

# DE LAS MEDIDAS ANTICIPATORIAS A LAS TUTELAS PROVISORIAS AUTÓNOMAS: UNA EVOLUCIÓN NECESARIA

---

Roberto Omar BERIZONCE

***Sumario:*** **I. Las técnicas de sumarización del proceso y las tutelas provisionarias autónomas. II. Las líneas de tendencia en el derecho comparado. a. Código General del Proceso uruguayo de 1989. b. Legislación brasileña de 1994 (art. 273 CPC y modificatorios). c. El sistema italiano y su transformación. d. Técnicas singulares de la tradición del civil law inglés. e. Las vías del ordenamiento español. f. Régimen procesal experimental portugués de 2006. III. Continuación. Las tutelas provisionarias en el Código de Proceso Civil brasileño de 2015. IV. De las medidas anticipatorias a las tutelas provisionarias autónomas como exigencia de la tutela judicial efectiva. V. Conclusiones.**

## **I. Las técnicas de sumarización del proceso y las tutelas provisionarias autónomas.**

En el Estado Democrático de Derecho el principio de igualdad en concreto exige procedimientos diferenciados, adecuados para tutelar derechos y situaciones preferentes. De hecho, la “universalización” que supone el proceso de cognición amplio ordinario, se ha tornado anacrónica, por su palmaria insuficiencia para abastecer las diversas situaciones que se presentan en el tráfico litigioso. No cabe admitir, entonces, que el proceso civil vaya a desligarse del papel que el derecho material y los derechos fundamentales representan en la sociedad. De ahí que el derecho al procedimiento adecuado se considere corolario del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>1</sup>. Precisamente, al aseguramiento de la adecuada protección de los

---

<sup>1</sup> MARINONI L.G., ARENHART S.C. y MITIDIERO D., *Novo curso de Processo Civil*, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2015, v. 1, pp. 29 y ss.; v. 2, pp. 39 y ss; 195 y ss..

derechos apuntan las diversas técnicas de sumarización y anticipación que, en general, asientan en la inversión del *onus* del tiempo del proceso al exceptuar el principio de la *nulla executis sine titulo*, fruto del mito de la búsqueda de la verdad. Se trata, entonces, de ponderar la admisión de medidas que aunque no compongan definitivamente el conflicto, al menos brinden soluciones puntuales en tiempo razonable, sobre la base siempre del buen derecho aparente que ostenta quien pretende el pronunciamiento<sup>2</sup>.

Sobre ese eje conceptual, los desarrollos de nuestra doctrina y jurisprudencia terminaron abriendo un ancho cauce, a partir de la recepción de las medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia en general<sup>3</sup>. Bien que más por creación pretoriana, a menudo anárquica y voluntarista, que por previsión legislativa, salvo algunos ordenamientos locales. El retraso inusitado de la íntegra normativa procesal –ha transcurrido medio siglo desde la sanción del CPCN en vigor- fue relegando la introducción de las nuevas instituciones y técnicas que se articulan en la mayoría de los sistemas que se exhiben en la legislación comparada.

Aún lejos estamos, todavía, de considerar siquiera una concepción superadora, cual es la de la autonomización de la tutela sumaria –una verdadera tutela satisfactiva autónoma y desgajada del proceso de cognición plena-. La idea de un procedimiento independiente del proceso principal, puede convertirse en una alternativa extremadamente útil y relevante. Simplemente porque para determinada clase de conflictos las partes interesadas tienden a preferir una solución rápida, justa y efectiva, en lugar del juzgamiento ordinario y exhaustivo, apto para la formación de la cosa juzgada pero inevitablemente extendido y moroso en los tiempos. De ello se sigue que las partes tienen derecho a la tutela provisoria, que sin duda integra el derecho fundamental del acceso a la justicia y de la tutela judicial eficaz y eficiente.

Claro que, tales técnicas de sumarización, han de articularse sin menoscabo de la garantía de la defensa y del debido proceso que resguarda a la parte contraria.

Todavía, la posibilidad de estabilización de la tutela concedida con carácter provisorio –tal como, siguiendo modelos que exhibe el derecho comparado, la regula el

---

<sup>2</sup> MARINONI L.G., *Novas linhas do Processo Civil*, Malheiros, São Paulo, 2a. ed., 1996, pp. 75-77.

<sup>3</sup> PEYRANO J.W., *Evolución de la medida innovativa*, La Ley, 2017-A, supl. 7-2-2017, Columna de opinión.

CPC brasileño de 2015- viene a cerrar técnicamente el círculo virtuoso, permitiendo que, en el marco del contradictorio, aquella adquiera definitiva certeza, al cabo de un procedimiento de cognición exhaustiva y la formación de la cosa juzgada material.

Haciendo pie en estas ideas, nos proponemos aquí el intento de formular un análisis sucinto de los desarrollos en visión comparativa, recorriendo las legislaciones más recientes y en especial el CPC brasileño de 2015, y al cabo concluir mostrando las líneas maestras que, desde nuestra perspectiva, resultarían útiles para legislar entre nosotros tan novedosas técnicas procesales. Sin olvidar desde luego la necesaria y no menos imprescindible optimización del proceso de cognición plena.

## **II. Las líneas de tendencia en el derecho comparado**

En las legislaciones contemporáneas resulta notoria una tendencia general a la adopción de técnicas diversas de agilización del proceso y, dentro de ellas, ocupan un lugar preferente los proveimientos de urgencia y la anticipación de la tutela<sup>4</sup>. Si bien habitualmente y en modo paralelo, las tradicionales medidas cautelares han conservado sus típicos efectos conservativos, que las diferencian de aquellas, en la evolución de los sistemas, en algunos países se ha terminado por admitir la fungibilidad con las anticipatorias. Así, en el derecho brasileño, a partir de las reformas de la ley 10.444, de 2002, donde se considera que se trata de dos modalidades bajo criterio común, desde que unas y otras son provisorias y dependen del proceso principal para ser mantenidas (art. 273 § 7, CPC).

En la reseña que sigue focalizamos la atención solo en algunas legislaciones; sin dejar de señalar la significación del *référé* francés que ha sido la fuente de la mayoría de aquellas, funcionando como una tutela general alternativa de la ordinaria<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> BIAVATI P., *Tutela cautelar, anticipatoria y sumaria en al reforma italiana*, RDP, 2009-2, pp. 493 y ss.. THEODORO JUNIOR H., *Tutela anticipada. Evolução. Visão comparatística...* Rev. de Processo, RePro, 2008, n° 157, pp. 130 y ss., 145. RICCI E. F., *Tutela de conhecimento sem coisa julgada e tutela anticipada...* en *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Prof. E. D. Moniz de Aragão*, coord. L.G. MARINONI, Rev. Ed. dos Trib., São Paulo, 2005, pp. 259 y ss..

<sup>5</sup> Para una visión completa y actualizada: CADIET L. y JEULAND E., *Droit judiciaire privé. Manuel*, 6ª. ed., Litec, París, 2009, pp. 447 y ss..

a. *Código General del Proceso uruguayo de 1989*. Siguiendo la matriz del Código Modelo iberoamericano-, incluye dentro del proceso cautelar las medidas provisionales y anticipativas, que podrán ser adoptadas por el juez para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos del pronunciamiento sobre el fondo (art. 317)<sup>6</sup>. La decisión provisional tiende a la inmediata satisfacción de la propia pretensión en razón de la gravedad de que la insatisfacción se extienda por más tiempo, dada la especial naturaleza del derecho violado. Constituye presupuesto para su otorgamiento la justificación sumaria de la “existencia del derecho” (art. 312 *in fine*); la petición debe necesariamente sustanciarse con la contraria y la decisión provisional hace cosa juzgada –*rebus sic stantibus*-<sup>7</sup>.

b. *Legislación brasileña de 1994 (art. 273, CPC y modificatorias)*. En Brasil, cuya legislación y doctrina han sido tan influyentes entre nosotros, la anticipación de la tutela representó una verdadera revolución en el sistema procesal<sup>8</sup>, a partir de la reforma de 1994. Una amplísima elaboración doctrinaria<sup>9</sup>, no siempre concordante, ha iluminado en los últimos tres lustros la interpretación de sus reglas. El precepto del art. 273 –ahora sustituido en el CPC de 2015- ha permitido sostener que no

---

<sup>6</sup> TARIGO E.J., *Lecciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*, F.C.U., Montevideo, 1994, v. II, p. 350. ABAL OLIU A., *Proceso cautelar y proceso provisional en Curso sobre el Código General del Proceso*, F.C.U., Montevideo, 1989, p. 77; id., *Sobre las medidas cautelares atípicas (medidas provisionales)*, Anales del Foro, Montevideo, 1992, p. 221; id., *Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de las sentencias en el Código Tipo Procesal Civil Iberoamericano*, Rev. Urug. Der. Proc., Montevideo, 1994, p. 57; id., *Medidas provisionales anticipadas (art. 317 C.G.P.)*, en VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, ed. Universidad, Montevideo, 1995, p. 23.

<sup>7</sup> ABAL OLIU A., *Medidas provisionales y anticipadas (art. 317 C.G.P.)*, ob. cit., pp. 28-29. BARRIOS DE ANGELIS D., en cambio, ha sostenido la naturaleza cautelar de dichas medidas (*El proceso civil*, ed. Idea, Montevideo, 1990, v. II, p.89).

<sup>8</sup> ALVIM E.A., *Antecipação da tutela*, Jurúa, Curitiba, 2007, 1ª. ed., p. 411.

<sup>9</sup> Destacamos tan solo algunas de las obras más significantes: MARINONI G.L., *Tutela cautelar e tutela antecipatoria*, ed. R.T., São Paulo, 1992; id., *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, Malheiros ed., 2ª. ed., São Paulo, 1996; id., *Novas linhas do processo civil*, Malheiros, São Paulo, 1996, 2ª. ed., p. 75 y ss.. DINAMARCO C.R., *A reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros ed., São Paulo, 1995, pp. 138-148, 270-272. NERY JUNIOR N., *Atualidades sobre o processo civil*, ed. Rev.dos Tribunais, São Paulo, 1995, pp. 45-59, 122-123. ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2008, 12ª. ed., pp. 389 y ss.. ALVIM E.A., *Antecipação da tutela*, ob. cit.. BARBOSA MOREIRA J.C., *Antecipação da tutela...* en *Temas de Direito Processual. Oitava Serie*, Saraiva, São Paulo, 2004, pp. 77 y ss.. BEDAQUE J.R., dos S., *Tutela cautelar e tutela antecipada*, Malheiros, São Paulo, 2006, 4ª. ed., *passim*. CARNEIRO A.G., *Da antecipação da tutela*, Forense, R. de Janeiro, 5ª. ed., 2004, *passim*. Una síntesis de las distintas posturas doctrinarias en torno a la interpretación del art. 273, puede verse en FIDÉLIS DOS SANTOS E. y FIDÉLIS SILVEIRA I., *Antecipação da tutela...*, en RePro, nº 166, 2008, pp. 300 y ss..

se trata de una tutela cautelar, sino de una "tutela primaria satisfactiva", en la que la decisión judicial equivale, *mutatis mutandi*, a la procedencia de la demanda inicial -con la diferencia fundamental representada por la provisoriedad-<sup>10</sup>. La discrecionalidad del juez en su concesión se refleja en el poder legal de otorgar la tutela en cualquier tiempo, revocarla o modificarla.

Según se ha expresado en un balance al cabo de quince años de su vigencia<sup>11</sup>, lo que efectivamente caracterizó el instituto, bajo el aspecto de su aplicación práctica, no han sido, en verdad, las condiciones propias de sus elementos definitorios legales, sino principalmente, la forma elástica y flexible de la *discrecionalidad* del juez en su concesión. Por lo demás, la anticipación pasó a constituirse en la verdadera disputa incidental del proceso de conocimiento<sup>12</sup>. El CPC de 2015 ha venido –como veremos- a completar y perfeccionar toda esa extensa y fructífera experiencia.

*c. El sistema italiano y su transformación.* Resulta particularmente interesante la evolución que en esta materia se ha dado en el régimen procesal civil italiano. La tutela anticipatoria se introdujo originalmente por preceptos especiales, como la *ordenanza provvisoriale di pagamento* en el proceso del trabajo (art. 423 CPC); o en el proceso contra la aseguradora de responsabilidad civil por riesgo de automotores (art. 24, ley 990, de 1969). La ulterior reforma de 1990 fue cautelosa, pues introdujo solo dos proveimientos específicos: una *ordenanza per il pagamento di somme non contestate* y una *ordenanza di ingiunzione* (art. 633, CPC), al lado de la tradicional tutela general asegurada por el art. 700, encasillada como proveimiento cautelar<sup>13</sup>. Con

<sup>10</sup> DINAMARCO C.R., ob. cit., pp. 139-140. Sobre los antecedentes en el derecho brasileño: NERY JUNIOR N., ob. cit., p. 50.

<sup>11</sup> FIDÉLIS DOS SANTOS E. y FIDÉLIS SILVEIRA I., ob. cit., pp. 305-306. El uso desenfrenado, por así decir, de la nueva potestad, obligó en la práctica, no ha teorizar sobre conceptos de suyo controvertidos en doctrina, sino a resolver caso por caso los sentidos definitorios de los requisitos legales, a partir de situaciones subjetivas basadas en realidad práctica y teleológica justificativa. O sea, evitar el retardo del goce de los derechos, aunque ello pudiere importar el sacrificio de la seguridad de las partes. La anticipación de la tutela se desenvuelve en Brasil –afirman- suplantando todos los conceptos técnicos y jurídicos que provienen del legislador. En ese contexto, *prueba inequívoca* y *verosimilitud* pasaron en conjunto a significar estado de convencimiento, solo que no definitivo.

<sup>12</sup> Ob. cit., p. 306. Ello principalmente a partir del reconocimiento de la potestad judicial, acordada al relator, de conferir efecto suspensivo al recurso contra la resolución que la concede. La recurrencia sistemática a la medida ha provocado la desvirtuación del instituto y el abarrotamiento de los tribunales (pp. 307-308). Todo hoy se resuelve con el poder general de cautela (ARRUDA ALVIM WAMBIER T., *Sobre a subsistência das ações cautelares típicas*, RePro, 175, 2009, p. 320).

<sup>13</sup> De la nutrida opinión autoral, puede verse una síntesis en: DITTRICH L., *Natura e presupposti del provvedimento d'urgenza*; en *Il nuovo processo cautelare, a cura di Giuseppe TARZIA*, Cedam, Padova,

posterioridad, el art. 186 *quater* CPC traído por la reforma de la ley 21-6-95, posibilitó al juez instructor el dictado de una ordenanza de condena provisional, inserta en el momento de la clausura de la instrucción con base en la valoración anticipada de la prueba y que constituye título ejecutivo<sup>14</sup>.

En ese camino, no siempre lineal, un significativo punto de inflexión se denota cuando se adopta una técnica procesal diferente a partir de la reforma de 2005 (art. 669 *octies* CPC y correlativos), que abandonó el carácter accesorio que caracterizaba tradicionalmente el procedimiento de la tutela de urgencia y acogió un sistema similar al del *référé* francés, donde prevalece la autonomía y sumariedad de las acciones cautelares satisfactivas. Se trata de atender tan sólo ciertas situaciones que suponen la irreparabilidad del perjuicio sufrido; y en ese esquema, las medidas anticipatorias constituyen una forma generalizada, rápida y sumaria de tutela jurisdiccional, alternativa al proceso ordinario de cognición, que si bien se concreta en pronunciamientos tan solo provisionales, que no producen cosa juzgada, son directamente ejecutables. Sin perjuicio de que puedan ser revocadas en juicio declarativo posterior<sup>15</sup>.

Se ha flexibilizado, en definitiva, la clásica regla de la instrumentalidad, lo que viene a posibilitar la pervivencia del pronunciamiento cautelar, con independencia y sin necesidad de promover el juicio de cognición; la clásica tutela cautelar conservativa asume así típicos perfiles anticipatorios y aún satisfactivos. En ciertas situaciones que presuponen *derechos de tutela preferente* –a la vida, a la salud, a la integridad física, etc.- por la irreparabilidad del perjuicio que se deriva, se habilita el dictado de decisiones provisionales pero que devienen directamente ejecutables (art. 669 *octies*), cuyos efectos perduran y se tornan definitivos, a menos que se instaure por

---

1993, pp. 190 y ss.. CONTE R., *Tutela d'urgenza tra diritto di difesa, anticipazione del provvedimento ed irreparabilità del pregiudizio*, Riv. Dir. Proc., 1995, pp. 213 y ss..

<sup>14</sup> LAPERTOSA F., *L'art 186 quater C.P.C. una rivoluzionaria novità nella giustizia civile*, Riv. Dir. Proc., 1996, p.54. DIDONE A., *Per la difesa dell'ordinanza succesiva alla chiusura dell'istruzione*, Riv. Dir. Proc., 1996, p. 71.

<sup>15</sup> Sobre las reformas del art. 669 *octies*, inc. 6º del CPC italiano: DITTRICH L., *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 CPC*, en TARZIA G., *Il processo cautelare*, 2a. ed., Padova, 2004, p. 227. SALETTI A., *Le misure cautelare a strumentalita attenuatà*, en *Il processo cautelare* a cura di G. Tarzia y A. Saletti, 3a. ed., Cedam, 2008, pp. 289 y ss.; *id*, *El nuevo régimen de las medidas cautelares y posesorias* en Rev. Peruana de Der. Proc., Lima, 2008, XI, pp. 387 y ss. BIAVATI P., *Tutela cautelar, anticipatoria y sumaria...*, ob. cit., pp. 497 y ss..

cualquiera de las partes el proceso de cognición plena. De ahí que –como se ha observado<sup>16</sup>- haya perdido virtualidad la tradicional distinción entre medidas conservatorias y anticipatorias, sustituido por lo que se ha denominado como régimen de “instrumentalidad atenuada”.

En su más reciente evolución se ha introducido un procedimiento sumario de cognición –ley n. 69/2009-, regulado en los arts. 702-*bis*, 702-*ter* y 702-*quater* del CPC, que instituye un trámite análogo al regulado en el art. 669-*sexies* y siguientes de las tutelas anticipatorias. Se trata de un mecanismo procesal de cognición simplificada idóneo para el dictado de un pronunciamiento que produce cosa juzgada y resulta inmediatamente ejecutivo, aplicable a todas las situaciones –y no solo a aquellas de resguardo diferenciado regidas por el estatuto de las medidas anticipatorias-. En un marco más amplio, el legislador italiano se propone reconducir el sistema vigente a tres tipos o modelos de procesos: el tipo ordinario de cognición plena, el tipo especial de las controversias del trabajo y, finalmente, el tipo especial sumario –en el que se insertan la tutela cautelar y anticipatoria<sup>17</sup>-.

*d. Técnicas singulares de la tradición del common law inglés.* En la tradición del *common law*, de su lado, las *Rules of Civil Procedure* (RCP) inglesas de 1999 instituyen bajo la denominación genérica de *interim remedies* un conjunto de medidas cautelares conservativas y de otras que encajan en la moldura de la tutela anticipada –las *interim injunctions*, que posibilitan el dictado de órdenes judiciales de hacer o no hacer alguna cosa, *rule 25.1(1)(a)*-, que pueden otorgarse en cualquier tiempo, incluso antes de la instauración del proceso, cuando medien razones de urgencia

---

<sup>16</sup> SALETTI A., *La misura cautelare*, ob. cit., pp. 303 y ss..

<sup>17</sup> BIAVATI P., *Tutela cautelar, anticipatoria y sumaria...*, ob. cit., pp. 514-516. En Italia el legislador en el convencimiento de la imposibilidad de asegurar a todos los ciudadanos una decisión en tiempo razonable, pone el énfasis sobre la tutela cautelar y anticipatoria con un adecuado control de las medidas y, al mismo tiempo, favorece todas las situaciones que puedan conducir a la estabilidad del proveimiento provisorio. Se acerca de ese modo a la transformación de la cautela en una tutela común. Al mismo tiempo, se trata de auspiciar todas las vías alternativas, tanto el arbitraje como la mediación o conciliación; además, se apuesta a la consulta preventiva por finalidades conciliatorias, siquiera como efecto eventual de la formación de prueba temprana para el proceso. El resultado final es que la tutela actuada mediante el proceso ordinario resulta ahora un fenómeno en retroceso (ob. cit., pp. 519-520). Sobre la ulterior reforma del art. 183 bis, introducido por ley n° 162 de 2014: CAPONI R., *Rigidità e flessibilità del processo civile en Processo em Jornadas*, coord. P.H. dos S. Lucón y ot., ed. Jus Podivm, Salvador, 2016, pp. 833 y ss..

o cuando el interés de la justicia lo haga deseable, fórmula flexible que abre al juez un considerable margen de apreciación<sup>18</sup>.

No menos importante para nuestro análisis es advertir que las RCP regulan varios tipos procesales: un *small claim track*, un *fast track* y un *multi track*, confiriendo al juez el poder de escoger de entre ellas, y para cada caso, el trámite adecuado en atención al valor de la causa, la complejidad de los hechos, la naturaleza de la providencia que se pretende, el número de las partes, la importancia del pleito para terceros (*rule* 26.1, 26.4, 26.6, 26.7, 26.8). Se consagra, así, una considerable flexibilidad en la elección del procedimiento, que ha de fijarse mediante resolución expresa susceptible de impugnación<sup>19</sup>.

*e. Las vías del ordenamiento español.* La LEC española N° 1/2000 ha traído consigo innovaciones muy modestas. A la simplificación del proceso en general apuntan, entre otras técnicas, la nueva regulación del juicio verbal, el proceso monitorio<sup>20</sup>, la sistematización de las medidas cautelares. Sin embargo, solo se legisla específicamente sobre tutelas anticipatorias en los procesos familiares –alimentos provisionales (art. 768.2)-. A su vez, el art. 762.2 autoriza medidas satisfactivas, si bien con carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento, y no habrán de prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte<sup>21</sup>. En realidad la aceleración de los desarrollos litigiosos encuentra su principal escenario en los denominados juicios verbales (arts. 437 a 447), cuya materia se regula en el art. 250, comprensiva de la tutela sumaria de la posesión, de los derechos reales inscriptos, pretensiones relacionadas con la compraventa a plazos de bienes muebles y otros, además de las demandas de menor cuantía que no excedan el tope legal. Se trata de un tipo procesal abreviado de cognición fragmentada que culmina con sentencia que, cuando resuelve sobre tutela sumaria, no produce cosa juzgada material (art. 447.2, 3 y

---

<sup>18</sup> BARBOSA MOREIRA J.C., *Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês*, en *Temas de Direito Processual*, Sétima Série, ed., Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 179 y ss.. ZUCKERMAN A.A.S., *Court control and party compliance...* en *The reforms of Civil Procedure in comparative perspective*, ed. N. TROCKER and V. VARANO, G. Giappichelli ed., Torino, 2005, p. 143 y ss..

<sup>19</sup> BARBOSA MOREIRA J.C., *La revolución procesal inglesa*, en RDP, 2009-II, pp. 552-553.

<sup>20</sup> CORREA DEL CASO J., *El proceso monitorio de la nueva LEC*, Marcial Pons, Madrid, 2000, *passim*. Sobre el éxito de su aplicación práctica: PICO I JUNOY J., *El proceso monitorio...* en *XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal*, UBA-AADP, Bs. As., 2009, pp. 1090 y ss..

<sup>21</sup> ORTELLS RAMOS M., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, 3ª. ed., Navarra, 2002, pp. 995-996.



4), lo que posibilita un proceso posterior<sup>22</sup>. Ello ha llevado a afirmar que tal regulación ha implicado un verdadero retroceso, al estar ausente ahora la tutela jurídica mediante procesos de cognición sumaria o limitada<sup>23</sup>.

*f. Régimen procesal experimental portugués de 2006.* En la legislación portuguesa, los proveimientos de urgencia, sean conservatorios o satisfactivos, se incluyen en el marco de la tutela cautelar<sup>24</sup>. Se instituyó un régimen procesal experimental, dec. ley 108/2006<sup>25</sup>, que tiende a la sumarización de las formas del proceso, con incidencia especial en los clásicos sumarios determinados, donde se reduce la cognición judicial y cuyo ámbito ha terminado extendiéndose a los procedimientos cautelares y a los procesos de *injuntion*. Si bien se discute en general si tiene sentido mantener la relación de instrumentalidad entre las providencias cautelares y la acción principal, de todos modos el dec. ley de 2006 establece que cuando han sido traídos al procedimiento cautelar los elementos necesarios para la resolución definitiva del caso, el tribunal puede, previa audiencia de las partes, anticipar el juzgamiento de la causa principal (art. 16, dec.-ley. cit.)<sup>26</sup>.

Lo más significativo en punto al proceso de cognición sumario que se crea, es que se establece un procedimiento simple, abierto y flexible encomendando al juez amplias funciones de dirección y ordenación de las causas, con el objetivo de acelerar y simplificar sus desarrollos, en atención a la materia singular en disputa. Con ese fin, crea incentivos para premiar la colaboración de las partes entre sí y con el tribunal<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> ORTELLS RAMOS M., ob. cit., pp. 654 y ss.; 605-606. Para una severa crítica del art. 447: FAIREN GUILLEN V., *Lo “sumario” y lo “plenario” en los procesos civiles...*, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pp. 721 y ss.; 785 y ss., para quien los procesos sumarios han pasado a ser simples medidas precautorias, confundidas casi con las cautelares (p. 730).

<sup>23</sup> VAZQUEZ SOTELO J.L., *El nuevo Código Procesal Civil español...* en *Studi di Diritto Processuale Civile in onere di Giuseppe Tarzia*, Giuffrè ed., Milano, 2005, v. I, pp. 775-777.

<sup>24</sup> FERREIRA DA SILVA C.M., *Providencias anticipatorias no processo civil português*, conferencia pronunciada en las XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Brasilia, 1998, n° 25.

<sup>25</sup> TEIXEIRA DE SOUSA M., *Um novo processo civil português: a la recherche du temps perdu?* en Rev. de Processo, RePro, 2008, n° 161, p. 216-217. Sobre el régimen procesal experimental (dec-ley 108/2006), de flexibilización de las formas: CORREIA DE MENDONÇA L., *Processo civil líquido e garantías...* en Rev. de Processo RePro, n° 170, 2009, pp. 215 y ss..

<sup>26</sup> CORREIA DE MENDONÇA L., ob. cit., p. 235.

<sup>27</sup> CORREIA DE MENDONÇA L., ob. cit., pp. 239-240. Se ha señalado críticamente que se trata de un proceso “líquido”, en el sentido de un modelo de enjuiciamiento en que las formas se desintegran, completamente modelado por el juez y que deja abierta la posibilidad de la arbitrariedad (pp. 249-250).

### III. Continuación. Las tutelas provisorias en el Código de Proceso Civil brasileño de 2015

El flamante CPC brasileño estatuye novedosamente un régimen jurídico singular que consagra la *tutela provisoria* (arts. 294 y ss.), que puede fundarse en *urgencia* o *evidencia*. A su vez, la tutela provisoria de urgencia puede concederse como cautelar o bien como anticipada; y ambas en carácter antecedente –antes de planteado el “pedido principal”- o en vía incidental en un proceso en curso<sup>28</sup>.

1. Se adoptó un esquema único para las tutelas de urgencia, sustituyéndose de ese modo el régimen del CPC de 1973 que trataba separadamente la tutela cautelar y la anticipada (art. 273). Ahora son consideradas especies del mismo género, con muchos aspectos similares. Ambas se caracterizan por una *cognición sumaria*, son provisorias y revocables y tienden a neutralizar los perjuicios derivados del transcurso infructuoso del tiempo en el proceso, por medio de técnicas distintas, una *conservativa de preservación* (cautelar) y la otra *satisfactiva* (anticipada)<sup>29</sup>.

Por lo demás, pueden ser requeridas por vía incidental en el curso principal sin necesidad de promover un proceso autónomo.

La tutela provisoria de urgencia o de evidencia, una vez concedida produce sus efectos de inmediato y conserva su eficacia durante toda la pendencia del proceso, aún recurrida, sin perjuicio de su expresa revocación o modificación en cualquier tiempo por decisión al cabo de cognición más profunda (art. 296), mediante resolución motivada “de modo claro y preciso” (art. 298).

El juez podrá determinar las medidas que considere adecuadas para la ejecución de la tutela provisoria, si no mediare cumplimiento. Se ha de tener en cuenta que la ejecución fundada en un título provisorio se rige en la pertinente por las reglas de la ejecución definitiva, sin perjuicio de la responsabilidad objetiva que corresponde al ejecutante por los daños causados al ejecutado si ulteriormente se revoca, modifica o anula la decisión provisoria (arts. 520-522).

2. En cuanto a las disposiciones específicas de la *tutela de urgencia* – Título II-, según el art. 300, será concedida “cuando hubiere elementos que evidencien la

---

<sup>28</sup> Seguimos en la exposición a ARRUDA ALVIM WAMBIER T. y otros, *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2015, pp. 487 y ss..

<sup>29</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER T. y otros, ob. cit., pp. 487-488. Asimismo, DINAMARCO C.R., *Nova era do processo civil, Malheiros*, São Paulo, 4a. ed., 2013, p. 59.

probabilidad del derecho y el peligro de daño o el riesgo al resultado útil del proceso”. Si se plantea como anticipada, no será concedida cuando hubiere “peligro de irreversibilidad de los efectos de la decisión” (§ 3, artículo cit.).

La tutela de urgencia supone, básicamente, un procedimiento de actuación pronta y eficaz que tiende a evitar un daño irreparable o de difícil reparación. En su núcleo asienta la urgencia considerada en sí misma, como configurativa de una situación de peligro y emergencia que expone a un derecho material –no procesal- que se pretende proteger. De modo que la técnica procesal de la tutela de urgencia tiene por objeto impedir la consumación o el agravamiento del daño<sup>30</sup>.

a. Los *requisitos* para su procedencia –trátese de la cautelar o de la satisfactiva- son, entonces: a) evidencia de la probabilidad del derecho –*fumus boni iuris*-, que constituye un estándar más elevado que el de la mera verosimilitud; b) peligro de la demora, que implica peligro de daño o riesgo de infructuosidad por la demora en la satisfacción del derecho. La particularidad viene dada por el eje equilibrador, que pasa ahora por el peligro en la demora: cuanto mayor es el peligro demostrado, menos *fumus* se exige para la concesión de la tutela. De modo que el juicio de plausibilidad con su alta dosis de subjetividad y discrecionalidad, de algún modo, pasa a segundo plano, en contraposición con la calidad o cualidad del derecho en juego. Como se ha señalado<sup>31</sup>, convenciéndose mínimamente el juez, en esos casos –v.gr. autorización de una cirugía de urgencia- de que eventualmente hay alguna plausibilidad, es decir un grado aún menor de la probabilidad, en el derecho invocado, la tutela debe ser concedida, aún la satisfactiva. Lo que importa, y resulta decisivo, es evitar el daño irreparable o de difícil reparación a la parte. La fórmula legal del art. 300 se corresponde sustancialmente, en definitiva, con las exigencias que imponía el art. 273 CPC anterior, ya esclarecidas en una copiosa doctrina autoral (*supra* nota 9).

Para la concesión de la tutela de urgencia, el juez puede, en atención a las circunstancias del caso, exigir caución real o personal fiduciaria idónea, para resarcir los eventuales daños, pudiendo la caución ser dispensada si la parte económicamente carenciada no pudiera ofrecerla (art. 300, § 1º)

---

<sup>30</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER T. y ot., ob. cit., pp. 497-498.

<sup>31</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER T. y ot., ob. cit., pp. 499.

Además, se estatuye otra condición en relación a la tutela de urgencia de naturaleza anticipada, que no será concedida cuando hubiere peligro de irreversibilidad de los efectos de la decisión (art. 300, § 3), también oriundo de la preceptiva derogada. Conviene subrayar que se trata de una irreversibilidad fáctica y no jurídica; la decisión por su provisionalidad puede ser revisada, pero la irreversibilidad a que se alude está referida a las consecuencias de la ejecución de la medida. Ya vigente el anterior art. 273, II, 2, la doctrina y la jurisprudencia habían flexibilizado este requisito, admitiendo la existencia de supuestos en que aún siendo irreversibles los efectos de la decisión, la tutela correspondía ser otorgada<sup>32</sup>. Se trata, en definitiva, de aplicar el principio de ponderación, por medio del cual el juez procede a una valoración comparativa de los riesgos, escogiendo aquel que causara el mal menor. Claro que si se revoca la decisión, la restitución al *status quo* anterior, si fuere imposible, se convertirá en reparación de los daños y perjuicios, regulada en el art. 302.

b. Frente a los amplios márgenes de discrecionalidad judicial en el otorgamiento de las tutelas provisorias máxime las dificultades de interpretación de los diversos conceptos indeterminados, se prevé que en la decisión que las concediera, negara, modificara o revocara, el juez motivará su convencimiento de modo claro y preciso (arts. 298, 489 § 1).

c. En cuanto a la ejecución de la tutela provisorias, el juez podrá determinar las medidas que considere adecuadas, observándose las normas referentes al cumplimiento provisorio de la sentencia (arts. 297, 520 a 522).

3. *El procedimiento de la tutela anticipada requerida en carácter antecedente* está regulado pormenorizadamente en los arts. 303 y 304, mediante los cuales se prevé la apertura a partir de la petición inicial y su contenido, tanto como los efectos de la concesión de la tutela, la participación acordada al demandado y el régimen de la estabilización de la aludida tutela, que conduce a su consolidación definitiva salvo decisión ulterior que la revisara, modificara o invalidara.

El nuevo ordenamiento, en consecuencia, a diferencia del esquema del art. 273, CPC derogado, admite expresamente la posibilidad de requerir una tutela anticipada satisfactiva en carácter antecedente. Se trata de un procedimiento que permite al juez, mediando urgencia y bajo cognición sumaria, dictar una decisión de tutela provisorias,

---

<sup>32</sup> BARBOSA MOREIRA J.C., *Temas de Direito Processual*, Oitava Serie, Saraiva, São Paulo, 2004, pp. 82-83.

pero con aptitud para tornarse inmutable. Se consagra, de ese modo, la *autonomía de la tutela de cognición sumaria vertebrándose un verdadero y típico proceso urgente*.

a. En los casos en que la urgencia fuere contemporánea a la proposición de la acción –estatuye el art. 303-, la *petición inicial* puede limitarse al requerimiento de la tutela anticipada satisfactiva y a la indicación del pedido de tutela final, con la exposición de la litis, del derecho que persigue realizar y del peligro de daño o de riesgo al resultado útil del proceso, a que se refiere el art. 300 ya mencionado. Además, el actor indicará el valor de la causa y, especialmente, que pretende valerse del beneficio de la tutela (art. 303, II, §§ 4 y 5). Concurriendo los presupuestos legales, la tutela se otorgará excepcionalmente *in audita parte* dada la urgencia, salvo que el juez por razones atendibles dispusiera la previa sustanciación con la contraria.

Ahora bien, si el juez considera que no hay elementos para la concesión, requerirá la enmienda a fines de su adecuación, de la petición inicial, en el plazo de cinco días, bajo apercibimiento de no ser concedida y prevención de que, en ese caso, el proceso quedará extinguido sin resolución de mérito (§ 6).

b. Si, en cambio, se concede la tutela anticipada, el actor deberá agregar la petición inicial, integrándola con la argumentación sustentadora, junto con los nuevos documentos de que disponga y la confirmación del pedido de tutela final definitiva; todo dentro de los quince días o en el plazo mayor que fije el juez, bajo apercibimiento de declararse extinguido el proceso sin resolución de mérito (art. 303, I, II, § 2).

c. En ese estado, el demandado será citado e intimado a comparecer en la audiencia de conciliación o de mediación que al efecto se fije. Si no hubiere en ella acuerdo –autocomposición-, se abre la posibilidad de que el demandado proceda a contestar el pedido (art. 303 II y III).

d. El procedimiento de *estabilización de la tutela anticipada*<sup>33</sup> –de particular novedad en la legislación brasileña y, aún, en el derecho comparado- está

---

<sup>33</sup> Sobre el tema de la estabilización de la tutela provisoria, ampliamente debatido en doctrina: TEODORO JR., H. y ANDRADE E., *A automatização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC*, RePro, São Paulo, 2012, n° 206, pp. 13 y ss.. GRECO L., *A tutela da urgência e a tutela da evidencia...*, en *Desvendando o Novo CPC*, D. Guimarães Ribeiro y M. F. Jobin (org.), Lib. do Advogado ed., Porto Alegre, 2015, pp. 111 y ss.. DOTTE R., *A estabilização da tutela antecipada no CPC de 2015...*, ob. cit., pp. 896 y ss.. TALAMINI E., *Tutela de urgência no projecto de novo Código...*, RePro, São Paulo, 2012, n° 209, pp. 13 y ss.. VASCONCELOS A.P. y ot., *Reflexões sobre a estabilização da tutela provisoria...*, RePro, São Paulo, 2017, n° 263, pp. 123 y ss..

En sentido crítico, con fundamento en la violación del debido proceso: THOFERN LESSA G., *Críticas a estabilização da tutela...*, RePro, São Paulo, 2016, n° 259, pp. 159 y ss..

minuciosamente establecido en el art. 303: la tutela concedida se torna estable si contra la decisión que la concediera no fuera interpuesto el respectivo recurso de apelación. En ese caso, el proceso quedará extinguido dictándose resolución declarativa (§ 1).

Sin embargo, cualquiera de las partes puede deducir *acción de impugnación*, de conocimiento exhaustivo, demandando a la contraria con la intención y finalidad de que se revoque, modifique o invalide la tutela anticipada estabilizada. El derecho a la impugnación se extingue transcurridos dos años, contados desde el conocimiento de la resolución que declarara extinguido el proceso (§ 5). Igualmente, cualquiera de las partes podrá requerir la reapertura de los autos en que fue concedida la medida, para instruir la petición inicial de la acción de impugnación (§ 4).

La decisión que concede la tutela anticipada no hará cosa juzgada material, pero la estabilidad de sus respectivos efectos solo cesará por decisión que la revocara, reformara o invalidara, pronunciada en la acción de impugnación promovida por una de las partes (§§ 3 y 6).

4. A su turno, *el procedimiento de tutela cautelar requerida en carácter antecedente* se regula en los art. 705 a 710. Se abre con la petición inicial que indicará la litis y su fundamento, la exposición del derecho que se pretende asegurar y el peligro o riesgo al resultado útil del proceso (art. 305). El demandado será citado para que en el plazo de cinco días conteste el pedido e indique las pruebas que pretende producir (art. 306). No siendo contestado el pedido, los hechos alegados por el actor se presume aceptados por el demandado como ocurridos, en cuyo caso el juez decidirá sin más. Contestado el pedido, se observará el procedimiento común (art. 307). Efectivizada la tutela cautelar, el actor debe concretar el pedido principal en el plazo treinta días, expresando si fuere el caso la causa de la petición. A continuación, el juez fijará audiencia e intimará a las partes para concurrir a los fines de conciliación o de mediación; y si en ella no hubiere acuerdo, se abre el plazo para contestar la demandada (art. 308). La eficacia de la tutela concedida con carácter antecedente cesa si el actor no dedujere el pedido principal en el plazo legal, o si aquella no fuera efectivizada dentro de treinta días, o cuando se juzgare improcedente el pedido principal o se extinguiera el proceso sin resolución en el mérito (art. 309).

5. Igualmente, en el Título III, se prevé la *tutela de evidencia* (art. 311). Su particularidad definitoria consiste en que se concede independientemente de peligro de daño o de riesgo al resultado útil del proceso, en diversos supuestos que

taxativamente se delimitan. Así, cuando quedare caracterizado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio de la parte (ap. I), concepto abierto que viene a reiterar el anterior art. 273, II. O bien –prescindiendo de otras hipótesis singulares propias del derecho brasileño- cuando la petición inicial fuera instruida con prueba documental suficiente de los hechos constitutivos del derecho del actor, y a la que el demandado no oponga prueba capaz de generar duda razonable (cap. IV). Supuestos ambos en los cuales está vedado al juez decidir liminarmente, lo que se justifica habiendo mediado oportunidad de contradictorio efectivo para la contraria, durante el curso del procedimiento.

La *tutela de urgencia* tiende a evitar un perjuicio grave e irreparable mientras el proceso está abierto y se encuentra acreditada la probabilidad del derecho; en cambio, la tutela de evidencia se conceda en cualquier tiempo en atención al alto grado de probabilidad del derecho invocado, cuya existencia se presenta *prima facie* indiscutible<sup>34</sup>.

#### **IV. De las medidas anticipatorias a las tutelas provisorias autónomas como exigencia de la tutela judicial efectiva**

El fenómeno actual de la introducción de nuevas y siempre más numerosas figuras de tutelas provisorias de mérito, connotados por la sumariedad de la cognición aunque dotadas de elevada efectividad, en cuanto provistas de inmediata fuerza ejecutiva no es sino un imperativo de la garantía fundamental de la tutela judicial eficiente. Se ha delineado, en verdad, como se expresara con justeza<sup>35</sup>, un *modelo alternativo* de tutela jurisdiccional ya no más asentado sobre la cosa juzgada y la cognición plena; no más encaminado a la comprobación incontrovertible de los hechos deducidos en juicio. No se trata de una simple medida de anticipación, sino de un proceso sumario, en sentido estricto, capaz de arribar en tiempos breves a un resultado judicial efectivo, preordenado a la producción inmediata aunque provisional de efectos prácticos. La justicia civil transita, de ese modo, por un sistema de “doble binario”, uno de velocidad reducida, de cognición plena, que privilegia el “hacer bien” y otro de alta velocidad que persigue “hacer pronto”, de soluciones provisionales aunque efectivas, sujetas a revisión cuando no aquedan estabilizadas por la voluntad de las propias partes<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> MARINONI L.G., ARENHART S.C. y MITIDIERO D., ob. cit., p. 200. GRECO L., ob. cit., p. 130.

<sup>35</sup> ANDOLINA I., *Il tempo e il processo*, en la obra del mismo título, *Scritti scelti di Italo Andolina*, a cura di G. Raiti, Università di Catania, G. Giappichelli ed., Torino, 2009, v. I, pp. 31 y ss., especialmente p. 43.

<sup>36</sup> ANDOLINA I., ob. cit., pp. 43-44. El modelo de “alta velocidad”, organizado en función de la producción de proveimientos inmediatos y provisorios de mérito, está coherentemente asentado sobre la bisagra del

Semejante concepción supone un cambio copernicano respecto de la operatividad de la cosa juzgada. Como señala Remo CAPONI, en el cuadrante de una justicia civil concebida como servicio público, la cosa juzgada es una utilidad disponible para los usuarios del servicio, en el sentido que son ellos quienes pueden o no requerirla para la solución final de los conflictos, en razón de sus propias necesidades e intereses. La tutela jurisdiccional de los derechos se brinda de modo apropiado, constitucional, mediante procedimientos de solución provisional a condición que resulten efectivos para satisfacer el interés particular. Es éste el que debe prevalecer frente al pretendido interés omnipresente del gestor del servicio. Si las partes pueden sujetar y disponer de sus derechos por medios alternativos de solución de las disputas, “de espaldas al derecho” incluso, con mayor razón no puede negárseles la opción para seleccionar, dentro del “menú” de las vías propiamente jurisdiccionales, aquella que se considere más apropiada. Y, entre ellas, las vías autónomas de tutela provisional. Bien que las decisiones así proferidas queden sujetas a revisión, si las propias partes así lo requieren, en proceso de cognición y juzgamiento pleno y exhaustivo. Y, desde luego, no todas las relaciones sustanciales se prestan a ser tuteladas de forma provisional, como cuando la controversia incide sobre la existencia de un status. En las demás situaciones, es válido dejar a criterio de las partes la opción por la cosa juzgada material o formal. Obtenida la medida provisoria, corresponde a aquellas la decisión sobre su eventual renovación o modificación<sup>37</sup>.

La tutela jurisdiccional de los derechos se realiza, ante todo, por medio de la eficacia imperativa del proveimiento judicial, y no culmina necesariamente con la cosa juzgada, sino en el hecho de que la aplicación jurisdiccional del derecho presupone el poder del juez de decir la “última palabra”, incluso cuando la decisión sea solo provisoria. La jurisdicción contenciosa no necesariamente persigue la formación de la cosa juzgada<sup>38</sup>.

## V. Conclusiones

A cincuenta años de la trascendente reforma introducida por la ley 17.454, y en el nuevo marco de la Constitución Nacional reformada en 1994, las sucesivas leyes de implementación de ésta y, ahora, el flamante CC y CN, nos jaquea el imperativo

---

*rebus sic stantibus* y, por consiguiente, necesariamente abierto a los *nova*, al sobrevenir de los hechos, a la confrontación constante con la realidad externa en perenne devenir (p. 45).

<sup>37</sup> CAPONI R., *O principio da proporcionalidade na justiça civil*, RePro, São Paulo, 2011, n° 192, pp. 414.

<sup>38</sup> Ob. cit., pp. 414-415.



insoslayable de afrontar la transformación de las instituciones, técnicas y procedimientos que conforman el sistema de enjuiciamiento civil. Sumarse perentoriamente al movimiento reformista que se avisa en el escenario europeo e iberoamericano, en el que se destacan, por mencionar solo las recientes, el CGP colombiano de 2012, la modificación al CGP uruguayo de 2013 y el nuevo CPC brasileño de 2015. Ha de quedar en claro que el eje de las esperadas y tan demoradas transformaciones pasa por el “núcleo duro” que se vertebra a partir de la garantía fundamental de la tutela judicial eficiente y sus consecutivos, que brinda sustento a la concreción de nuevos y renovados valores y principios axiales.

La vertebración del proceso por audiencias tanto como la creación o rediseño de las técnicas procesales apropiadas para satisfacer los imperativos del rendimiento en concreto y la operatividad de los resultados útiles de la jurisdicción, medidos más que nunca antes en términos del tiempo, los costos y la calidad intrínseca de las respuestas jurisdiccionales. La articulación del sistema de las tutelas procesales diferenciadas, para hacer realidad el mandato constitucional de la igualdad en concreto atado al deber de aseguramiento positivo que compete al Estado en relación a los derechos sociales; el rescate y revitalización de los tipos procesales sumarios de cognición plena y trámite simplificado; el ajuste de los procedimientos de cumplimiento y ejecución de las sentencias; la regulación de los procesos de estructura monitoria; los procedimientos de instrucción preliminar; son, todos ellos, tan solo algunos capítulos de un extenso catálogo de propuestas que integran el proyecto transformador.

La novedosa concepción de las tutelas provisionales autónomas, de la que aquí nos hemos ocupado, integra la primera línea de ese arsenal de propuestas evolutivas. De ahí la necesidad de abrir en su torno un debate que parece imprescindible.