

DANIEL MITIDIERO

ANTICIPACIÓN DE TUTELA

**De la tutela cautelar
a la técnica anticipatoria**

Traducción de
Renzo Cavani

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA, de Eduardo Oteiza.....	13
PREFACIO, de Luiz Guilherme Marinoni.....	17
NOTA PRELIMINAR A LA EDICIÓN ESPAÑOLA Y ARGENTINA.....	19
AGRADECIMIENTOS.....	21
INTRODUCCIÓN.....	23

PARTE I

PERFIL CONCEPTUAL. DA LA TUTELA CAUTELAR A LA TÉCNICA ANTICIPATORIA

1. LA TUTELA SUMARIA COMO TUTELA CAUTELAR. LA TUTELA CAUTELAR COMO FORMA DE PROTECCIÓN PROVISIONAL DEL PROCESO Y COMO MEDIO DE NEUTRALIZACIÓN DEL TIEMPO FRENTE AL PELIGRO EN LA DEMORA. EL PROCESO CAUTELAR COMO <i>TERTIUM GENUS</i> . EL ACENTO ESTRUCTURALISTA.....	26
A) La tutela cautelar como anticipación de la ejecución forzada (<i>antizipierten Zwangsvollstreckung</i>).....	27
B) La acción cautelar como <i>azione assicurativa</i> . La acción cautelar como <i>mera azione</i> , como <i>diritto dello Stato</i> y la jurisdicción como <i>attuazione della volontà concreta della legge</i>	28
C) El <i>provvedimento cautelare</i> como resolución provisional e instrumental. La tutela cautelar como <i>polizia del processo</i>	32
D) El proceso cautelar como <i>tertium genus</i>	37
2. LA TUTELA SUMARIA COMO TUTELA DE URGENCIA. LA SEPARACIÓN ENTRE TUTELA CAUTELAR Y TUTELA ANTICIPADA. LA TUTELA CAUTELAR COMO PROTECCIÓN PREVENTIVA Y TEMPORAL DEL DERECHO APARENTE CONTRA EL PELIGRO DE DAÑO IRREPA-	

ÍNDICE

	Pág.
RABLE O DE DIFÍCIL REPARACIÓN. LA TUTELA ANTICIPADA COMO PROTECCIÓN PROVISIONAL DEL DERECHO APARENTE CONTRA EL PELIGRO EN LA DEMORA. EL ACENTO FUNCIONAL.....	40
3. LA TUTELA SUMARIA COMO TUTELA ADECUADA Y EFECTIVA. LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA COMO MEDIO DE DISTRIBUCIÓN ISONÓMICA DE LA CARGA DEL TIEMPO EN EL PROCESO. LA TUTELA ANTICIPADA TEORIZADA MÁS ALLÁ DE LA URGENCIA. TODAVÍA EL ACENTO FUNCIONAL	50
4. LA TUTELA SUMARIA COMO TÉCNICA ANTICIPATORIA. LA TÉCNICA ANTICIPATORIA, LA TUTELA JURISDICCIONAL Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS. LA NECESIDAD DE ORGANIZACIÓN Y COMPRENSIÓN DEL PROCESO A PARTIR DEL DERECHO MATERIAL. EL CONCEPTO DE ANTICIPACIÓN. DISTINCIONES ENTRE TÉCNICA ANTICIPATORIA, TÉCNICA MONITORIA Y TÍTULOS EJECUTIVOS EXTRAJUDICIALES. LA NECESIDAD DE CONJUGACIÓN DE LOS ACENTOS ESTRUCTURAL, FUNCIONAL Y CRONOLÓGICO.....	52
5. EL DERECHO A LA TÉCNICA ANTICIPATORIA COMO DENSIFICACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL PROCESO JUSTO. EL ESTADO CONSTITUCIONAL, EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA ADECUADA, EFECTIVA Y TEMPESTIVA DE LOS DERECHOS Y LA TÉCNICA ANTICIPATORIA ATÍPICA	57
6. LA CIRCULACIÓN DE LOS MODELOS DE TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS. LA TÉCNICA ANTICIPATORIA EN LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO. LA TRADICIÓN ROMANO-CANÓNICA. LA TRADICIÓN DEL <i>COMMON LAW</i> . EL DERECHO PROCESAL CIVIL DE SUDAMÉRICA	61
7. LA TÉCNICA ANTICIPATORIA EN EL DERECHO BRASILEÑO. DEL REGLAMENTO N. 737 DE 1850 AL CÓDIGO REFORMADO	74

PARTE II

PERFIL ESTRUCTURAL

1. DE LA ACCIÓN ABSTRACTA A LA ACCIÓN ADECUADA. EL PRINCIPIO DE LA DEMANDA Y LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA. LA LEGITIMIDAD PARA REQUERIR LA TUTELA ANTICIPADA. EL PROBLEMA DE LA CONCESIÓN DE LA TUTELA ANTICIPADA DE OFICIO	79
2. LA COGNICIÓN SUMARIA. TEORÍA DE LA COGNICIÓN Y TUTELA JURISDICCIONAL DIFERENCIADA. COGNICIÓN SUMARIA Y COGNICIÓN COMPLETA NO DEFINITIVA.....	83
3. VERDAD, PROBABILIDAD Y VEROSIMILITUD. PRUEBA Y VERDAD. EL JUICIO DE COGNICIÓN SUMARIA Y LA PROBABILIDAD LÓGICA DEL DERECHO AFIRMADO EN EL PROCESO	86
4. LA PROVISIONALIDAD. LA PROVISIONALIDAD DE LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA Y LA DEFINITIVIDAD DE LA TUTELA FINAL. LA REVOCABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN ORIUNDA DE LA TÉCNICA ANTICIPA-	

ÍNDICE

	Pág.
TORIA. CORRELACIÓN ENTRE LA TUTELA CAUTELAR Y LA TUTELA SATISFACTIVA	99
5. EL DERECHO AL CONTRADICTORIO Y SU REALIZACIÓN FRENTE A LA PROVISIONALIDAD DE LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA	102
6. LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA ENTRE LA INTERINIDAD Y LA AUTONOMÍA PROCEDIMENTAL	107
7. LA TÉCNICA ANTICIPATORIA Y LA ASUNCIÓN DE RIESGOS EN EL PROCESO. LA IRREVERSIBILIDAD DEL RESULTADO DE LA RESOLUCIÓN COMO SUPUESTO LÍMITE DE LA TÉCNICA ANTICIPATORIA. LA PROBABILIDAD COMO ELEMENTO DETERMINANTE DEL DERECHO A LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA	110
 PARTE III PERFIL FUNCIONAL 	
1. LA TÉCNICA ANTICIPATORIA COMO MEDIO DE DISTRIBUCIÓN ISONÓMICA DE LA CARGA DEL TIEMPO EN EL PROCESO. FUNDAMENTOS.....	113
A) La técnica anticipatoria fundada en la urgencia. El peligro en la demora de la prestación de la tutela jurisdiccional	114
B) La técnica anticipatoria fundada en la evidencia. La defensa inconsistente.....	117
C) La necesidad de distinción entre la técnica anticipatoria y tutela definitiva de la parte incontrovertida de la demanda.....	119
2. LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS. LA COMPATIBILIDAD DE LA TÉCNICA ANTICIPATORIA CON LOS PROCEDIMIENTOS INSTITUIDOS PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS	120
3. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA DECISIÓN. CONTRADICTORIO, JUSTIFICACIÓN Y DECISIÓN JUSTA.....	128
4. EL CUMPLIMIENTO DE LA DECISIÓN QUE ANTICIPA LA TUTELA JURISDICCIONAL. LA EJECUCIÓN Y LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS. LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA —Y NO DE SUS EFECTOS— Y LAS TÉCNICAS PROCESALES PARA SU REALIZACIÓN. EL CONTROL DEL PODER EJECUTIVO DEL JUEZ	133
5. LA RESPONSABILIDAD POR EL DISFRUTE DE LA ANTICIPACIÓN DE TUTELA	141
6. LA TÉCNICA ANTICIPATORIA Y LA FUNGIBILIDAD ENTRE LOS PEDIDOS DE TUTELA SATISFACTIVA Y DE TUTELA CAUTELAR.....	143
7. LA TÉCNICA ANTICIPATORIA Y EL PODER PÚBLICO	144
CONSIDERACIONES FINALES	149
BIBLIOGRAFÍA	151

PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

Tiene ciertamente razón Daniel MITIDIERO al señalar que la relación entre la protección cautelar y las tutelas anticipadas es uno de los más complejos e intrincados de la dogmática del Derecho procesal civil. También cabe coincidir con él cuando propone desarrollarlo desde una perspectiva histórica y someterlo a una reconstrucción conceptual crítica, atenta a los desafíos del Derecho comparado.

La demora en dar una respuesta judicial a los conflictos en tiempos razonables, particularmente en un escenario como el de América Latina, en el cual muchos países no han logrado llevar adelante reforma legales eficientemente implementadas, que reduzcan los plazos de espera de la sentencia que supere la contienda y restablezca los derechos lesionados, ha determinado que las medidas cautelares y los instrumentos de tutela anticipada despierten una especial atención y adquieran nuevas formas de regulación.

Sin embargo, son muy pocas las obras que desde la dogmática se preocupan por conceptualizar las respuestas desde los fundamentos científicos de la disciplina. Hay una innumerable cantidad de libros que comentan los desarrollos de los distintos Derechos nacionales, con especial dedicación por la aplicación que de ellos hacen los jueces. La necesidad por encontrar técnicas de protección, alentados por la urgencia del reclamo de una respuesta que corrija la lentitud del proceso, y una mirada focalizada en el problema local, son dos de las razones que han ayudado a generar el espacio que el estudio de Daniel MITIDIERO viene con acierto a cubrir.

La distinción entre medidas cautelares y vías procesales para anticipar la tutela es investigada y analizada en el libro desde las bases teóricas que sustentan ambas nociones. La propuesta de tratar la evolución de cada una de ellas es llevada adelante con un método acertado, una explicación adecuada y una exhaustiva revisión de las fuentes. El lector encontrará en sus páginas una evidente pasión por el detalle y una notoria capacidad para no perderse en cuestiones estériles. Las ideas de la escuela alemana de finales del ochocientos

y la teorización que en materia cautelar articularon CHIVENDA, CALAMANDREI y CARNELUTTI, en la primera mitad del novecientos, son reconstruidas en sus principales líneas, prescindiendo de la acostumbrada tendencia a caer en un academicismo estéril. Las perspectivas de ambas escuelas es explicada para resolver las dificultades que derivan de un inadecuado tratamiento de los aciertos y desaciertos de esa evolución. Para explicar hoy cómo opera la anticipación y lo cautelar era necesario reconstruir el camino y trabajar sobre cómo fueron consolidándose esas nociones.

Adelanta el autor que la tutela anticipada no puede ser identificada con la cautelar. Sostiene que no se trata de dos manifestaciones que responden a similares presupuestos. Mientras la tutela cautelar estaría destinada a asegurar el Derecho protegido interinamente, en palabras de Baptista DA SILVA: el peligro de infructuosidad del Derecho, la tutela anticipada posibilita la inmediata realización del Derecho. La separación y comparación entre ambas formas de tutela le permite a Daniel MITIDIERO considerar que ellas responden al principio de anticipación de efectos, que se manifiesta: en las satisfactivas dando respuesta concreta al derecho que se dice vulnerado y en las cautelares por permitir la concreción de un espacio para lograr seguridad durante el proceso. Intenta con ese recorrido demostrar que la diferencia entre ambas nociones es funcional y no estructural.

Con acierto concluye siguiendo a MARINONI que la anticipación tiene por función distribuir de forma igualitaria o isonómica la carga de tiempo que insume el proceso. Se trata de una derivación del derecho humano a ser tratado en condiciones de igualdad. No es solamente un problema de urgencia. La distribución equitativa de cargas y el respeto de la igualdad de las partes otorga a la anticipación un sustento de justicia que permite ampliar la noción de peligro e intentar respetar un valor que también debe ser tomado en cuenta a la hora de decidir sobre la protección de un derecho.

La formulación de su visión sobre la anticipación recorre las huellas del Derecho comparado. Encuentra similitudes y diferencias en las tradiciones anglosajona y continental europea en cuanto a esas dos formas de tutela. Además, se ocupa de un campo poco frecuentado en la literatura procesal de los últimos años. La evolución de la anticipación en América Latina cuenta con una descripción bien lograda. Culmina el tratamiento del Derecho latinoamericano con una exhaustiva explicación sobre el Derecho brasileño.

Luego de construir las bases de su posición sobre la tutela anticipada el libro se detiene sobre ciertos problemas estructurales que lleva consigo la aplicación de la que llama técnica de anticipación. Los títulos de la segunda parte demuestran las dificultades de las cuestiones examinadas. Trata la temática de la legitimación, de la concesión oficiosa, de la prueba y la verdad, de la cognición sumaria y la probabilidad lógica, de la revocabilidad de lo resuelto, del derecho al contradictorio y su realización frente a la provisionalidad (provisoriedad) de la anticipación de tutela, de la interinidad y la autonomía procedimental, de la asunción de los riesgos en el proceso, entre otros. Cada una de las unidades temáticas de la segunda parte del libro es abordada dejando entrever las preguntas y las respuestas que sugiere el autor para cada uno de esos temas.

La tercera, y última parte, dedicada al perfil funcional de la anticipación se ocupa de la distribución igualitaria de la carga del tiempo en el proceso, de la urgencia, del grado y nivel de evidencia indispensable para acordar la tutela, del respeto por el contradictorio, de la justificación de la decisión y de su cumplimiento.

La breve conclusión de cierre en el capítulo final sintetiza el propósito que anima el libro. Daniel MITIDIERO intenta y logra demostrar que la anticipación es una figura clave para lograr en un sistema procesal el respeto del derecho al debido proceso. Sostiene que la técnica anticipatoria es imprescindible para una correcta estructuración del derecho al proceso justo, para concluir que es a partir de ahí que se puede esperar una mejoría de la justicia civil y, por tanto, de la vida de los litigantes.

En ese sentido, la metodología de reconstrucción dogmática que nos propone a lo largo de su estudio responde, en buena medida, al propósito de obtener un mayor respeto por el derecho esencial a una justicia atenta a los problemas del consumidor del servicio. Lejos de desentenderse de la finalidad, ella está presente en todas sus páginas.

El prefacio a la edición en portugués de Luiz, Guilherme MARINONI realiza una justa semblanza sobre Daniel MITIDIERO. Participo plenamente de las palabras de MARINONI. No hay duda que nuestro compañero de dirección de la colección exhibe aquí su plena madurez científica.

Éste es el segundo libro de Daniel MITIDIERO traducido al español. El primero: Colaboración en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos tuvo una excelente recepción en Iberoamérica. La misma que auguro para Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria.

Eduardo OTEIZA

PREFACIO

Es un gran privilegio tener la oportunidad de hablar sobre un trabajo que incorpora tres dimensiones: ser un tema que me es muy caro; trabajado en un texto primoroso, por tanto, denso, significativo y bien escrito; y ser un libro escrito por un amigo y compañero de trabajo. El instigador tema de la tutela anticipada, al cual me vengo dedicando desde las bancas del pregrado, es aquí tratado a partir de un abordaje serio y profundo, hecho por un joven que se volvió, con el tiempo, más que el colega y partícipe de mi trabajo de abogado, un verdadero amigo.

Daniel MITIDIERO ya es figura conocida en el medio académico. Dejó su marca en la Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul y se volvió, hace poco tiempo, profesor adjunto de Derecho procesal civil de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul. Entre sus libros, además de los *Comentarios al CPC* y del *Proyecto del CPC* —escritos a mi lado—, se encuentra su tesis de doctorado, también publicada por la Editorial Revista dos Tribunais, versando sobre una importante temática: *Colaboración en el proceso civil*.

He insistido en la necesidad de que el proceso civil sea pensado en la perspectiva de la tutela de los derechos, lo que significa contemplar el tejido normativo procesal a partir de los derechos fundamentales procesales, comprendiendo el proceso como el conjunto de técnicas procesales que deben permitir el efectivo alcance de la tutela prometida por el derecho sustancial. Esa forma de ver el proceso civil permea mis libros *Antecipação da Tutela, Tutela Inibitória, Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, constituyendo, además de ello, el hilo conductor de los cinco volúmenes del *Curso de Processo Civil* que escribí junto a Sérgio CRUZ ARENHART.

El presente libro de MITIDIERO también parte de la visión constitucional del proceso y de la necesidad de que la técnica procesal sea capaz de prestar tutela del derecho material. Se hace, por tanto, importante y necesaria la relación entre la técnica anticipatoria y las tutelas de los derechos. El libro, de esa forma, da significado a la técnica anticipatoria, concibiéndola como un

PREFACIO

género capaz de servir a la prestación de diversas formas de tutela sumaria a los derechos. Por cierto, el libro contempla la tutela cautelar como una tutela del derecho, apta a la «definitividad».

La obra realiza una instigadora reconstrucción histórico-dogmática de la tutela cautelar, considerando, inclusive, el Derecho alemán de final del siglo XIX y la visión chiovendiana, hasta llegar a nuestros días, pasando por CALAMANDREI, PROTO PISANI y DENTI. Se realiza un importante estudio comparativo, mostrando cómo la técnica anticipatoria es organizada en otros ordenamientos para la prestación de tutela sumaria. Se procede, también, a elaborar un interesante estudio sobre la cognición con la intención de establecer criterios para la adecuación de la decisión apta a la concesión de la tutela anticipatoria.

El libro, por fin, está muy lejos de ser una mera presentación del modo cómo la tutela anticipatoria debe ser prestada en nuestro ordenamiento jurídico. Constituye, eso sí, un fabuloso aporte teórico para la comprensión del génesis de la tutela cautelar y del desarrollo histórico de la tutela anticipada, además de una construcción dogmática de la más alta importancia para su comprensión y utilización.

Por todo ello, tengo mucho gusto en felicitar a Daniel MITIDIERO, colega y amigo, por esta obra que demuestra su plena madurez científica.

Luiz Guilherme MARINONI
Titular de los Cursos de Pregrado, Maestría y Doctorado
en Derecho de la Universidad Federal de Paraná

NOTA PRELIMINAR A LA EDICIÓN ESPAÑOLA Y ARGENTINA

Es para mí un motivo de gran placer y orgullo presentar a los lectores de lengua española la edición de mi *Antecipação da Tutela - Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória* en el idioma de CERVANTES. Además del simple hecho de ofrecer este trabajo a la crítica en un universo académico y profesional más amplio —lo que para mí ya tiene una importancia extraordinaria—, mi alegría gana una dimensión aún mayor por tener la oportunidad de presentarlo en la prestigiosa colección *Proceso y Derecho*, que tengo el honor de dirigir conjuntamente con mis queridos amigos y colegas Michele TARUFFO, Eduardo OTEIZA y Jordi NIEVA FENOLL. Es un enorme placer el poder agradecerles públicamente por la acogida de mi trabajo en nuestra *Colección*.

Aunque el tema aquí enfrentado sea comúnmente trabajado en la doctrina iberoamericana bajo el rótulo de *tutela cautelar*, espero que mis reflexiones puedan, de algún modo, contribuir para la crítica de este modo de pensar el problema. Si el trabajo despertase la curiosidad de los colegas y, eventualmente, mereciese una crítica positiva o negativa, tendré como plenamente alcanzada mi expectativa al haberlo escrito y publicado.

No puedo terminar esta breve presentación a la edición española y argentina sin agradecer a mi querido amigo y colega Marcelo PORCIUNCULA, de la editora Marcial Pons, por la atención dada a mi trabajo desde la evaluación de los *originales*. Finalmente, quiero agradecer de forma muy efusiva el excelente trabajo de traducción de mi querido amigo y colega Renzo CAVANI, con quien tengo el placer de convivir en el Curso de Maestría en Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul en la condición de su orientador. Es una alegría muy grande poder ver nuestros nombres juntos en esta edición.

Porto Alegre, primavera de 2012
Daniel MITIDIERO

AGRADECIMIENTOS

Contraje muchas deudas al escribir este libro. Cumpló ahora alegremente con el deber de agradecer a las personas que colaboraron conmigo a lo largo de su redacción.

En el plano bibliográfico, quisiera agradecer a mis queridos amigos Alvaro DE OLIVEIRA (por facilitarme los clásicos libros de Hans Karl BRIEGLEB y de Adolf WACH), Gustavo FOSSATI (por el envío del ensayo de Wolfgang GRUNSKY sobre los fundamentos de la *einstweilige Rechtsschutz*), Michele TARUFFO (por el envío del ensayo de Vittorio DENTI sobre la función de la tutela cautelar), Ronaldo KOCHEM (por la localización digital del libro de HELLWIG sobre el derecho de acción) y Vitor DE PAULA RAMOS (por la localización de los ensayos de Agostino DIANA y Eduard MAURITS MEIJERS). Este libro no sería el mismo sin la provechosa y desprendida colaboración de ustedes.

En el plano de la discusión de los temas versados y de la organización del sumario, quisiera agradecer a mi querido amigo Luiz Guilherme MARINONI, que debatió conmigo el sumario y el capítulo pertinente al perfil conceptual de la anticipación de tutela. También quisiera agradecer a mis queridos amigos Artur CARPES, Guilherme RECENA COSTA, Maria Angélica Echer FERREIRA FEIJÓ, Otávio DOMIT, Otávio MOTTA, Rafael ABREU, Renzo CAVANI, Ronaldo KOCHEM, Paulo MENDES y Vitor DE PAULA RAMOS, con quienes discutí intensamente el tema en varias ocasiones mientras escribía este libro. Las observaciones e inquietudes de ustedes fueron de fundamental importancia para la conformación de este libro.

En el plano de la traducción, quisiera registrar mi agradecimiento a mi profesora de alemán, Magda GANS, por la competencia y dedicación con la que me viene enseñando ese difícil idioma, auxiliándome sobremanera con las traducciones. También quisiera agradecer a mi querido amigo Ingo SARLET, a quien varias veces recurrí para debatir la viabilidad y la adecuación de determinadas traducciones de expresiones alemanas.

AGRADECIMIENTOS

Finalmente, quisiera agradecer muy especialmente a mi esposa Vanessa. No sólo las innumerables horas consumidas en este trabajo fueron hurtadas —y a veces robadas— de nuestra convivencia, sino también todas mis inquietudes teóricas sobre el tema encontraron en ella mi primer puerto. Es para mí un motivo de felicidad sin fin poder contar con tus preguntas, con tus respuestas, con tu impulso y, sobre todo, con tu sonrisa al despertar.

Porto Alegre, primavera de 2012
Daniel MITIDIERO

INTRODUCCIÓN

Nadie ignora que una de las grandes viradas en términos de adecuación, efectividad y tempestividad de la tutela jurisdiccional en el Derecho brasileño encuentra especial traducción en el instituto de la anticipación de tutela. A partir del momento en que el procesalista despertó en la necesidad de dimensionar adecuadamente la carga del tiempo en el proceso de acuerdo con las exigencias evidenciadas por el derecho material debatido en juicio, la justicia civil pasó a contar con un instrumento de extraordinaria importancia para la tutela efectiva de los derechos.

Siempre es difícil escribir en una monografía sobre un tema tan extensamente versado. La dificultad crece aún más cuando la bibliografía disponible es de excelencia, como es el caso de muchos trabajos escritos sobre nuestro tema. Es preciso agregar algo nuevo al debate, bajo pena de que el esfuerzo no se justifique plenamente ante la comunidad académica y profesional. Nuestro objetivo es contribuir con la discusión respecto del tema a fin de que se pueda comprender a partir de bases conceptuales adecuadas, y a partir de allí crear condiciones para que de él se pueda retirar un mejor provecho práctico.

Para ello, organizamos nuestro trabajo en tres partes.

En un primer momento, analizamos el *perfil conceptual* de la anticipación de tutela. Una de nuestras ideas principales es que la tutela cautelar es una tutela definitiva del derecho. No se trata de una resolución provisional (*provisória*) ni tampoco de una resolución temporal. Y siendo ello así, es posible anticipar tanto la tutela satisfactiva como la tutela cautelar mediante la técnica anticipatoria. La anticipación de tutela pasa a ser el género capaz de viabilizar provisionalmente tanto la realización del derecho como su simple seguridad. Así como hay derecho a la tutela del derecho, hay igualmente derecho a la seguridad de la tutela del derecho. La técnica anticipatoria aparece allí como el medio capaz de distribuir, de forma isonómica, la carga que el tiempo representa en el proceso. Partimos de la raíz constitucional del

derecho a la técnica anticipatoria, teniendo como base el derecho a la tutela adecuada de los derechos, situándola, por tanto, en el ámbito del derecho fundamental al proceso justo. En esta parte, asimismo, hacemos una breve incursión en el Derecho comparado y en la historia del proceso civil brasileño a fin de comprender la anticipación de tutela en el cuadro más amplio propiciado por esos abordajes.

En seguida enfrentamos el *perfil estructural* de la anticipación de tutela. Delineado dicho concepto, examinamos los elementos que le dan sustento: la necesidad de requerimiento de la parte, el problema de la cognición judicial, el concepto de probabilidad, la provisionalidad, el contradictorio, el procedimiento y la irreversibilidad de la resolución ocupan, así, esa segunda parte del trabajo.

Por fin, en un tercer momento, analizamos la anticipación de tutela bajo el *perfil funcional*. En esta parte procuramos exponer los fundamentos de la técnica anticipatoria, su compatibilidad con los procedimientos instituidos para la protección de los derechos, la fundamentación de la decisión, su cumplimiento, la posibilidad de control del poder ejecutivo del juez, la responsabilidad por el disfrute indebido de la anticipación de tutela, la fungibilidad entre la tutela satisfactiva y la tutela cautelar y la anticipación de tutela frente al Poder Público.

Lo que anima nuestro trabajo es la consciencia de que ningún ordenamiento jurídico puede ser digno de ese nombre si no se realizan los derechos proclamados por él. De poco importa un derecho si no existen técnicas procesales idóneas para su efectiva realización. De ahí la fundamental importancia del estudio de la técnica anticipatoria, dado que fuera de su cuadro, no sólo el *derecho de la parte* corre muchas veces el riesgo de zozobrar, sino también el *imperio del derecho*, que alimenta y constituye uno de los fundamentos del Estado Constitucional, se expone al serio riesgo de verse eclipsado por actos de fuerza practicados indebidamente fuera del abrigo de su normatividad.

El derecho es una posición jurídicamente tutelable. Si el proceso falla en su tarea de proteger los derechos, se puede reconocer poco de él. Ésa es la razón por la cual tener derecho de acción en el Estado Constitucional significa tener derecho al proceso justo y, muy especialmente, derecho a las técnicas anticipatorias y ejecutivas que sirven para otorgar adecuación, efectividad y tempestividad a la tutela jurisdiccional. Sin anticipación de tutela, en suma, difícilmente el proceso consigue dar a la parte aquello, todo aquello y exactamente aquello a lo que ella tiene derecho en el plano material.

PARTE I

PERFIL CONCEPTUAL. DE LA TUTELA CAUTELAR A LA TÉCNICA ANTICIPATORIA

El inicio del estudio de la anticipación de tutela, comprendida como la *técnica* direccionada a anticipar de forma *provisional*, mediante *cognición sumaria*, la *tutela jurisdiccional del derecho* para la parte, buscando la *distribución isonómica de la carga del tiempo en el proceso*, debe partir de la teoría de la tutela cautelar. Y ello por una razón simple: durante mucho tiempo la doctrina no percibió la autonomía conceptual de la técnica anticipatoria y la teorizó de forma indebida en términos de *acción, resolución o proceso* cautelar. Aun cuando posteriormente se pasó a distinguir *tutela cautelar* de *anticipación de tutela*, siendo un paso de fundamental importancia, la distinción fue realizada de forma incompleta, incapaz de viabilizar la identificación y sistematización del concepto en toda su entereza. De ahí que la teorización atinente a la tutela cautelar constituye un inequívoco punto de partida para una efectiva comprensión de la técnica anticipatoria.

No obstante ello, es preciso percibir desde ahora que no es posible confundir técnica anticipatoria con tutela cautelar. La primera se consustancia esencialmente en una *inversión procedimental* y constituye una *técnica procesal*. Es un *medio* para la realización de una *finalidad*. La segunda es *uno de los fines posibles* resultantes del empleo de aquel medio; es una especie de *tutela jurisdiccional del derecho*. Dicho de manera clara, la *anticipación de tutela* es tan solamente una técnica procesal que busca la concesión de *tutela satisfactiva* o de *tutela cautelar* de los derechos. La técnica anticipatoria es el medio que permite la anticipación de la tutela jurisdiccional de los derechos. *La anticipación es el «medio» que se orienta a la obtención del «fin» tutela jurisdiccional del Derecho.*

El tema, lleno de puntos notoriamente polémicos ¹, es reconocido como uno de los más complejos e intrincados de la dogmática del Derecho procesal

¹ BAPTISTA DA SILVA, 2001: 10.

civil. Se trata, incuestionablemente, de una «ardua temática»². Para comprenderlo en toda su extensión, es imprescindible colocarlo bajo una perspectiva histórica y someterlo a una reconstrucción conceptual crítica. Aunque esté asentado que hoy la gran referencia teórico-sistemática en la materia es el clásico *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* de Piero CALAMANDREI, publicado en 1936³, es cierto que su adecuada comprensión no puede prescindir del análisis de los orígenes de la tutela cautelar como anticipación de la ejecución forzada, ni tampoco de la teorización de Giuseppe CHIOVENDA respecto de la acción conservativa como figura general orientada a la protección del proceso y de la actividad estatal, ni mucho menos de la comprensión del proceso cautelar como *tertium genus*. Y, evidentemente, no puede dejar de retratarse el ambiente cultural en que semejantes concepciones fueron propuestas⁴. *Sin ello, estaremos condenados a repetir, de forma acrítica y sin el imprescindible filtro impuesto por la necesidad de congruencia entre las construcciones jurídicas y la realidad social, conceptos cuyos presupuestos teóricos se encuentran totalmente superados por nuestra cultura.*

1. LA TUTELA SUMARIA COMO TUTELA CAUTELAR. LA TUTELA CAUTELAR COMO FORMA DE PROTECCIÓN PROVISIONAL DEL PROCESO Y COMO MEDIO DE NEUTRALIZACIÓN DEL TIEMPO FRENTE AL PELIGRO EN LA DEMORA. EL PROCESO CAUTELAR COMO *TERTIUM GENUS*. EL ACENTO ESTRUCTURALISTA

Durante muchísimo tiempo la doctrina encerró toda tutela sumaria en los confines de la tutela cautelar, al punto de que la clásica doctrina afirmaba que toda tutela cautelar tendría naturaleza anticipatoria⁵, toda ejecución fundada en cognición no definitiva sería de seguridad⁶ y toda liminar tendría naturaleza cautelar⁷. Con ello, se circunscribieron los juicios de cognición sumaria y la técnica anticipatoria en los dominios de la teoría de la tutela cautelar, acentuándose el aspecto *estructuralista* del tema.

Se trata, sin embargo, de una imprecisión teórica con raíces profundas en la historiografía conceptual del Derecho procesal civil y de la cual gran

² MARINONI, 2000: 192.

³ Observa a propósito Andrea PROTO PISANI (1988: 30) que «*la mirabile Introduzione del 1936*» representa «*tutt'oggi lo studio sistematico di maggior valor in tema di tutela cautelare*». En la misma línea, Giuseppe TARZIA (2008: XXIV) refiere que «*si può ben dire che la sistemazione di Calamandrei, salvo per alcuni (ma non trascurabili) aspetti, sai ancora oggi dominante*».

⁴ La tarea de reconstrucción histórico-dogmática, en esa línea, reside en permitir una «*adeguata verifica culturale*» de los conceptos acogidos por la legislación y trabajados por la doctrina, muchas veces recibidos de forma acrítica (GROSSI, 2005: 3), sin la necesaria congruencia social. En otras palabras, es necesario que «*la ricerca dogmatica acquisti consapevolezza storica*» (ALLORIO, 1957: 41, 42); de lo contrario, corremos un serio riesgo de convertirnos dócilmente en *esclavos del poder* (BAPTISTA DA SILVA, 1997: 219), sin ningún compromiso con las necesidades de la sociedad en la que estamos insertos. En esa línea, igualmente, JOBIM, 2011: 49.

⁵ CALAMANDREI, 1936: 60.

⁶ CHIOVENDA, 1965: 225; GRUNSKY, 1976: 277.

⁷ LACERDA, 1998: 53.

parte de la procesalística contemporánea aún no ha conseguido liberar. Para que se pueda apreciar de forma adecuada el tema y deshacerse de los equívocos aún hoy alimentados por buena parte de la doctrina, es preciso retornar a sus orígenes conceptuales a fin de que posteriormente se puedan reconstruir de manera apropiada.

A) La tutela cautelar como anticipación de la ejecución forzada (*antizipirten Zwangsvollstreckung*)

La tutela cautelar fue inicialmente concebida como forma de protección jurídica atinente apenas a los dominios de la ejecución forzada. La doctrina la concebía como anticipación de la ejecución forzada (*antizipirten Zwangsvollstreckung*)⁸, es decir, como un primer nivel de una realización gradual del derecho (*ein erstes Stadium einer punktuellen Rechtsverwirklichung dar*)⁹. De esa misma manera de pensar da cuenta, por cierto, la propia *Zivilprozessordnung* alemana de 1877, al tratar del arresto (*Arrest*) y de la resolución provisional (*einstweilige Verfügung*) en la quinta y última parte de su octavo libro, dedicado a la ejecución forzada (*Zwangsvollstreckung*, §§ 916 a 945)¹⁰.

En términos sistemáticos, la doctrina alemana de entonces negaba cualquier *autonomía* conceptual a la tutela cautelar, al no separarla de la actividad de ejecución. En la misma línea, se individualizaba en el plano del *derecho material* los presupuestos del derecho a la cautela¹¹, lo cual, en un ambiente cultural de viva discusión de las relaciones entre derecho y proceso desde la perspectiva de la acción¹², contribuyó inequívocamente para oscurecer la adecuada comprensión del *derecho material a la cautela* y de la *tutela jurisdiccional de simple seguridad del derecho* en el desenvolvimiento posterior del asunto. En su origen, por tanto, la teorización de la tutela cautelar se encontraba totalmente vinculada al derecho material, comprendida tan solamente en términos de pretensión a la seguridad en un ambiente cultural que aún confundía *Klagerecht* y *Anspruch*, y que estaba circunscrita al ámbito de la

⁸ Concepción retratada en el clásico ensayo de Georg GÜTHE, 1898: 346-414. Para un análisis de la teoría del proceso sumario en la doctrina alemana del siglo XIX, cfr. NÖRR, 1993a: 168-170.

⁹ BAUR, 1967: 1.

¹⁰ Es probable que, por esa razón, aún hoy, la doctrina de Derecho procesal civil alemana trate del tema mayoritariamente, en sus exposiciones didácticas, en los libros referentes a la ejecución forzada (por ejemplo, BAUR, STÜRNER y BRUNS, 2006: 601-661) y no en los libros dedicados al Derecho procesal civil en general (por ejemplo, ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD, 2010, en donde el tema no es tratado). No obstante, es ampliamente reconocida la imprecisión sistemática de la ZPO sobre el particular por la doctrina alemana contemporánea (LEIPOLD, 1971: 18-19; GRUNSKY, 1996: 319). Al respecto, constituye una excepción a la regla el propio GRUNSKY (2008: 271-281).

¹¹ BRIEGLEB (1859: 503-535), habla de *materiellen Voraussetzungen der summarischen Rechtsverfolgung* (presupuestos materiales para la persecución sumaria del Derecho). En la misma línea, su ex alumno, ADOLF WACH (1868: 87-119), alude a los *materiellen Voraussetzungen des Arrestes* (presupuestos materiales del embargo). En la misma línea, posteriormente, ALLORIO (1936: 18-44).

¹² ALVARO DE OLIVEIRA, 2008: 20-39, con amplio análisis de las fuentes. Para un examen específico del pasaje del *derecho de las acciones fundado bajo el concepto de derecho subjetivo (Aktionsrecht*, cuya figura icónica es, incuestionablemente, SAVIGNY) a la comprensión de la *acción como concepto procesal* (Julius Wilhelm PLANCK) en la literatura alemana del siglo XIX, cfr. NÖRR, 1993b: 73-89 (80-89).

tutela ejecutiva. No contaba ni con autonomía frente al derecho material, ni con un ámbito de alcance diverso de aquél asignado a la ejecución forzada.

En ese primer período, la doctrina alemana no llegó a reconocerle a la tutela cautelar autonomía conceptual ni extensión mayor que aquella que era otorgada a la ejecución forzada. Motivada, sin embargo, por la conocida elaboración de la acción como pretensión a la tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*)¹³, relativamente autónoma del derecho material, llegó a consentir la colocación del problema de la tutela cautelar en el plano del Derecho procesal¹⁴. Semejante posición preparó incuestionablemente el terreno para el siguiente y decisivo paso dado por la doctrina italiana rumbo a la autonomía de la *azione assicurativa* y su caracterización como *figura generale* en el sistema del Derecho procesal civil¹⁵.

B) La acción cautelar como *azione assicurativa*. La acción cautelar como *mera azione*, como *diritto dello Stato* y la jurisdicción como *attuazione della volontà concreta della legge*

Es de dominio común el papel fundamental desempeñado por Giuseppe CHIOVENDA en el desenvolvimiento de las bases conceptuales del Derecho procesal civil. Si bien es verdad que la ciencia procesal nació con la procesalística alemana de finales del siglo XIX, también lo es que ella sólo se desarrolla y florece por la mano de CHIOVENDA y por el movimiento italiano que tiene en él a su precursor¹⁶, su «*grande caposcuola*»¹⁷.

La acción —como nadie ignora— tiene una función central en su sistema de Derecho procesal civil¹⁸. Al lado de la relación jurídica procesal¹⁹ y del carácter público-estatalista de la jurisdicción²⁰, la acción compone las premisas de fondo del pensamiento chiovendiano.

Comprendida en la perspectiva del sistema de los derechos, la acción en CHIOVENDA gana «*assoluta atipicità*»²¹, desplegándose de la «*tipología civilistica delle azioni*»²² para disolverse en la generalidad del concepto base, sustituyéndose en parte la antigua clasificación basada en el derecho material por una

¹³ WACH, 1889. En esa monografía, por cierto, como observa correctamente Antonino CONIGLIO (1949: 21-22, nota 26), WACH abandona el concepto de derecho material a la cautela en favor de la *Rechtsschutzanspruch*.

¹⁴ Como enseña HELWIG (1905: 13-14), la *Rechtsschutzanspruch auf Rechtssicherung* «*ist es ein rein prozessuales Recht*» (la pretensión a la tutela jurídica mediante seguridad jurídica «es un Derecho procesal puro»).

¹⁵ DIANA, 1909: 3-4; LANCELOTTI, 1939: 235-236.

¹⁶ CALAMANDREI, 1965: 525-526.

¹⁷ ALLORIO, 1957: 14.

¹⁸ TARUFFO, 1986: 1139; PROTO PISANI, 1988: 24.

¹⁹ TARUFFO, 1986: 1139.

²⁰ PROTO PISANI, 1988: 24.

²¹ *Idem, ibid.*: 24. En la apreciación de la doctrina posterior, a propósito, la elaboración de ese concepto general y unitario de la acción permitió la formulación del derecho fundamental de acción y del derecho de acceso a la tutela jurisdiccional, desempeñando, así, una función política muy importante en el sistema jurídico contemporáneo (TARUFFO, 2003: 1147).

²² TARUFFO, 1986: 1139.

nueva, concebida a partir de la «*natura*» e *degli scopi dell'azione*»²³. Es con ella que la parte provoca la *actuación de la voluntad concreta de la ley* mediante el ejercicio de la *jurisdicción en la relación jurídica procesal*²⁴. No sorprende, por tanto, que haya sido bajo ese ángulo que CHIOVENDA haya propuesto la autonomización de la tutela cautelar de los dominios de la ejecución forzada²⁵.

Distanciándose de la doctrina germánica de la época²⁶, CHIOVENDA coloca al lado de las funciones de cognición («*accertamento del diritto*») y de ejecución («*esecuzione di un accertamento di diritto*») la función de actuación de la tutela jurídica en el proceso mediante resoluciones cautelares («*provvedimenti cautelari*»)²⁷, concibiéndola como una *figura general*. Como consecuencia, teniendo en cuenta que la acción constituye el «*potere per se stante di chiedere l'attuazione della legge per opera degli organi giudiziale*»²⁸, CHIOVENDA entiende como especie de aquélla las «*azioni assicurative*» que «*tendono alla attuazione della legge mediante misure cautelari o provvisorie*»²⁹. Son acciones que buscan tanto «*proveer con urgencia para la manutención del statu quo*, como asegurar la futura satisfacción de un posible derecho después de su declaración»³⁰, con las cuales es efectiva una «*tutela de conservación*»³¹. Percíbese que el carácter cautelar es tomado por CHIOVENDA como sinónimo de *provisionalidad*, revelándose, a partir de allí, en la construcción de su pensamiento, el *aspecto estructural* de la *azione esecutiva*.

Enfrentando el asunto de forma específica³², CHIOVENDA enseña que las medidas cautelares, también conocidas como provisionales, «*perchè si emanano prima che sia accertata la volontà della legge che si garantisce un bene, o prima che sia compiuta la sua attuazione, per garanzia della sua futura attuazione pratica*»³³, constituyen «*una forma per se stante d'azione (azione assicurativa): ed è mera azione, che non può considerarsi come acessorio del diritto cautelato, perchè essa esiste come potere attuale quando ancora non si sa se il diritto cautelato esista*»³⁴. Y agrega: «*E mentre il convenuto non ha alcun obbligo di cautela prima del provvedimento del giudice*»³⁵.

²³ *Idem, ibid.*: 1139.

²⁴ Sobre el significado histórico del concepto de jurisdicción como «*attuazione della legge*» (CHIOVENDA, 1965: 301), cfr. MARINONI, 2006: 33-35.

²⁵ LANCELOTTI, 1939: 246.

²⁶ Por todos, cfr. HELLWIG, 1912: 439-440.

²⁷ CHIOVENDA, 1993c: 45. Este ensayo, como es notorio, constituye la versión escrita, agregada con notas, de las famosa *prolusione bolognese* de 1903.

²⁸ CHIOVENDA, 1965: 58; CHIOVENDA, 1935: 34.

²⁹ CHIOVENDA, 1965: 58. Para un retrato de la evolución de tratamiento de la tutela cautelar en las sucesivas ediciones de los *Principii*, cfr. PROTO PISANI, 1988: 20-21.

³⁰ CHIOVENDA, 1935: 35.

³¹ *Idem, ibid.*: 224-228.

³² La exposición de CHIOVENDA sobre el tema es sustancialmente idéntica en los *Principii di Diritto Processuale Civile* (1965: 224-228) y en las *Instituições de Direito Processual Civil* (1969: 272-275).

³³ CHIOVENDA, 1965: 225. En la doctrina alemana posterior, con idéntica postura, afirmando que toda ejecución en donde el derecho material aún no fue definitivamente decidido, en donde hay ejecutabilidad provisional sin fuerza de cosa juzgada (*vorläufige Vollstreckbarkeit nichtrechtskräftiger Urteile*), constituye una forma de tutela jurídica provisional. Cfr. GRUNSKY, 1976: 277.

³⁴ CHIOVENDA, 1965: 226.

³⁵ *Idem, ibid.*: 226.