

SOBRE LA TUTELA CAUTELAR

Con la colaboración de:



Editorial Jurídica Thēmis

SOBRE LA TUTELA CAUTELAR

GIOVANNI PRIORI POSADA (COORDINADOR)

CAMILO ZUFELATO – THAÍS ZERI NEGRÃO – MARTÍN SOTERO
GARZÓN – MARIO FERNANDO DRAGO ALFARO – JOSÉ MARÍA DE LA
JARA PLAZA – RENZO CAVANI – ÚRSULA INDACOCHEA PREVOST – LUIS
MENDOZA LEGOAS – JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU – ELVIRA
CASTAÑEDA VELÁSQUEZ – RAMÓN HUAPAYA TAPIA – HÉCTOR
AUGUSTO CAMPOS GARCÍA – MARIO REGGIARDO – ENRIQUE
PALACIOS PAREJA – CÉSAR CARLÍN RONQUILLO – MARTÍN
MEJORADA C. – JULIO CÉSAR PÉREZ VARGAS – VLADIMIR
PADILLA ALEGRE – CARLOS GLAVE – NICOLÁS DE LA FLOR –
MARIO CASTILLO FREYRE – RITA SABROSO MINAYA – LAURA
CASTRO ZAPATA – JHOEL CHIPANA CATALÁN – MARIANELLA
LEDESMA – RENATA BREGAGLIO LAZARTE

LIMA – 2015



EDITORIAL JURÍDICA THĒMIS

Editores Generales:

Eduardo Iñiguez Ortiz
Giacomo Montiel Ibarguren

Consejo Editorial:

Sandra Basurco García-Zapatero
Sergio Berrospi Vivar
Jimena De La Villa Bayona
Renzo Mayor Mayor
Miguel Ángel Pérez Caruajulca

El libro aquí presentado es uno de carácter arbitrado. Es arbitrado porque cada uno de los artículos es sometido a dos procesos de evaluación. El primero, a cargo de los editores generales y del consejo editorial de la Editorial Jurídica Thēmis, consiste en la selección de los artículos. El segundo, a cargo de dos especialistas en la materia, uno del ámbito nacional y otro del ámbito internacional, consiste en la lectura crítica del documento. Con el fin de garantizar la imparcialidad de los arbitrajes, se mantiene el anonimato de los autores y evaluadores.

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

THĒMIS
d e s d e 1 9 6 5

©THĒMIS, 2015

para su sello editorial Editorial Jurídica Thēmis
Segundo piso de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: 626-2000, anexo 5391
publicaciones@themis.pe
themis.pe

Diseño de Portada: Comisión de Imagen Institucional
Diagramación: Antomía de Red

El contenido publicado en THĒMIS es
responsabilidad exclusiva del autor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2015-16338

ISBN: 978-612-46950-1-8

Primera edición, noviembre 2015

Tiraje: 500 ejemplares.

Impreso en:

Editorial Tinco S.A.
Calle Arquímedes 114 – Chorrillos
Noviembre – 2015

LA INSTRUMENTALIDAD DE LAS TUTELAS DE URGENCIA EN EL DERECHO PROCESAL BRASILEÑO CONTEMPORÁNEO¹

Camilo Zufelato²
Thaís Zeri Negrão³

Sumario: I. La acción cautelar en la obra de Piero Calamandrei: el “instrumento del instrumento”. II. El Código de Proceso Civil brasileño de 1973 y la autonomía de las acciones cautelares. III. La instrumentalidad del proceso en la doctrina brasileña contemporánea: el pensamiento de Cândido Rangel Dinamarco. IV. La anticipación de tutela y el inicio de la mitigación de la necesidad de la tutela cautelar autónoma. V. Nuevo Código de Proceso Civil: la institución de la tutela de urgencia y el fin de la acción cautelar autónoma. VI. Conclusiones.

Sumilla: El presente artículo busca analizar las especies de tutela de urgencia en el derecho brasileño contemporáneo, las cuales son la tradicional tutela cautelar y la más reciente tutela anticipada, revelando como el sistema normativo del Brasil ha venido avanzando al proponer que, a partir de los aspectos semejantes entre ambas especies de tutela, se unifiquen en torno de una única categoría **de tutela de urgencia**.

Para ello, se parte de la idea de instrumentalidad del proceso cautelar propuesta por Piero Calamandrei, la tesis de instrumentalidad del proceso de Cândido Dinamarco, y las adaptaciones que sufrió el Código de Proceso Civil brasileño para ser fiel al canon de proceso como instrumento de tutela **efectiva, adecuada y tempestiva** de derechos, especialmente después de la entrada en vigencia de la Constitución Federal de 1988, para concluir en cómo el Novo Código de Proceso Civil, al proponer un procedimiento legal semejante para la tutela cautelar y la tutela anticipada, está siendo fiel a la instrumentalidad inherente a la tutela de urgencia, puesto que instrumentalidad no es sinónimo de autonomía procedimental sino que implica dotar al procedimiento de medios adecuados para ser efectivo.

1 Título original: “A instrumentalidade das tutelas de urgência no direito processual civil brasileiro contemporâneo”. Traducido por Martín Alejandro Sotero Garzón, profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Secretario Académico de la Facultad de Derecho de la PUCP.

2 Abogado. Doctor en Derecho Procesal Civil por la Universidad de Sao Paulo (USP). Magíster en Derecho por la Università degli Studi di Roma II – Tor Vergata. Profesor de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de la USP.

3 Abogada. Becaria de la Fundação Amparo à Pesquisa do Estado de Sao Paulo.

I. LA ACCIÓN CAUTELAR EN LA OBRA DE PIERO CALAMANDREI: EL “INSTRUMENTO DEL INSTRUMENTO”

El proceso usualmente es entendido como una serie de actos preparatorios que conducen a un resultado: la aplicación de la tutela jurisdiccional. No se encuentra otra función a este sino la de preparar la actuación final del magistrado, a través de la cual se desarrollará la función jurisdiccional. Y los efectos de esta función jurisdiccional serán diversos, dependiendo de la naturaleza del procedimiento utilizado⁴.

Así, una vez evidenciada la insatisfacción de un individuo en razón de una violación (o amenaza de violación) a un derecho, el Estado podrá ser llamado para que desempeñe su función jurisdiccional, lo cual hará conjuntamente con las partes envueltas en el litigio. Este conjunto de cooperación, poderes, facultades, deberes, cargas y sujeciones, responsable por impulsar esa actividad, es a lo que se le da el nombre de **proceso**⁵.

La **judicialización** del derecho material se da, pues, a través de la demanda, que constituye la exigencia de la promesa estatal de tutela jurídica⁶. El proceso, por tanto, considerándose su función jurídica, es un instrumento al servicio de la tutela del derecho material⁷.

La doctrina clásica italiana de Giuseppe Chiovenda distinguió tres tipos básicos de proceso: de conocimiento, de ejecución y conservativos⁸. Por otro lado, entendió Piero Calamandrei que este último, el proceso que finaliza un procedimiento cautelar, no tenía ni características ni estructura exterior capaz para que sea clasificado como un proceso aparte⁹.

En la búsqueda por una característica única del procedimiento cautelar, Piero Calamandrei analizó la cuestión de la **provisoriedad** de esos procedimientos y de la necesidad de existencia del “*periculum in mora*” para su aplicación, sin que, con todo, llegara a la conclusión de que tales elementos constituyan sus características diferenciadoras.

El carácter **típico** de los procedimientos cautelares estaría caracterizado, verdaderamente, en su **instrumentalidad**. Esa sería la característica que más claramente distinguiría el procedimiento cautelar de los demás, en tanto que nunca es un fin en sí mismo; él nace “al servicio de un procedimiento definitivo”¹⁰, para que puedan prepararse los medios

4 CALAMANDREI, Piero. “Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares”. Campinas: Servanda. 2000. p. 18.

5 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini y Cândido Rangel DINAMARCO. “Teoria Geral do Processo”. Sao Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 46.

6 WATANABE, Kazuo. “Cognição no Processo Civil”. Sao Paulo: Editora Saraiva. 2012. p. 21.

7 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini y Cândido Rangel DINAMARCO. Op. cit. p. 46.

8 CHIOVENDA, Giuseppe. “Instituições de Direito Processual Civil”. Campinas: Bookseller. 2002.

9 CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 18.

10 Ídem. p. 42.

más adecuados para el éxito de un ulterior procedimiento definitivo, ese sí capaz de atribuir el bien de la vida al titular del derecho material. Así, el procedimiento cautelar no solo no aspira a tornarse definitivo; en verdad, él estaría destinado a desaparecer.

De ese modo, el proceso cautelar tiene una naturaleza subsidiaria y auxiliar a los procesos de conocimiento y de ejecución, pues busca proteger el estado de personas, cosas y pruebas, para que, en el futuro, o también simultáneamente, el proceso de conocimiento o de ejecución culminen de modo eficaz¹¹.

En el pensamiento de Calamandrei, los procedimientos cautelares tienen la finalidad inmediata de asegurar la eficacia del procedimiento definitivo, y este sí es el objetivo de aplicar el derecho. De tal modo, si la tutela cautelar busca garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia, actuando como un instrumento para el proceso y, el proceso, en su sentido general, ya es considerado un instrumento, aquella sería entonces, un “instrumento del instrumento”:

Si todos los procedimientos jurisdiccionales son instrumento de derecho sustancial, que, a través de estos, se cumple, en los procedimientos cautelares se verifica una instrumentalidad cualificada, o sea, elevada, por así decir, al cuadrado: estos son de hecho, infaliblemente, un medio predispuesto para el mejor resultado del procedimiento definitivo, que por su vez es un medio para la aplicación del derecho; son por tanto, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumentos del instrumento.¹²

De ese modo, el carácter constante y capaz de diferenciar a las medidas cautelares está en su relación de instrumentalidad con un procedimiento sucesivo (o proceso principal), del cual será responsable por resguardar su finalidad, protegiendo así, la eficacia de la prestación de la tutela jurisdiccional.

II. EL CÓDIGO DE PROCESO CIVIL BRASILEÑO DE 1973 Y LA AUTONOMÍA DE LAS ACCIONES CAUTELARES

En el Derecho Procesal Civil brasileño, el proceso cautelar solamente fue introducido en 1973, con la promulgación del Código de Proceso Civil, el cual reservó el Libro III solamente para esa modalidad de proceso. Esto se dio en razón de las insuficiencias provenientes del Código de Proceso Civil de 1939, que preveía tan solamente las denominadas “medidas preventivas” para las situaciones de urgencia.

Así, la previsión de protección a las situaciones de urgencia, que en el Código anterior era apenas un principio legal mal definido y que generaba innumerables dudas en razón

11 MEDINA, José Miguel García; ARAÚJO, Fábio Caldas de y Fernando da Fonseca GAJARDONI. “Procedimientos Cautelares e Especiais”. Sao Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. pp. 68-69.

12 CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 42.

de su redacción ambigua, pasó a ser tratada por todo un libro del entonces nuevo Código (Artículos 796 y siguientes)¹³.

En aquella época, inspirado por la doctrina de Chiovenda y de Carnelutti, el Código de 1973 concibió la función jurisdiccional en tres especies de procesos para la obtención de resultados específicos: el conocimiento, la ejecución y la conservación, haciendo con eso que el proceso cautelar fuera autónomo y pasase a ser de igual importancia que el proceso de conocimiento y el proceso de ejecución¹⁴.

La necesidad de incorporar el proceso cautelar en el Código de Proceso Civil brasileiro fue explicada por Alfredo Buzaid¹⁵, quien comprendió el proceso cautelar como un *tertium genus*, de modo que este se distinguía de las demás modalidades de proceso, sin que, con todo, las excluya, pero sí conteniendo, a un solo tiempo, las funciones de ambas.

De ese modo, al tiempo que estando dirigida hacia la tutela de un proceso principal, el proceso cautelar tenía **autonomía, individualidad y finalidad propias**, estando por tal razón en el mismo plano de los procesos de conocimiento y de ejecución.

La autonomía del proceso cautelar es fácilmente evidenciada por el hecho de que el resultado obtenido en este no se refleja sobre la decisión del proceso principal al cual sirve de tutela, puesto que nada impide que una de las partes sea vencedora en su pedido cautelar, mas sea derrotada en la acción principal y viceversa¹⁶.

Así, la autonomía del proceso cautelar debe ser vista desde su configuración como una “tercera clase de procesos”, al lado de los procesos de conocimiento y de ejecución.

III. LA INSTRUMENTALIDAD DEL PROCESO EN LA DOCTRINA BRASILEÑA CONTEMPORÁNEA: EL PENSAMIENTO DE CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

Con la nueva Constitución Federal brasileira de 1988, el Derecho, antes considerado como un todo, pasó a ser analizado y sistematizado desde una nueva perspectiva metodológica. Nuevas luces y enfoques fueron incorporados también para el proceso civil y, consecuentemente, para el plano del proceso. La tendencia pasó a ser, así, el abandono de la otrora aplicada visión única del proceso, en la que predominaba la técnica del Derecho Procesal

13 SILVA, Ovídio Baptista da. “As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil”. Río de Janeiro: Forense. 1980. p. 80.

14 SILVA, Ovídio Baptista da. “A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro”. Río de Janeiro: Forense. 1979. p. 3.

15 BUZAID, Alfredo. “Anteprojeto de Código de Processo Civil”. Río de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional. 1964. p. 22.

16 MEDINA, José Miguel García; ARAÚJO, Fábio Caldas de y Fernando da Fonseca GAJARDONI. Op. cit. p. 77.

Civil y la presunción de que este buscaba necesariamente determinados valores, fines, objetivos y propósitos extraños a él¹⁷.

Según Cândido Rangel Dinamarco, en “*A Instrumentalidade do Processo*”, actualmente se atraviesa un momento metodológico del Derecho Procesal, caracterizado por una conciencia de instrumentalidad como polo de irradiación de ideas y coordinación de diversos institutos, principios y soluciones.

El procesalista de hoy es sensible a los grandes problemas jurídicos, sociales y políticos de su tiempo y está interesado en obtener soluciones que sean adecuadas, dejando de lado la preocupación en definir y discutir conceptos inherentes a su ciencia, que ahora ya están bien consolidados y ya llegaron a niveles satisfactorios, no se justifica más la clásica postura metafísica de investigaciones conceptuales sin una finalidad constituida¹⁸.

El Derecho Procesal Civil solamente puede ser considerado como instrumento al servicio del derecho material en la medida en que es instrumento de ejercicio del poder por el propio Estado.

Pero cualquier afirmación rasa de que el Derecho Procesal Civil es un instrumento, sin antes delimitar cuáles son los objetivos a ser alcanzados, es extremadamente vaga y sin utilidad.

Todo instrumento es un **medio**, pero solo será legítimo como tal en función de los fines a los que se le destina. Es en ese sentido que Dinamarco defiende la fijación de objetivos a los que el proceso sirve, garantizándose, de ese modo, su utilidad, la cual solamente podrá ser medida y validada en tanto sea posible apreciar cuales son los fines que el proceso debe alcanzar y en qué proporción estos fines pueden ser alcanzados. De acuerdo con el autor, el proceso tiene objetivos sociales, políticos y jurídicos.

Los objetivos sociales se relacionan con la idea de paz social, esto es, de permitir a los ciudadanos y a toda la sociedad el disfrute y gozo de los derechos garantizados desde el plano del derecho material. Implica decir que el propio Estado necesita del proceso para que sea posible la realización de sus propios valores, objetivos y finalidades.

Los objetivos políticos son evidenciados en la necesidad del Estado de tener medios para afirmar su autoridad y poder, buscando alcanzar sus fines públicos. En razón de su propia definición, también se hace lógica la inclusión, en los objetivos políticos, de la participación de los destinatarios de la actividad estatal.

17 BUENO, Cassio Scarpinella. “Curso Sistematizado de Direito Processual Civil I”. Sao Paulo: Editora Saraiva. 2013. p. 92.

18 DINAMARCO, Cândido Rangel. “A Instrumentalidade do Processo”. Sao Paulo: Malheiros. 2013. p. 22.

Finalmente, los objetivos jurídicos pueden ser identificados en los propios institutos procesales, bien con su desenvolvimiento, proponiendo la atención de los objetivos más amplios: los objetivos sociales y los objetivos políticos.

Entretanto, para la correcta comprensión de los objetivos jurídicos, es necesaria una relectura de los institutos procesales, para que estos sean entendidos de acuerdo a su contexto y función, puesto que no es razonable fijar los objetivos sociales y políticos como meta si los medios para que sean alcanzados quedasen distanciados de las necesidades evidenciadas en el plano fáctico.

Por esa razón, Dinamarco alerta sobre lo que él denomina “instrumentalidad en su aspecto negativo”, que corresponde a las deformaciones o exageraciones que derivan de la identificación de objetivos de la jurisdicción. Se trata pues del tratamiento del proceso fuera de su contexto, dándose más atención a las propias estructuras del proceso que a aquello que se encuentra fuera de él: los objetivos sociales y políticos.

Es importante, todavía, mencionar que el repudio a la “instrumentalidad en su aspecto negativo” no importa renunciar a la autonomía del Derecho Procesal ni tampoco a sus principios ya bien consolidados. La cuestión a la que Dinamarco nos lleva a reflexionar es que la autonomía del proceso no debe implicar su total aislamiento y su culto como un valor en sí mismo¹⁹.

Una excesiva preocupación de los temas procesales deforma el entendimiento del proceso como instrumento. Además, exagera el formalismo, ignorando la idea de que las formas representan solo medios pre-ordenados para atender a los objetivos específicos de cada momento procesal respectivo²⁰.

En razón de estas consideraciones, somos llevados a cuestionarnos si la **autonomía del procedimiento cautelar** no correspondería a un excesivo fortalecimiento de las formas. ¿Sería realmente necesaria la existencia de un procedimiento cautelar autónomo?

IV. LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA Y EL INICIO DE LA MITIGACIÓN DE LA NECESIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR AUTÓNOMA

Una vez prohibida la autotutela privada, el Estado atrae para sí, y como responsabilidad, la garantía de justicia a todos los que necesiten de ella. Así, el Estado debe colocar a disposición de aquellos que sienten su derecho lesionado o amenazado de lesión, no solo la posibilidad de acceder al órgano jurisdiccional sino también medios adecuados y eficientes para alcanzar el resultado que debería haber sido obtenido si es que el derecho hubiera

19 Ídem. p. 316.

20 Ibídem.

sido honrado, esto es, la justicia a ser concedida debe proporcionar la misma satisfacción que el derecho material asegura a su titular.

Por ello es importante la predisposición de los medios para que esta satisfacción sea asegurada concretamente. Aquí se encuadran las medidas cautelares auténticas, atendiendo a que la instauración de estas en el ordenamiento jurídico brasileiro tiene por objetivo la concretización de la prestación jurisdiccional de modo eficiente, buscando evitar que las decisiones futuras sean inocuas en razón no solo de la demora del proceso, sino también buscando adecuar las situaciones en las que el derecho reclamado, en razón de su propia naturaleza, demanda la prestación de una tutela inmediata. Así, si el derecho exige que la tutela sea urgente y satisfactiva, por ejemplo, el sistema procesal debe prestarla.

De ese modo, buscando adaptarse a las necesidades que eran llevadas al Poder Judicial, la tutela cautelar pasó a ser utilizada en determinados casos no solo para conservar una futura prestación jurisdiccional, sino también, por medio de la utilización de las llamadas cautelares **innominadas**, para obtener de inmediato los efectos que deberían provenir de la tutela final. De ese modo surgió lo que la doctrina de la época denominaba “tutela cautelar satisfactiva”²¹.

Entretanto, atendiendo a que la función del procedimiento cautelar era proteger la tutela jurisdiccional final, su utilización como tutela cautelar **satisfactiva** se hacía entonces equivocada, toda vez que se le atribuía, en su esencia, el ser **evidentemente** conservativa y poseer naturaleza **instrumental y provisoria**²².

En verdad, un **proceso cautelar con medida liminar satisfactiva** se correspondía con un proceso de **conocimiento con medida liminar**, algo que hasta entonces era nuevo para la doctrina brasileira, lo cual determinó la instauración de la tutela anticipada en 1994, con la reforma del **Código de Proceso Civil brasileiro**.

De ese modo, en razón de la evolución natural de la sociedad, determinados conflictos pasaron a requerir la quiebra de los patrones ordinarios de la actividad jurisdiccional, con la institución de decisiones liminares, por tanto, diversas de aquellas utilizadas como medidas cautelares, toda vez que estas últimas eran eminentemente conservativas²³.

21 MARINONI, Luiz Guilherme. “Processo Cautelar”. Sao Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 55.

22 En ese sentido: “Por otro lado, como bien advierte Lopes da Costa ‘la medida cautelar no debe traspasar los límites que definen su naturaleza provisoria’. Su objetivo es apenas garantizar la utilidad y eficacia de la futura prestación jurisdiccional satisfactiva. No puede, ni debe, la medida cautelar, anticipar la decisión sobre el derecho material, pues no es de su naturaleza autorizar una especie de ejecución provisoria”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Processo Cautelar”. Sao Paulo: Editora Universitária de Direito. 2006. p. 108.

23 CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. “A Origem Romana da Tutela Antecipada”. Sao Paulo: LTr. 2001. p. 52.

La única medida aplicada a los casos antes expuestos era en vía de tutelas satisfactivas autónomas, lo cual generaba discordancias en la doctrina brasilera sobre la cuestión de legalidad respecto a la concesión de la medida cautelar alterando su naturaleza, esto es, si era permitida la alteración de la naturaleza de las medidas conservativas para el establecimiento de medidas de cuño satisfactivo. También la jurisprudencia era oscilante, a veces admitiendo, a veces rechazando esa alteración²⁴, violando el derecho de igualdad entre todos aquellos que se resguardaban en el Poder Judicial.

Por otro lado, estas alteraciones llevadas a cabo por la **praxis** forense, incluso así, no tenían apariencia de ser provisorias, lo cual fue denunciado por la sociedad de la época. Así, el aumento en el número de acciones especiales, que concedían liminares de cuño anticipatorio, sumado a la utilización cada vez más disociada de la tutela cautelar, otorgando la satisfacción de un interés jurídico, mostraba explícitamente la necesidad de recuperar la funcionalidad del procedimiento ordinario, de modo que la prestación jurisdiccional volviera a ser correctamente asegurada.

Por todos los motivos antes mostrados, la reforma del **Código de Proceso Civil brasileiro**, en 1994, introdujo en el Libro I – **Processo de Conhecimento**, el artículo 273²⁵, tratando la tutela anticipada, dirigida a evitar la ocurrencia del daño marginal causado por la demora natural del proceso²⁶, pero también a corregir el uso exagerado de la técnica de sumarización de la tutela jurisdiccional definitiva, bajo el pretexto de la aplicación del poder general de cautela, que en la realidad, debería ser usado tan solamente en casos excepcionales²⁷.

El uso de la técnica cautelar de manera distorsionada, con base en el poder general de cautela, acarrea en sí relevantes preocupaciones prácticas y no solamente conceptuales, por el hecho de que algunas situaciones no hacían justa la aplicación del rito cautelar pero se valían de él, hiriendo los principios procesales constitucionales, por ejemplo el

24 Ídem. p. 53.

25 Nota del traductor: Dicha norma estableció:
Artículo 273.-

El juez podrá, ante el requerimiento de la parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y:

I – haya fundado recelo de daño irreparable o de difícil reparación; o

II – quede caracterizado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado.

26 DINAMARCO, Cândido Rangel. “A Reforma do Código de Processo Civil.” Sao Paulo: Malheiros. 1996. p. 140.

27 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização”. Sao Paulo: Malheiros. 1998. p. 275.

de contradictorio y amplia defensa, siempre que se concedía tutela satisfactiva, en sustitución a la vía ordinaria²⁸.

La nueva técnica prevista por el artículo 273, contrariamente a la tutela cautelar, otorga la anticipación de los efectos de la tutela que serían solamente concedidos al final del proceso por medio de una sentencia producida luego del juzgamiento o que no fuese objeto de recurso con efecto suspensivo.

Consecuentemente, no se trata de una medida para impedir el perecimiento de un derecho que asegure a su titular la posibilidad de ejercerlo en el futuro, por el contrario, es una medida que concederá al autor el ejercicio del propio derecho afirmado por él²⁹.

La creación del artículo 273, en la disciplina procesal civil brasilera, posibilitó el requerimiento de la anticipación de los efectos de la tutela en cualquier especie de situación litigiosa, una vez presente el *periculum in mora*³⁰.

La nueva modificatoria al Código fue, por tanto, necesaria para tutelar correctamente las nuevas situaciones del derecho material que así lo requerían, bien como, y principalmente, por el hecho de que la doctrina y la jurisprudencia no eran completamente unánimes en cuanto a la utilización del rito cautelar, sustanciado en cognición sumaria, para la prestación de tutela satisfactiva.

Lo más notorio, entretanto, fue que la introducción del artículo 273 representó una nueva concepción del proceso civil brasilero y sus rumbos ideológicos, buscando siempre, y cada vez más, la concretización del principio de efectividad de la función jurisdiccional³¹, lo que en el futuro, hoy ya no tan distante, nos llevaría a la idea de simplificación procesal, culminando en la **unificación** de estas tutelas.

Comienza a surgir, así, en la doctrina brasilera la concepción de las “tutelas de urgencia”, género respecto del cual la tutela cautelar y la tutela anticipada serían sus especies. ¿Pero cuál sería, entonces, el sustento para la existencia de dos tutelas, ambas para casos urgentes, por tanto con procedimientos diversos, en un mismo ordenamiento jurídico? Para responder tal **cuestión**, la doctrina se apoyaba en la esencia de cada una de ellas, para justificar esa coexistencia, pues aún cuando ambas estuvieran orientadas a garantizar la efectividad del proveimiento final, presentaban diferencias.

Tanto la tutela anticipada, como la tutela cautelar, componen el género “tutelas de urgencia”, pero cabe mencionar que, en verdad, en el caso de la tutela anticipada, solamente el caso previsto por el inciso I del artículo 273 abarca su aplicación para casos urgentes,

28 Ídem. p. 277.

29 DINAMARCO, Cândido Rangel. “A Reforma do Código de Processo Civil”. Op. cit. p. 141.

30 MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 61.

31 ZAVASCKI, Teori Albino. “Antecipação da Tutela”. Sao Paulo: Editora Saraiva. 2009. p. 74.

diferente de la tutela cautelar (auténtica), siempre concedida en situaciones en que el *periculum in mora* es constatado.

Cabe además apuntar, tal como fuera constatado por Piero Calamandrei, que la tutela cautelar no tiene la aptitud de tornarse definitiva, exactamente en razón de su esencia **conservativa**. Por otro lado, los efectos una vez anticipados, cuando de la concreción de tutela anticipada se trata, aún cuando esta sea provisoria, tienden a tornarse definitivos, luego que fueran confirmados en la sentencia final. Es en razón de eso que, contrariamente a la tutela cautelar, la tutela anticipada tiene naturaleza **satisfactiva**, no por proveer al demandante de manera definitiva lo que le sería concedido solamente con la sentencia final, pero sí en relación a la posibilidad concesión, total o parcial, de los efectos que emanarían de esa tutela definitiva.

Cabe, con todo, reafirmar que en ambos casos se trata de una tutela provisoria, la cautelar en lo que concierne al pronunciamiento judicial y la anticipada en relación a los efectos de un pronunciamiento judicial.

Es igualmente importante la distinción que se hace en cuanto a la escala de situaciones de admisibilidad en grados de probabilidad de existencia del derecho. En los casos de la tutela cautelar, se requiere la existencia del *fomus boni iuris*; de modo diferente, la tutela anticipada demanda **prueba inequívoca de verosimilitud de la alegación**. Es menester, por tanto, concluir que en el segundo caso tal grado es más intenso en tanto la tutela anticipada implica la concesión de la propia pretensión reclamada, mientras que la tutela cautelar solamente irá a asegurar la posibilidad de que esos efectos, posteriormente, sean realizables por medio del proveimiento final favorable.

Es evidente pues la diferencia existente en relación al grado de convencimiento del juez para la aplicación o no de cada una de estas tutelas. Al requerir la demostración de una prueba inequívoca para la concesión de la tutela anticipada, el legislador procesal quiso establecer que la mera apariencia del derecho no bastaría para tanto, de modo que la verosimilitud aquí exigida demanda mayor grado de probabilidad que el *fomus boni iuris* de la tutela cautelar³².

El análisis de una prueba inequívoca implica la necesidad de un juicio más profundo de aquel exigido en el caso cautelar. Para conceder esta última especie de tutela se depende únicamente de la alegación misma, que incluso prescinde de la actuación de pruebas, diferentemente a lo que se requiere para el pedido de concesión de tutela anticipada.

Entretanto, en relación al requisito de urgencia, existente en ambas tutelas, a pesar de tener una redacción distinta, hay concordancia en la doctrina de que el *periculum in mora*

32 DINAMARCO, Cândido Rangel. "A Reforma do Código de Processo Civil". Op. cit. p. 145.

requerido para la concesión de la tutela cautelar se equipara al daño irreparable o de difícil reparación presente en las hipótesis de concesión de la tutela anticipada con base en la urgencia (hipótesis del inciso I del artículo 273).

Finalmente, la tutela anticipada será aplicada solamente ante el requerimiento de las partes, mientras que las medidas cautelares podrían ser determinadas de oficio, con base al poder general de cautela conferido al magistrado, y, desde que el proceso ya hubiera tenido inicio.

Ahora bien, la confusión, en la práctica, entre ambos tipos de tutela eran tales, que acabó por generar incongruencias procesales, que obligaban a los litigantes a proponer o una acción de conocimiento o una acción cautelar –pues cada magistrado entendía de forma diversa los casos para aplicación de la tutela anticipada o de la tutela cautelar–, que se hizo necesaria la inserción del 7, en el tan otrora revolucionario artículo 273 del **Código de Proceso Civil brasileiro**.

Tratándose de situaciones urgentes, no era lógico, ni coherente, permitir que la tutela jurisdiccional fuese negada únicamente en razón de la forma procesal propuesta. De ese modo, para estas situaciones descritas, buscando evitar el perjuicio para el justiciable, fue instituida la **fungibilidad** entre la tutela cautelar y la tutela anticipada. Así, para casos en que la delimitación entre ambas sea marcada por zonas limítrofes o grises, la ley autorizó al magistrado la aplicación de la **fungibilidad**, para recibir el pedido anticipatorio como **cautelar incidental**, protegiendo así la correcta prestación de la tutela jurisdiccional³³.

Lo que le interesa al sistema constitucional es la inhibición y solución de las amenazas y lesiones a los derechos, bien con la existencia de técnicas que sean capaces de proveer una correcta tutela jurisdiccional, no siendo importante para ello el rótulo que se utilice. Incluso porque, en un último análisis, en determinados casos, la tutela cautelar podría hacer las veces de una tutela anticipada parcial. Por ejemplo, en el caso en que se requiere cautelar para la **interrupción del protesto de un título**, se trata también de uno de los efectos buscados con la tutela final. Es cierto que lo que se buscará prioritariamente en el proceso de conocimiento será el reconocimiento de la nulidad del título que originó el protesto, pero su suspensión también es uno de los efectos solicitados por el recurrente.

Esto nos hace volver a la pregunta propuesta en el ítem anterior: ¿sería realmente necesaria la previsión legal de un procedimiento cautelar autónomo? La respuesta viene con la aprobación del **Novo Código de Processo Civil brasileiro** que, definitivamente, marcó el fin de la autonomía de la **acción cautelar**.

33 MEDINA, José Miguel García; ARAÚJO, Fábio Caldas de y Fernando da Fonseca GAJARDONI. Op. cit. p. 45.

V. NUEVO CÓDIGO DE PROCESO CIVIL: LA INSTITUCIÓN DE LA TUTELA DE URGENCIA Y EL FIN DE LA ACCIÓN CAUTELAR AUTÓNOMA

La utilización de la técnica de tutelas sumarias siempre ha sido aplicada para garantizar el efectivo acceso a la justicia, por medio de una tutela jurisdiccional prestada efectivamente. Es en ese sentido que fue introducida la **tutela de urgencia**. La morosidad natural del procedimiento ordinario, sumada al desenvolvimiento de las relaciones sociales, hizo surgir nuevas necesidades que precisaban ser atendidas por el procesalista³⁴.

Así, algunas situaciones no son aptas para soportar el ejercicio de la cognición plena y exhaustiva, que caracteriza al procedimiento ordinario, en razón de la presencia del elemento de urgencia. Para esos casos las tutelas provisorias representan medios eficaces de acceso a un **orden jurídico justo**.

Con la nueva etapa que el Derecho Procesal Civil vive, buscando la simplificación del proceso y, cada vez más, su eficiencia, se hizo necesaria la alteración del régimen de las tutelas aplicadas a los casos urgentes.

El **Nuevo Código del Proceso Civil** de 2015, buscó rescatar la funcionalidad del procedimiento común ordinario, reduciéndole las formas y modificándole los procedimientos. De ese modo, la tradicional triada italiana del proceso: de conocimiento, de ejecución y de conservación, fue abandonada. Ahora, el proceso o es de conocimiento o es de ejecución (además de los procedimientos especiales), y, en ambos, es posible requerir “tutela de urgencia” o “tutela de evidencia”. Véase: artículo 300 y siguientes del Nuevo Código Procesal Civil.

Al respecto, la exposición de motivos del nuevo código dispone que la actuación del Poder Judicial debe ser rápida, no solamente para los casos de urgencia sino también para las situaciones en que las alegaciones de la parte se revelan de ostensible juricidad, independientemente de la existencia de *periculum in mora*, por no haber razón relevante para esperar, o también, porque la lentitud del proceso, en vía de regla, generaría el agravamiento de los daños ya sufridos.

Así, en lo concerniente a las “tutelas de urgencia”, estas serán aplicadas en situaciones que se encuentran ante un riesgo probable de que la tutela jurisdiccional que será dada al final del proceso no podría ser efectiva, o perdería su utilidad en el plano fáctico, de modo que las medidas deben ser utilizadas para garantizar la futura ejecución o para anticipar los efectos de la decisión final³⁵.

34 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo”. Sao Paulo: Malheiros. 2011. p. 163.

35 RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. “In Processo Civil em Movimento: diretrizes para o Novo CPC”. Florianópolis: Conceito. 2013. p. 333.

La separación otrora instituida entre tutela anticipada y tutela cautelar, pautada en la definición de sus elementos esenciales, así como de sus respectivos presupuestos, conforme lo evidenciado con la inclusión del 7 en el artículo 273 (principio de fungibilidad), solamente se justificaba en el plano teórico, siendo que en el plano fáctico/real, dicha visión separatista –por no decir extremadamente formalista– resultaba injustificada, de modo que solamente generaba tumultos en el Poder Judicial.

Además, en la propia obra de Piero Calamandrei es posible encontrar en todo momento referencia a la tutela cautelar, con descripción de una tutela anticipada:

Después de tener así aislada la sustancia del procedimiento cautelar como **anticipación provisoria de ciertos efectos del procedimiento definitivo, dirigida a prevenir el daño que podría derivar del atraso de este**, no parecería inútil insistir sobre ciertos aspectos concretos de la terminología corriente en materia cautelar, cuyas inexactitudes son probablemente indicio de insuficiente ponderación sobre algunos conceptos fundamentales de la cuestión

(...)

En otros casos entretanto, el procedimiento provisorio pretende **acelerar** de modo provisorio la satisfacción del derecho, porque el *periculum in mora* está constituido no por la temida escasez de los medios necesarios para la formación o para la ejecución del procedimiento principal sino propiamente por la prolongación, las demoras del procedimiento definitivo, del estado de insatisfacción del derecho, el cual se litiga en el juicio de mérito. Aquí, por tanto, el procedimiento provisorio **recae directamente sobre la relación substancial controvertida**. [El énfasis es nuestro].

Conforme lo anteriormente mencionado, en último sentido, las cautelares pueden hacer las veces de un pedido de tutela anticipada parcial, por ejemplo la cautelar para *sustação* de protesto, la liminar para la obtención de una *certidão* para participar de una licitación, alimentos provisionales, etc³⁶, de ese modo, en razón de la identidad de la finalidad, bien como de los requisitos para la concesión de la tutela de urgencia, no hay motivos para mantener una lógica separatista y autónoma anteriormente adoptada por el *Código de Processo Civil* de 1973.

Por tanto, siendo ambas tutelas fundadas en cognición sumaria, provisionales y revocables, y asimismo teniendo la misma función en el sistema procesal (asegurar la eficacia del proveimiento final) no hay razón en la mantención de un procedimiento autónomo para la tutela cautelar, ni de un régimen diverso de aquel instituido para la tutela anticipada.

José Roberto dos Santos Bedaque ya se cuestionaba en su obra “*Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*”, al analizar la idea de

36 Ídem. p. 339.

separación de las tutelas anticipadas como un aspecto perteneciente solamente al mundo teórico y, probablemente, ser un resquicio oriundo de la fase puramente técnica o conceptual que la ciencia procesal había vivenciado³⁷.

Es claro que la ciencia procesal no puede abdicar completamente de las formas, pero debe hacer uso racional de estas, esto es, debe reducirlas a su real importancia, como instrumento ligado al resultado práctico del proceso. De ese modo, admitiendo la real similitud entre tutela anticipada y la tutela cautelar, nada más lógico y legítimo que la aplicación de las mismas reglas a los dos institutos³⁸.

Es evidente, en consecuencia, la inutilidad de una autonomía procesal en relación a la acción cautelar, lo que implica afirmar que se concluyó con la **autonomía** procesal de esas acciones, pero no con la tutela cautelar.

VI. CONCLUSIONES

El Estado de Derecho, de matriz liberal, no había sido proyectado para la protección de situaciones que requieren la actuación preventiva del Poder Judicial. La tutela hasta entonces utilizada en la prestación jurisdiccional era tan solamente resarcitoria, esto es, prestada solamente después ocurrido el daño³⁹.

Entretanto, con la evolución de la sociedad y el surgimiento de nuevos derechos que demandaban una actuación preventiva del Estado-juez, surgió una mayor necesidad de actuación célere por parte de este para garantizar la efectiva prestación jurisdiccional. De ese modo, la introducción de una tutela cautelar, como procedimiento autónomo, en el ordenamiento jurídico procesal brasileiro, representó, en la época, un gran avance para la protección de los derechos previstos en el plano material.

La naturaleza eminentemente **conservativa** de la tutela cautelar, con todo, trajo problemas en la práctica, cuando eran enfrentadas situaciones que necesitaban de la aplicación de una tutela célere pero **satisfactiva**. Esa necesidad llevó a la utilización inadecuada de la tutela cautelar, bajo el manto del poder general de cautela.

Consecuentemente, buscando nuevamente adecuarse al contexto social, político y jurídico, con la reforma de 1994, el legislador procesal civil brasileiro incorporó el artículo 273 en el Código del Proceso Civil, instituyendo, así, la tutela anticipada, para corregir el uso distorsionado de la tutela cautelar.

37 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização". São Paulo: Malheiros. 1998. p. 302.

38 Ídem. p. 303.

39 MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit.

En la praxis forense, todavía, la distinción entre estos dos mecanismos procesales no se hacía evidente, de modo que las cautelares eran requeridas en casos que demandaban tutela anticipada y viceversa. Así, más de una vez intervino el legislador procesal civil, insertando un 7 en el dispositivo supracitado e instituyó el *princípio da fungibilidade* entre las tutela cautelar y anticipada.

Fue en este momento que la doctrina comenzó a cuestionarse sobre la real necesidad de una distinción entre tutela cautelar y anticipada. Es más, pasó a cuestionarse acerca de la utilidad de un proceso autónomo para lo cautelar. Y, buscando corregir las incongruencias de la ley procesal, doctrina y jurisprudencia crearon el concepto de “tutelas de urgencia”, de la cual serían especies la tutela cautelar y la tutela anticipada.

Estos cuestionamientos, sumados a los ánimos de creación de un *Novo Código de Processo Civil*, culminaron en la alteración del régimen de estos institutos y, con fundamento en sus similitudes, las tutelas de urgencia fueron realmente unificadas, finalizando así la autonomía de las denominadas “*tutelas antecipadas acautelatórias*”, orientándose la simplificación del procedimiento, para que fuese posible alcanzar la efectividad en la prestación de la tutela jurisdiccional.

Finalmente, la clásica concepción del procedimiento cautelar como “instrumento del instrumento”, tuvo a la tutela cautelar absorbida, en conjunto con la tutela anticipada, por un género mayor: el de las tutelas de urgencia, buscando la adecuación del proceso a los objetivos sociales, políticos y jurídicos, conduciendo nuevamente la utilidad de este a la efectividad en la prestación jurisdiccional.

Todo eso, vale precisar, sin ningún estremecimiento a la teoría de Calamandrei para la cual lo cautelar es **instrumento del instrumento**⁴⁰; en realidad, nos parece que existe incluso un refuerzo a esa idea, en la medida que la **tutela** (y ya no la **acción autónoma de urgencia** (que puede ser también satisfactiva y no tiene que ser solamente **de cautela**) es de hecho el medio (instrumento, por tanto) por el cual la efectiva prestación jurisdiccional definitiva es otorgada. En ese sentido, la autonomía o no del medio procesal es una formalidad que no se ajusta a la noción de **instrumentalidad de las formas** (Dinamarca).

40 Apréciase una vez más la opinión de Marinoni, para quien había en el pensamiento de Calamandrei la mistura de la tutela cautelar y la anticipatoria de mérito: “Es obvio que la doctrina de Calamandrei está totalmente contaminada por el vicio de la abstracción de la tutela procesal del derecho material. **Esta contaminación queda visible cuando Calamandrei afirma que toda decisión que anticipa el juzgamiento de mérito, por dar regulación provisoria a la relación jurídica controvertida, tiene naturaliza cautelar.** En la doctrina de Calamandrei, lo que define la naturaleza de la tutela es la provisoriedad, poco importando el resultado que le es proporcionado al demandante. Es por eso que Calamandrei, al escribir su obra a partir de la premisa de que lo que define lo cautelar es lo provisorio, acabó hablando, aun sin darse cuenta, más de tutela anticipatoria que de tutela cautelar” [el énfasis es nuestro]. MARINONI, Luiz Guilherme. “Antecipação da Tutela”. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. pp. 59-60.

