfr. Daniel MITIDIERO. *Colaboração no processo civil. Ob. cit.*, pp. 42-43; ALVARO DE OLIVEIRA y Daniel MITIDIERO. *Curso de processo civil. Ob. cit.*, pp. 17-18. Para una consistente teoría de los derechos fundamentales, cfr. Ingo SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Para una consistente teoría de las normas en el Estado Constitucional, cfr. Humberto ÁVILA. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

derecho italiano y francés, “conviene reconocer que no sería posible al legislador prever de modo casuístico todas las situaciones concebibles y prescribir para cada cual una solución específica. Apenas *in concreto*, tomando en consideración las variables peculiaridades del caso, es que se podrá escoger el camino adecuado”⁹⁸.

4.3. La movilidad

La técnica anticipatoria constituye un importante factor de adecuación del proceso a las necesidades del derecho material y a la manera como las posiciones jurídicas de las partes se presentan en juicio. A fin de promover esa *natural variabilidad* de la técnica anticipatoria se tiene que reconocer al instituto la mayor movilidad posible, de modo que la urgencia y la evidencia puedan ser tratadas en juicio de forma idónea en el *exacto momento* en que se haga necesaria la actuación de la técnica anticipatoria.

4.4. La plasticidad

Dado que son varias las situaciones sustanciales pasibles de tutela por la técnica anticipatoria, el legislador infraconstitucional tiene que dotarla de plasticidad a fin de que pueda recubrir de forma adherente a toda y cualquier tutela del derecho que con dicha técnica se pretenda realizar o salvaguardar judicialmente. La plasticidad importa a fin de reconocer el deber del legislador infraconstitucional de instituir *técnicas procesales ejecutivas atípicas* para la efectivización de la tutela jurisdiccional del derecho mediante la técnica anticipatoria.

4.5. La urgencia y la evidencia

Aunque inicialmente estuvo ligada tan solamente a la urgencia, la técnica anticipatoria hoy también tiene lugar para sumarizar verticalmente la cognición a fin de otorgar un adecuado tratamiento a los *derechos evidentes* en el proceso civil. Con ello, se redimensiona inclusive el papel más profundo de la técnica anticipatoria, esto es, la distribución isonómica de la carga del tiempo entre las partes en el proceso civil.

4.6. La regulación diferenciada

Con el reconocimiento de que la técnica anticipatoria sirve tanto para la tutela satisfactiva como para la tutela cautelar, así como para hacer frente a la urgencia o para atender a la evidencia de las posiciones jurídicas de las partes en el proceso civil, *queda claro que la regulación legal del tema no puede ser la misma*. Ello porque no se puede confundir el acto de satisfacer un derecho con el de simplemente cautelarlo, aunque se haga, en ambos casos, provisoriamente. Bien puede ocurrir, de ser necesaria *prueba propia* para la cognición del derecho a la

⁹⁸ José Carlos BARBOSA MOREIRA. “Tutela de urgência e efetividade do direito”. In *Temas de direito processual*, octava serie. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 98.

cautela, cuya producción en el proceso ligado a la cognición para la tutela del derecho acautelado sea rigurosamente impertinente, imponiendo un *procedimiento propio* para la cognición del derecho a la seguridad⁹⁹. Es posible que se dé, igualmente, que el *proveimiento cautelar* tenga que *sobrevivir* a la sentencia de primer grado que declara inexistente el derecho cautelado (no obstante existente el derecho a la simple seguridad), a imponer la perfecta separación entre los proveimientos ligados a la tutela jurisdiccional de conocimiento y a la tutela jurisdiccional cautelar¹⁰⁰. Todo aconseja, por tanto, que dos problemas diferentes reciban trato diferente por el ordenamiento jurídico. Tratar el asunto unitariamente da lugar a la confusión conceptual y, por consiguiente, a dificultades pragmáticas.

4.7. La comprensión a partir de las formas de tutela jurisdiccional y de las especies de tutela de los derechos

La percepción de que la técnica anticipatoria constituye una simple forma de limitación vertical de la cognición –y, por tanto, constituye un asunto puramente técnico-procesal– impone la necesidad de dimensionar su uso a partir de las especies de tutela de los derechos¹⁰¹ (tutela inhibitoria, tutela de remoción del ilícito, tutela reparatoria, tutela resarcitoria) y de las formas de tutela jurisdiccional¹⁰² (tutela satisfactiva y tutelar cautelar, tutelas declaratorias, constitutiva, condenatoria, mandamental y ejecutiva) a fin de que la técnica procesal pueda cumplir adecuadamente con los fines pretendidos por el orden jurídico. La tutela de cognición sumaria es *neutra* y, como tal, debe ser *conformada y direccionada* por el derecho material (tutela de los derechos) y por el derecho procesal (tutela jurisdiccional) a fin de que produzca los resultados esperados por el orden jurídico. Pensarla de forma aislada significa tomarla como nave sin rumbo y, por tanto, sin ningún sentido efectivo para la tutela de los derechos.

5. Consideraciones finales

La técnica anticipatoria constituye una herramienta decisiva para la organización de un proceso justo. Su perfil conceptual y su estructuración dogmática deben ser bien aprendidos a fin de que se pueda tutela de forma realmente idónea los derechos. Dejada de lado, poco se puede esperar del proceso civil, al menos entendido éste como instrumento para la adecuada, efectiva y tempestiva protección de las situaciones sustanciales.

Bibliografía

⁹⁹ Luiz Guilherme MARINONI. *Tutela cautelar e tutela antecipatória. Ob. cit.*

¹⁰⁰ Ovídio BAPTISTA DA SILVA. *Curso de processo civil. Ob. cit.*, pp. 169-179; Luiz Guilherme MARINONI y Sérgio Cruz ARENHART. *Curso de processo civil. Ob. cit.*, pp. 29-31.

¹⁰¹ Luiz Guilherme MARINONI. *Tutela inibitória. Ob. cit.*; *Técnica processual e tutela dos direitos. Ob. cit.*; Sérgio Cruz ARENHART. *A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.*

¹⁰² ALVARO DE OLIVEIRA. *Teoria e prática da tutela jurisdiccional. Ob. cit.*

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

____. “O juiz e o princípio do contraditório”. In *Revista de processo*, n. 73. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

____. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. In Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

____. “Perfil dogmático das tutelas de urgência”. In *Revista da Ajuris*, n. 70. Porto Alegre, 1997.

____. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. In *Revista da Ajuris*, n. 90. Porto Alegre, 2003.

____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

____ y MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, vol. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

____. “Verdade, justiça e dignidade da legislação: Breve ensaio sobre a efetividade do processo, inspirado no pensamento de John Rawls e de Jeremy Waldron”. In Knijnik, Danilo (coord.). *Prova judiciária – Estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale. Milán: Giuffrè, 1983.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

____. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário – Entre permanência, mudança e realização* (en prensa).

____. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

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

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

- _____. *As ações cautelares e o novo processo civil*. Porto Alegre: Sulina, 1973.
- _____. *Curso de processo civil*, vol. I. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Curso de processo civil*, vol. III, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Doutrina e prática do arresto ou embargo*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Do processo cautelar*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo". In *Temas de direito processual*, terceira serie. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. "Le misure cautelari nel processo latino-americano". In *Temas de direito processual*, sexta serie. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. "Tutela de urgência e efetividade do direito". In *Temas de direito processual*, octava serie. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRIEGLEB, Hans Karl. *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*. Leipzig: Tauchnitz, 1859.
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padua: Cedam, 1936.
- _____. "Verità e verosimiglianza nel processo civile". In *Opere giuridiche*, vol. V. Nápoles: Morano Editore, 1972.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. Antônio Menezes Cordeiro, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milán: Giuffrè, 1991.
- CARPENA, Márcio. *Do processo cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- CARRATA, Antonio. *Profili sistematici della tutela anticipatoria*. Turín: Giappichelli Editore, 1997.
- CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*. París: Dalloz, 2007.
- CHASE, Oscar y HERSHKOFF, Helen (coords.). *Civil Litigation in Comparative Context*. St. Paul: Thomson-West, 2007.
- CHIOVENDA, Giuseppe. "Sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inibitorie". In *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II. Milán: Giuffrè, 1993.
- _____. *Instituições de direito processual civil*, trad. J. Guimarães Menegale y notas de Enrico Tullio Liebman, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. I.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. "Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale". In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 1993.
- COMOGLIO, Luigi Paolo y FERRI, Corrado. "La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi". In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 1990.
- COSTA, Guilherme Recena. "Entre função e estrutura: passado, presente e futuro da tutela de urgência no Brasil". In Armelin, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares – Estudos em Homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*, São Paulo: Saraiva, 2010.
- DE LOS SANTOS, Mabel y CALMON, Petrônio. "Informe general sobre tutelas urgentes y cautela judicial". In Tavolari Oliveros, Raúl (coord.). *Derecho procesal contemporáneo – Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Santiago: Thomson Reuters Punto Lex, 2010.
- DIDIER Jr., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula y OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, vol. II, 5ª ed. Salvador: JusPodium, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. "O regime jurídico das medidas urgentes". In *Nova era do processo civil*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "A coisa julgada nas ações de alimentos". In *Ensaio de direito processual*. Río de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. "Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares". In *Ensaio de direito processual*. Río de Janeiro: Forense, 2003.

- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos (los defectos en la recepción del derecho procesal común, sus causas y consecuencias en doctrina y legislación actuales)*. Barcelona: Bosch, 1953.
- FINZI, Enrico. “Comentário à decisão de 31 de janeiro de 1925 da Corte de Apelação de Florença”. In *Rivista di diritto processuale civile*. Padua: Cedam, 1926.
- FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GRASSO, Eduardo. “La collaborazione nel processo civile”. In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 1966.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Defesa, contraditório, igualdade e *par condicio* na ótica do processo de estrutura cooperatória” (1984). In *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- GUINCHARD, Serge (et alli). *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4ª ed. Paris: Dalloz, 2007.
- JOMMI, Alessandro. *Il référé provision – Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*. Turín: Giappichelli Editore, 2005.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. “Unità del procedimento cautelare”. In *Problemi del processo civile*. Nápoles: Morano Editore, 1962.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipatória sancionatória*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning* (1978). Oxford: Oxford University Press, 2005.
- _____. *Institutions of Law – An Essay in Legal Theory*, Oxford: Oxford Press University, 2008.
- MAJO, Adolfo di. *La tutela civile dei diritti*, 4ª ed. Milán: Giuffrè, 2003.

- MANDRIOLI, Crisanto, "Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali". In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 1964.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. *Tutela antecipatória, julgamento imediato e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Tutela inibitória*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado – Parte incontroversa da demanda*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Antecipação da tutela*, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ____ y ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*, vol. 4 – Processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ____ y MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *O projeto do CPC – Crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. "Direito de ação, contraditório e motivação das decisões judiciais". In Sarlet, Ingo y Sarmento, Daniel (coords.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal – Balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2006.
- _____. "Direito fundamental ao julgamento definitivo da parcela incontroversa: uma proposta de compreensão do art. 273, § 6º, CPC, na perspectiva do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas". In *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- _____. *Colaboração no processo civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. “O processualismo e a formação do Código Buzaid”. In *Revista de processo*, n. 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. “Tutela antecipatória e defesa inconsistente”. In Armelin, Donaldo (coord.). *Tutelas de urgência e cautelares – Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PARRA QUIJANO, Jairo. “La probabilidad”. In YARSHELL, Flávio Luiz y MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo VIII, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., actualización legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 2003, tomo XII.
- PROTO PISANI, Andrea. “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”. In *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1979.
- _____. “Appunti sulla tutela cautelare”. In *Rivista di diritto civile*. Padua: Cedam, 1987.
- _____. *Lezioni di diritto processuale civile*, 4ª ed. Nápoles: Jovene, 2002.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. “Teoria geral da ação cautelar inominada”. In *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RIDOLA, Paolo. *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*. Turín: Giappichelli Editore, 2010.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, Jaqueline Mielke da. *Tutela de urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padua: Cedam, 1975.
- _____. “L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici”. In Mazzamuto, Salvatore (org.). *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I. Nápoles: Jovene Editore, 1989.

- _____. *La prova dei fatti giuridici*. Milán: Giuffrè, 1992.
- _____. *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009.
- TESHEINER, José. *Medidas cautelares*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- _____. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- THEODORO Júnior, Humberto. *Processo cautelar*, 18^a ed. São Paulo: LEUD, 1999.
- TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza – Struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padua: Cedam, 1983.
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione – Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milán: Giuffrè, 1974.
- TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Direito processual civil americano contemporâneo*, São Paulo: Lex, 2010.
- _____. *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.
- VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozess – Zur Theorie und Praxis des Zivilprozess im sozialen Rechtsstaat*. Darmstadt: Luchterhand, 1978.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*, 13^a ristampa. Turín: Einaudi, 2005.
- ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*, 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.