

PROCEDIMIENTOS PRELIMINARES O SUMARIOS: ALCANCE E IMPORTANCIA

Ada PELLEGRINI GRINOVER*

SUMARIO: I. *Delimitación del tema.* II. *Cuestionario.* III. *Los relatores nacionales.* IV. *El contenido de los informes nacionales.* V. *Formas de tutela satisfactiva anticipada.* VI. *Respuestas al cuestionario.* VII. *Reflexiones de conclusión.*

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

El asunto indicado por el Congreso es extremadamente amplio y podría ser abordado desde varios aspectos, sin embargo, esta relatora consideró oportuno circunscribirlo en una dirección particular, llevando a los especialistas a discutir en torno a un tema moderno y actual, conocido y estudiado en algunos países, incipiente en otros, o incluso desconocido, por lo menos en vía legislativa, en algunos.

Por estas razones he decidido restringir el análisis del Informe General al estudio de la situación actual de la legislación, de la doctrina y de la jurisprudencia, respecto a los *procedimientos (preliminares o sumarios) que se contraponen al procedimiento de conocimiento pleno y exhaustivo, o sea, el procedimiento común u ordinario del proceso de conocimiento, apto para formar la cosa juzgada.*

Desde el principio, en la invitación dirigida a los relatores nacionales, quedó claro el mensaje transcrito a continuación:

“Examinaremos, por lo tanto, los procedimientos de conocimiento sumario o superficial, en los que se establecen límites al conocimiento, en el sentido

* Profesora de la Universidad de São Paulo.

de la profundidad, excluyendo, sin embargo, a aquellos en los que la sumariedad es un mero aspecto del procedimiento, ya que es por ellos que se alcanzan la sentencia de mérito y la cosa juzgada (por ejemplo, en los *small claims*).

Mas, aun, es preciso distinguir: existen procedimientos sumarios (o preliminares) de naturaleza típicamente cautelar, o sea destinados a medidas meramente aseguradoras o tutelares de la prueba o del resultado del proceso; y procedimientos sumarios (o preliminares) que llevan a medidas satisfactivas, abreviando o evitando el procedimiento común u ordinario.

Creo que es de esta segunda especie que nos tendremos que ocupar, pues ella es la que responde a las exigencias de una tutela rápida, adecuada y ajustada al ritmo acelerado de las relaciones sociales, característico de la sociedad moderna. *En este sentido, el procedimiento sumario (o preliminar), referente a la llamada tutela diferenciada, se contraponen al procedimiento común (u ordinario), el que, a su vez, posibilita la solución de los conflictos de manera más segura, cercando el ejercicio de la función jurisdiccional de las más plenas garantías y culminando con la estabilidad de la cosa juzgada.*

Así, *no* deberán ser objeto de análisis: a) los procedimientos en que la sumariedad es concerniente sólo al procedimiento, pero cuyo propósito es la sentencia de mérito y la cosa juzgada (por ejemplo, los *small claims*); *ni* b) los procedimientos sumarios o preliminares referentes a una providencia cautelar *stricto sensu* (meramente aseguradora de la prueba o del resultado del proceso).

Pero consideraremos como “procedimientos sumarios o preliminares”, que llevan a una providencia de carácter satisfactivo no sólo a los *procedimientos formalmente autónomos* (como el référé), sino que también a la *fase del procedimiento ordinario* que tenga el mismo objetivo (como la tutela anticipada en Italia y en el Brasil).

Dentro de esta óptica, he ofrecido, como mera guía, a los relatores nacionales, el siguiente cuestionario, lo que no implica dejar de recibir naturalmente, otras consideraciones que cada cual haya considerado oportunas y convenientes. Me he tomado, sin embargo, la libertad de recordar lo innecesario de consideraciones de carácter general, históricas o doctrinarias, siendo que el principal objetivo de los congresos de la Asociación Internacional de Derecho Procesal es el de intercambio de experiencias y de actualización de los asociados, mediante el conocimiento y la discusión de los temas en el estado actual de la ciencia procesal.

II. CUESTIONARIO

1. ¿Cuáles son, en el sistema de su país, los procedimientos¹ sumarios (o preliminares) concernientes a la satisfacción del derecho material? (por ejemplo, anticipación de tutela, *provvedimenti d'urgenza*, procedimiento monitorio, référé, pre-trial, etcétera).

2. En todos esos procedimientos, ¿el conocimiento del juez es superficial, en el sentido de la profundidad?

3. ¿Cuáles son los requisitos para la concesión de la tutela sumaria? (por ejemplo, *periculum in mora*, probabilidad y verosimilitud, reversibilidad de la tutela, etcétera).

4. ¿Cómo se ejecutan o se actúan, en su país, las providencias satisfactivas en cuestión?

5. ¿Cuál es el grado de estabilidad de la tutela sumaria, en su país? (por ejemplo, formación de título ejecutivo, cosa juzgada, etcétera).

6. ¿En su país, la tutela sumaria sustituye al procedimiento común (u ordinario), o solamente lo abrevia? (por ejemplo, la anticipación de tutela exige la posterior sentencia de mérito o no).

7. ¿Cuál es la amplitud de las garantías del procedimiento sumario, en su país? (por ejemplo, contradictorio pleno o limitado, motivación, publicidad, impugnación de la providencia, etcétera).

8. En su país, ¿es amplia la utilización de los procedimientos sumarios (o preliminares)? ¿Existen estadísticas a ese respecto?

9. A su juicio, ¿cuáles son los objetivos de la tutela sumaria? (por ejemplo, rapidez de respuesta jurisdiccional, agilidad del procedimiento, adecuación al tipo de controversia, etcétera).

10. Desde su punto de vista, ¿la tutela sumaria está destinada a sustituir completamente el procedimiento común (u ordinario), o piensa que este último modelo, a pesar de su inevitable duración, continuará adecuado a las controversias más complejas?

11. *A contrario sensu*, ¿piensa que la simplificación del procedimiento común (u ordinario) podría disminuir la importancia de los procedimientos sumarios (o preliminares)?

12. Respecto al tema, ¿qué otras consideraciones considera aplicables?

¹ Compréndase en la expresión “procedimientos sumarios o preliminares” tanto a los procedimientos autónomos (como el référé), como a la fase del procedimiento ordinario que conducen a providencias satisfactivas (como la tutela anticipada en Italia y en Brasil).

III. LOS RELATORES NACIONALES

Limitándome, como me competía, a los países de *civil law*, traté de invitar al mayor número posible de relatores nacionales, entablando contacto con varios de ellos, valiéndome inclusive de la colaboración de la Secretaría de la “International Association of Procedural Law” y de la Comisión Organizadora del Congreso.

Los diversos fax y correos electrónicos remitidos tuvieron como resultado la aceptación de la invitación por parte de procesalistas de los siguientes países: Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Brasil, Colombia, España, Francia, Grecia, Holanda, Italia, Japón, México, Portugal, Uruguay. Infelizmente, a pesar de la insistencia y de las prorrogaciones de plazo de esta Relatora General, cuatro países —Francia, Holanda, México y Portugal— no enviaron el informe nacional prometido. Recibimos una “ponencia” sobre el tema en general desde Costa Rica, que no pudimos considerar como informe nacional, aunque le hayamos ofrecido al colega la oportunidad —no acogida— de responder el cuestionario, de modo que se pudiera considerar como tal.

En conclusión, los países que enviaron informes nacionales por intermedio de sus ilustres relatores, y que están incluidos en este informe general, son los siguientes:

1. Alemania. Profesor Gerhard Wagner, de la Universidad de Bonn.
2. Argentina. Profesor Roberto Omar Berizonce, de la Universidad Nacional de La Plata.
3. Austria. Profesor Georg E. Kodek, de la Universidad de Viena.
4. Bélgica. Profesor Piet Taelman, Universidad de Ghent.
5. Brasil. Flávio Luiz Yarshell, de la Universidad de São Paulo.
6. Colombia. Profesor Jairo Parra Quijano, de la Universidad Autónoma de Colombia.
7. España. Profesor José Luis Vázquez Sotelo, de la Universidad de Barcelona.
8. Grecia. Profesores Pelayia Yessiou Faltsi y Evangelia Podimata, de la Universidad de Thessalónica.
9. Italia. Profesor Edoardo F. Ricci, de la Universidad Estatal de Milán.
10. Japón. Profesor Takeshi Kojima, de la Universidad de Chuo.
11. Uruguay. Profesores Margarita de Hegedus y Santiago Pereira Campos, de la Universidad de la República.

A todos ellos, por los espléndidos informes remitidos, vayan los agradecimientos profundos de esta relatora general, cuyo trabajo final se debe a la proficua y atenta colaboración de los mismos.

Vale aclarar que algunos contactos fueron establecidos entre esta relatora general y el relator general designado para los países de *common law*, Profesor Garry Watson, con el objetivo de intentar armonizar los dos informes generales, asentando de común acuerdo su abordaje y sus puntos principales. Sin embargo, las dificultades de comunicación, surgidas tras el intercambio de los primeros correos electrónicos, han impedido que esto ocurriera. De ese modo, es previsible una no deseada falta de unidad entre los Informes generales de *civil law* y de *common law*.

IV. EL CONTENIDO DE LOS INFORMES NACIONALES

Algunos de los informes nacionales recibidos no se atuvieron exclusivamente al enfoque dado a la materia por esta Relatora general, abordando otras cuestiones que ciertamente se insertan dentro del tema general de los procedimientos sumarios y preliminares, pero rebasan los límites entre los cuales se desarrollará el informe general.

Así, algunos relatores se detuvieron sobre los procedimientos sumarios, simplificados, que llevan a una sentencia de mérito, por ejemplo, los *small claims*; otros, afrontaron con riqueza de detalles la conciliación, como vía alternativa al proceso, capaz de evitarlo o abreviarlo, sustituyendo la solución adjudicada (sentencia) por la solución consensuada; otros tomaron, como ejemplo de contraposición a la sentencia de mérito, la ejecución por título extrajudicial; otros, incluso, abordaron la cuestión de la ejecución provisoria de la sentencia.

La Relatora general no menosprecia la importancia de temas como los arriba indicados y se congratula con la organización del Congreso, que ha decidido publicar todos los informes nacionales, que de ese modo dará a la comunidad jurídica internacional, amplia oportunidad de examinar otros enfoques del tema incuestionablemente interesantes. Pero decidió no apartarse del enfoque sugerido a los relatores nacionales, en el sentido de limitarse al análisis de los procedimientos sumarios (o preliminares), relativos a la llamada *tutela diferenciada*, contraponiéndose al procedimiento común (u ordinario), que culmina con la sentencia y la cosa juzgada.

Incluso el proceso cautelar, en lo atinente a medidas meramente aseguradoras de la prueba o del resultado del proceso, no forma parte, rigurosamente, de las medidas satisfactivas, que anticipan la sentencia y a veces llegan a volverla dispensable. Pero como ha quedado claro que en diversos ordenamientos, la tutela anticipada se originó exactamente de la cautelar, como evolución de ella, ese vínculo será oportunamente destacado.

Dicho esto, se pasa a noticiar la situación de la legislación, de la doctrina y de la jurisprudencia según los informes recibidos, empezando por el examen de cuáles son los tipos de tutela satisfactiva existentes en los diversos ordenamientos pesquisados.

V. FORMAS DE TUTELA SATISFACTIVA ANTICIPADA

La forma más difundida de tutela satisfactiva anticipada, encontrada en los países investigados, consiste en los *Procesos de estructura monitoria*. En líneas generales, se puede afirmar que el proceso monitorio responde a la exigencia de tutelar prontamente el derecho del acreedor, desprovisto de título ejecutivo, acelerando su formación, sin necesidad de proceso de conocimiento. Llamado de *procedimento ingiuntivo* en Italia, de *Mahnverfahren* en Alemania y en Austria, de *injonction de payer* en Francia y en Bélgica, el proceso monitorio es exclusivamente documental en algunos países (como en Italia, Bélgica y Brasil), conociendo otros países la forma “pura”, en que la emisión del orden de pago no se fundamenta necesariamente en la existencia de prueba escrita del débito (Francia, Alemania, Austria). Mas la característica común es que la cognición se limita a la prueba producida por el requirente y está normalmente caracterizada por la ausencia de contradictorio inicial. Solamente si el deudor, tras el mandamiento de ejecución, se opone a la orden de pago, es que se instaurará el procedimiento común, en contradictorio pleno.

Las *Formas específicas de tutela anticipada* también son conocidas en todos los países investigados, sobre todo en materia de derecho de familia (alimentos provisorios, guarda de menores, etcétera), de posesión (con los varios interdictos), de derecho societario (decisiones de asambleas), etcétera. La técnica consiste en anticipar, total o parcialmente, los efectos de la futura sentencia de mérito, en carácter de urgencia, en la presencia de ciertos requisitos y mediante cognición más o menos superficial.

La característica principal de esas providencias anticipadas específicas es su provisoriedad y la necesidad de que el proceso de conocimiento pleno prosiga hasta la sentencia de mérito.

Casi siempre como evolución de la tutela cautelar, de naturaleza aseguradora del proceso y de las pruebas, algunos ordenamientos avanzaron, adoptando la *Tutela anticipada genérica*, a través de la que se anticipan total o parcialmente los efectos de la sentencia de mérito, en la presencia de ciertos requisitos y tras la cognición más o menos superficial del juez. Así lo ha hecho, por ejemplo, Brasil en la legislación, Argentina en la doctrina y jurisprudencia, e Italia, que ha extendido paulatinamente, por ley, la posibilidad de providencias anticipadas específicas, hasta que la doctrina reconoció la existencia en el ordenamiento de una tutela anticipada genérica. En muchos casos, la tutela anticipada genérica es provisorio y no descarta el proceso de conocimiento y la sentencia de mérito.

A pesar del carácter de provisoriedad, que no dispensa el proceso de conocimiento, común en muchos ordenamientos en cuestión de tutela anticipada, en algunos países se puede llegar a la *Estabilización de la anticipación de tutela*, cuando a ella no se oponga el demandado, de forma tal que se puede evitar el proceso de conocimiento y la sentencia de mérito: es el caso del *référé* francés y belga y de algunas hipótesis específicas en Italia. En esos casos, se le reconoce a la providencia anticipatoria, no impugnada, el carácter de título ejecutivo o incluso hasta la naturaleza de sentencia cubierta por la cosa juzgada.

Es, por lo tanto, dentro de ese concepto de tutela preliminar o sumaria, diferenciada, destinada a la satisfacción del derecho material, que se contraponen al proceso de conocimiento (incluso cuando se trata de rito sumario), pudiendo abreviarlo o hasta evitarlo, que pasamos a examinar los institutos arriba delineados, conforme las respuestas dadas al cuestionario sometido a los relatores nacionales.

VI. RESPUESTAS AL CUESTIONARIO

A. *¿Cuáles son, en el sistema de su país, los procedimientos² sumarios (o preliminares) dedicados a la satisfacción del derecho material? (por*

² Véase nota 1.

ejemplo, anticipación de tutela, providementi d'urgenza, procedimiento monitorio, référé, pre-trial, etcétera).

1. *Procedimientos de estructura monitoria*

Como ya ha sido visto, el procedimiento monitorio constituye la más común de las formas de los procedimientos sumarios o preliminares dirigidos a la tutela del derecho material. Así, en Alemania existen diversos tipos de procesos monitorios, siendo el más general de todos el llamado *Mahnverfahren*, comparable a la *injonction de payer* francesa. En Alemania, el proceso es judicial, pero es conducido inicialmente por un auxiliar del juez (o *Rechtspfleger*) que examina exclusivamente los requisitos formales de la demanda. La orden de pago es expedida *inaudita altera parte*. Habiendo objeción del demandado, se transfiere el caso a la Corte y sigue el procedimiento ordinario. No habiendo objeción, la orden de pago se vuelve definitiva y es equiparable a una sentencia final de la corte. Semejante es la situación en Austria, donde, como en Alemania, es dispensable la prueba que acompaña el pedido (*Mahntrag*), con la diferencia de que, tanto en Austria como en Francia, es el propio magistrado, tras un examen superficial formal de la petición (la *requête* francesa), quien determina la expedición de la orden de pago.

La eventual defensa presentada por el deudor, en el ámbito del procedimiento monitorio puro, tiene el efecto de transformar la orden emitida en una simple orden de citación. En el procedimiento monitorio documental, que requiere prueba escrita, el mandato de pago (en Italia, “decreto motivado d’ingiunzione”) sólo es autorizado después del examen de los presupuestos de admisibilidad, mediante conocimiento superficial del juez.

En Uruguay, la distinción es hecha entre el procedimiento monitorio “pleno”, basado en prueba documental, y el llamado “presuncional”, basado en la presunción legal de la improbabilidad de contradicción. Pero incluso en éste, la demostración documental de la deuda es una práctica frecuente.

En prácticamente todos los países investigados, el procedimiento monitorio se caracteriza por su desarrollo, eventualmente, en dos etapas muy nítidas: la primera, en lo que respecta al procedimiento monitorio propiamente dicho, y la segunda, que tiene lugar cuando y si el deudor se opone al mandato de pago, hipótesis en la que el proceso asume el rito ordinario, se ordinariza. Se trata, por lo tanto, de una técnica que puede evitar el

proceso ordinario de conocimiento, pero que sólo lo logra cuando no haya oposición del demandado.

La excepción es dada por España, que introdujo recientemente el monitorio, en la forma documental, por medio de la “Ley de Enjuiciamiento Civil”, de 2000, en vigor desde enero de 2001, pero estableciendo un procedimiento rápido, aunque plenario, que culmina con una sentencia que hace cosa juzgada.

Entre los países investigados, el único informe que no se refiere al monitorio es el de Colombia.

2. *Anticipación de tutela en casos específicos*

La técnica de la anticipación, parcial o total, de los efectos de la sentencia de mérito, en hipótesis específicas previstas por los códigos, es conocida, en mayor o menor extensión, por todos los países investigados.

Se hace referencia constante, en todos los países, a la anticipación de tutela en materia de derecho de familia (sobre todo para los alimentos, la separación de cuerpos y la guarda de menores) y en materia posesoria (con diversos interdictos). En España, en materia posesoria y de derechos reales, los interdictos fueron sustituidos por un juicio verbal, que no produce, sin embargo, efectos de cosa juzgada.

El informe austriaco agrega los casos de quiebra. El alemán, explicando las imposiciones provisorias (*Sicherungsverfügung*, *Regelungsverfügung*, *Leistungsverfügung*), se refiere, entre otros casos, a las prácticas de competencia (o concurrencia) desleal. Las “preliminary relief”, como el *Arrest* y el *Einstweilige Verfügung*, parecen más asimilables a las medidas cautelares constrictivas. En España, se menciona la tutela sumaria para el desalojo de los ocupantes de inmuebles judicialmente enajenados. El informe griego se refiere también a la materia laboral, como resultado del principio de anticipación en beneficio de la parte económicamente más débil, que también rige en la anticipación de alimentos.

En el informe italiano se hace referencia a un extenso grupo de medidas anticipadas específicas, como las referentes a la convalidación de licencia o desalojo, a la condena con reserva de la excepción de compensación, a las inhibitorias en cuestiones de derecho de autor y de propiedad industrial, a la responsabilidad resultante del seguro obligatorio en materia de tránsito, a las deliberaciones de asambleas societarias. A propósito, fue de esta riqueza legislativa, en lo que se refiere a los casos específicos de anti-

cipación de tutela, que la doctrina italiana partió para considerar actualmente existente, en el ordenamiento italiano, la tutela anticipada genérica.

En Japón, cuyo derecho procesal echa raíces sobre todo en el derecho alemán, hubo en tiempos recientes un aumento de casos de tutela anticipada, específicamente con relación a: despido de trabajadores, daños originados por accidentes de tránsito y violencia doméstica.

En Argentina, la tutela inhibitoria precedió la tutela de los procedimientos preliminares o sumarios. Y esa tutela inhibitoria, según el informe, se refiere, además de las garantías tradicionales de la propiedad y de la posesión, a los derechos de autor e intelectuales, a la intimidad, a los derechos de la personalidad, al nombre, a la calidad de vida, al derecho de réplica, a los derechos del consumidor, a las prácticas desleales, al derecho ambiental. Subráyese que fue a partir de esta riqueza de acciones inhibitorias específicas, con la anticipación de tutela relativa a obligaciones de hacer o no hacer, que la doctrina y la jurisprudencia han construido la idea de la existencia de la tutela anticipatoria genérica.

En Brasil, siempre ha habido tutela anticipada específica en temas tradicionales, así como las llamadas “liminares” en *writs* como el “mandado de seguridad”. Más tarde, toda y cualquier acción colectiva pasó a gozar de una posibilidad de anticipación de tutela, a partir de la legislación sobre Acción Civil Pública de 1985, perfeccionada por el Código de Defensa del Consumidor de 1990. Esa tutela anticipada específica acabó siendo incorporada por la reforma de 1994 del artículo 273 del Código del Proceso Civil, como regla general de anticipación de los efectos de cualquier sentencia de mérito, incluyendo las destinadas al cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer (artículo 461, parágrafo 2o.).

Colombia se refiere a la interdicción provisoria, además de mencionar también la impugnación de actos de asambleas. Y Uruguay coloca como formas de anticipación específica una amplia gama de providencias que se pueden obtener por la vía monitoria (entrega de la cosa, entrega de herencia, pacto comisorio, reducción por falta de pago, cesación de condominio de origen contractual, etcétera), además de referirse a ciertas inhibitorias, como el cierre del establecimiento por causa de normas tributarias o la intervención en sociedad comercial.

Posición peculiar es la tomada por la nueva legislación procesal española, pues, según el informe, la tendencia del código es en el sentido de eliminar o reducir las formas de procedimientos sumarios de cognición

superficial, hoy limitados a los procesos sobre capacidad, filiación, casamiento y menores; sobre división judicial de patrimonio, etcétera.

3. *Anticipación de tutela como principio general del ordenamiento*

Son pocos los países que llegan a reconocer la técnica de tutela anticipatoria como principio general del ordenamiento.

De manera genérica y expresa, existen, en primer lugar, el *référé* francés y el belga, como forma de obtenerse una decisión temporaria en situaciones capaces de evitar un daño inminente. Normalmente, la otra parte está presente o es notificada y sólo excepcionalmente la providencia es pronunciada *inaudita altera parte*. Pero hay también los “*ex-parte proceedings*”, de naturaleza unilateral, en circunstancias incluso más excepcionales, como cuando la preservación del objeto de la demanda depende del elemento sorpresa.

Existe, también, la tutela anticipada brasileña, de los artículos 273 y 461, parágrafo 2o., del Código de Proceso Civil. La duplicidad se debe a la técnica de la reforma procesal de 1994, por medio de la que se aprobaron diversos proyectos de ley autónomos; pero en verdad, a pesar de algunas pequeñas diferencias, el segundo dispositivo mencionado podría perfectamente ser suprimido y reorientado hacia la tutela anticipatoria genérica del artículo 273. En Italia, ante la multiplicidad de formas de anticipación de tutela en casos específicos, la doctrina considera que se puede extraer del sistema una tutela anticipada genérica, aplicable incluso fuera del elenco de los casos expresamente previstos. Y el artículo 700 del CPC, anteriormente utilizado para la tutela cautelar, se ha vuelto la fuente de innumerables pedidos de tutela anticipatoria.

Lo mismo ocurre en Argentina, donde, al lado de las medidas cautelares típicas, se destaca la existencia de medidas anticipatorias de carácter material, también llamadas autosatisfactivas. La evolución de las cautelares para las satisfactivas se dio por obra de una sólida doctrina y de una jurisprudencia ingeniosa, que lleva a la satisfacción anticipada del derecho material en disputa, sobre todo en el campo de ciertos derechos y garantías fundamentales. Hoy, el Código provincial de La Pampa, de 2000, ya está regulando expresamente la tutela anticipatoria y las medidas autosatisfactivas. El informe deja claro que, para responder a las demás cuestiones levantadas, será tomado por base el mencionado Código de La Pampa, juntamente con la doctrina y la jurisprudencia argentina en general.

El nuevo Código español contiene una reglamentación de medidas denominadas “cautelares anticipatorias” (artículo 726, e.2, de la LEC), que le permite al juez, con carácter temporal, provisorio y revocable, conceder medidas cautelares que consistan en órdenes o prohibiciones de contenido semejante al que se pretende en el proceso, sin perjuicio de la sentencia que posteriormente sea dictada. El informe español ve en ese dispositivo una verdadera tutela anticipatoria, diferente de la conservativa, aunque el mismo muestre la inexistencia, hasta ahora, de cualquier información sobre el funcionamiento del instituto.

Finalmente, en Uruguay, se reconoce la posibilidad de anticipación de tutela, por vía de amparo, de los derechos o libertades presumiblemente violados. Pero la absoluta falta de reglamentación del precepto ha vuelto a la anticipación extremadamente rara en la praxis judicial.

Los demás países investigados no conocen la tutela anticipatoria, como principio general del ordenamiento.

A. *En todos esos procedimientos, ¿la cognición del juez es superficial, en el sentido de la profundidad?*

La superficialidad, mayor o menor, del conocimiento del juez, a los efectos de una providencia anticipatoria, depende, en general, de la naturaleza del proceso sumario o preliminar.

Con relación al proceso de estructura monitoria, con pequeñas variantes en los informes examinados, se afirma que la limitación de la cognición del juez se restringe a la materia de hecho suscitada por el requirente, valiendo plenamente la regla del *iura novit curia*, de modo que el pedido debe ser rechazado cuando de los hechos deducidos por el demandante no emerge la consecuencia jurídica pretendida. Así, aunque se trate de técnica de conocimiento sumaria, el juez mantiene íntegra la libertad de valoración respecto del derecho.

El informe italiano señala una gran diversidad de grados de cognición del juez, según la providencia satisfactiva anticipada requerida. Así, por ejemplo, en algunos casos el conocimiento del juez se satisface con el *fumus boni iuris*, como si se tratara una medida cautelar; en otros, debe utilizar la cognición profunda, como lo haría en una sentencia de mérito, pero tomando en cuenta apenas las razones del demandante (como en la condena con reserva o en la convalidación de licencia o desalojo); también a la prueba escrita producida por el demandante se limita la cognición del juez

en el proceso monitorio; en otros casos (*ordinanze*) es suficiente la no oposición. Y, en los demás casos, la cognición del juez debe ser lo más profunda posible, pero *secundum eventum probationis*, o sea, de acuerdo con las pruebas producidas hasta el momento.

En Brasil, el informe observa que la profundidad del conocimiento del juez para la concesión de la anticipación de tutela depende del momento procedimental en que la providencia es decretada: cuando la anticipación es otorgada al principio del proceso, antes incluso de la citación, la cognición del juez es necesariamente superficial, siendo suficiente que la prueba producida con el pedido lleve a la convicción sobre la verosimilitud. Mas cuando la tutela anticipatoria es concedida más tarde, tras una audiencia previa de justificación, el conocimiento es entonces más profundo. Por otro lado, la doctrina sostiene que la tutela anticipada genérica puede ser concedida incluso en el momento de la sentencia de mérito, o con la interposición de un recurso (para anticipar los efectos de la providencia que recaiga en la respectiva instancia recursiva): en esos casos, evidentemente, la cognición del juez habrá sido profunda y exhaustiva.

El informe austriaco habla de una reducción del estándar de la prueba, actuando el juez tras un examen *prima facie* de la prueba producida. El informe alemán, además del menor peso de la carga de la prueba (principalmente cuando el demandante ofrece garantías), recuerda la necesaria apreciación, del juez, de los intereses en conflicto, para balancearlos. Bélgica alude a un menor grado de certeza, a la plausibilidad y al principio de la razonabilidad. De probabilidad habla el informe griego, mientras que el japonés alude a la prueba *prima facie* (*somei*), pero afirma que el aumento reciente de casos de anticipación ha llevado a la exigencia de una prueba no muy diferente, en grado de certeza, de la exigida en el proceso común.

En España, en los pocos casos existentes (llamados por la LEC “casos especiales de juicio verbal”), la cognición del juez es superficial, con la consecuencia de que la sentencia no hace cosa juzgada. En el monitorio, al contrario, el procedimiento es rápido aunque plenario, de cognición plena y con la culminación del proceso en una sentencia de mérito que hace cosa juzgada.

En Argentina, la cognición es siempre sumaria, periférica, superficial, justificando el informe dicha circunstancia por medio del hecho de que la providencia no es de mérito y no hace cosa juzgada.

El informe colombiano también relaciona la cognición del juez con el menor grado de certeza de la prueba, que, sin embargo, será apreciada escrupulosamente, de acuerdo con las reglas de la “sana crítica”.

El informe uruguayo afirma que la profundidad del conocimiento del juez, en el proceso monitorio, dependerá de que haya o no impugnación y que en las medidas anticipatorias específicas, sobre todo en materia comercial y tributaria, la defensa es bastante limitada.

B. *¿Cuáles son los requisitos para la concesión de la tutela sumaria? (por ejemplo, periculum in mora, probabilidad y verosimilitud, reversibilidad de la tutela, etcétera)*

De algún modo, la gran mayoría de los relatores nacionales ya han hablado de probabilidad, verosimilitud, balanceo de los intereses en juego, en las respuestas a la cuestión anterior.

Añádase aquí que los informes, en general también mencionan el *periculum in mora*, la urgencia, el probable perjuicio. Para la anticipación, Alemania alude a la no irreversibilidad, Bélgica (sobre todo para los procedimientos *ex parte*) a la “extrema urgencia”; e Italia recuerda que, desde el punto de vista práctico, el juez debe comparar los intereses contrapuestos de las partes, en un juicio de balanceo, siendo que desde el punto de vista legal los presupuestos de las medidas anticipatorias se confunden con los exigidos en las providencias cautelares. Grecia aborda la urgencia, el *periculum in mora* y el balanceo de los intereses en juego.

En Argentina, se exige una verosimilitud superior a la demandada en las medidas cautelares, correspondiendo a una “fuerte probabilidad”; la “urgencia impostergable” y la no producción de efectos irreparables son otras exigencias para la anticipación. La observación del relator está en el sentido de que el *periculum damni* prevalece sobre el *periculum in mora*.

En Brasil, para la tutela anticipada genérica se exige “prueba inequívoca que lleve al convencimiento de la verosimilitud”, lo que equivale a decir una fuerte probabilidad; además de esto, es necesaria la demostración del *periculum in mora* capaz de llevar a un daño irreparable. La no irreversibilidad de la providencia es otra exigencia, medida según el principio de la proporcionalidad. La particularidad de la anticipación de tutela brasileña es que ella también puede ser concedida en casos de abuso del derecho de defensa y, por una muy reciente alteración legislativa, cuando existe parte no controvertida de la demanda. Recuérdese que el sistema brasileño introdujo recientemente el *contempt of court*, en el artículo 14 del Código de Proceso Civil, aludiendo específicamente a las medidas anticipatorias y a las providencias mandamentales. En cuanto al último

punto —la existencia de parte no controvertida de la demanda—, estaríamos ante una anticipación parcial del llamado juzgamiento anticipado de la litis o sea el juzgamiento del mérito que ocurre en el sistema brasileño, antes de la instrucción, cuando la cuestión de mérito es sólo de derecho, o cuando los hechos no son controvertidos.

En España, cada procedimiento sumario tiene sus presupuestos: así, para la defensa de la posesión, hay necesidad de justificación; para las medidas cautelares, la LEC habla de *periculum in mora*, probabilidad o verosimilitud. Lo mismo, evidentemente, debe valer para las llamadas “medidas cautelares anticipatorias”.

C. *¿Cómo se ejecutan (o se actúan), en su país, las providencias satisfactivas en cuestión?*

El informe austriaco observa que las providencias satisfactivas en cuestión actúan *ex officio*. El alemán aclara que no son órdenes *in personam*, ya que en Alemania no existe el *contempt of court*, actuando como cualquier otra providencia jurisdiccional, con la apertura de la vía del proceso de ejecución en el monitorio. En los demás casos, y sobre todo en las obligaciones de hacer o no hacer, la providencia actúa como un juzgamiento preliminar, colocando al demandante en una posición de superioridad.

En Bélgica, la providencia es inmediatamente ejecutiva, sobre todo en los casos *ex parte*. También en España, la tutela sumaria es inmediatamente ejecutiva, dada la generalización de la ejecución provisoria de la sentencia de primer grado.

En Italia, el “decreto ingiuntivo” del proceso monitorio conduce a la ejecución definitiva y equivale a una verdadera sentencia. En Grecia, tiene ejecutividad inmediata, *ex officio*, y fuerte impacto práctico. En Argentina, la providencia monitoria se ejecuta según las reglas generales, pero no hay un régimen específico de actuación o ejecución de las demás medidas anticipatorias.

En Uruguay, el decreto monitorio tiene fuerza de sentencia pasada en juzgado, sujetándose a las reglas del proceso de ejecución; el informe uruguayo, para las medidas anticipatorias, habla de ejecución a nivel de auto-satisfacción.

En Brasil, con el texto legal anterior, las medidas anticipatorias eran tramitadas según las reglas del proceso de ejecución. Pero debe ser subrayada la reciente reforma de la redacción del parágrafo 3o. del artículo 273,

sustituyendo el término “ejecución de la tutela anticipada”, por “efectivación”, así como mandando a observar las reglas del artículo 588 (que aborda la ejecución provisoria), pero también las del artículo 461, parágrafo 4o. y 5o. y 461-A, que se dedican a la tutela específica de las obligaciones de hacer o no hacer y de dar, contemplando un régimen de *astreintes* y de providencias mandamentales para la obtención de un resultado práctico equivalente al cumplimiento de la obligación. La doctrina aún está dividida sobre la interpretación a ser dada al término “efectivación de la tutela anticipada” y a la amplitud del cambio, pero es importante recordar que el propio proceso de ejecución brasileño está a punto de pasar por una profunda modificación: por medio del proyecto de ley presentado al gobierno, en la ejecución (*rectius*, actuación) de la sentencia no habría una nueva relación jurídica, *ex intervallo*, ni oposición del ejecutado por vía de acción propia, sino una mera prosecución del proceso de conocimiento, con posible impugnación del demandado; y por el proyecto se adoptarían, junto con la enajenación del bien, técnicas semejantes a las previstas para la tutela específica de las obligaciones de hacer o no hacer y de dar como las *astreintes*.

D. *¿Cuál es el grado de estabilidad de la tutela sumaria, en su país? (por ejemplo, formación de título ejecutivo, cosa juzgada, etcetera)*

En Alemania, los mandatos interlocutorios constituyen títulos que abren camino para la ejecución. Cuando son sometidos a la apelación ordinaria, pueden llevar a una sentencia revestida con la autoridad de la cosa juzgada. El monitorio anticipa la formación del título ejecutivo, pero el mandato, incluso no impugnado, no adquiere fuerza de cosa juzgada.

En Austria, las medidas anticipatorias son siempre provisorias.

Completamente diferente es el enfoque del *référé*: el informe belga afirma que, contrariamente a lo que fue defendido en el pasado, el *référé* lleva a la cosa juzgada. Solamente aduciendo hechos nuevos, pueden las partes obtener la modificación de la decisión anterior (de acuerdo con la cláusula *rebus sic stantibus*). Pero un *référé* contrastante con la cosa juzgada obtenida en proceso posterior cae. Normalmente, en el *référé* se aguarda la decisión final, sin embargo, él constituye un importante punto de referencia para el proceso principal, aunque no tenga efecto vinculante. El efecto del *référé* cesa con el eventual juzgamiento del mérito.

En Francia (artículos 808 y 809 del *Nouveau Code de Procédure Civile*) emergen dos líneas evolutivas del *référé*, que pueden resumirse en la eliminación del presupuesto de la urgencia, así como en la prevalencia cada vez mayor de la tutela de tipo anticipatorio para todos los casos en los que la demanda es probablemente fundamentada. Y el *référé* siempre ha tenido la característica de colocarse como tutela autónoma del proceso de conocimiento: la aptitud de la providencia permanece eficaz *sine die*, hasta que sobrevenga sentencia contraria en un eventual proceso de conocimiento. E, incluso en Francia, es frecuente que, obtenida la providencia, el demandante renuncie al proceso de conocimiento, mientras el demandado se resigna al cumplimiento. Negada la providencia, frecuentemente el demandante renuncia a reproponer su pedido en el procedimiento ordinario de cognición. Tal hecho es debido a la importancia dada a la providencia, aunque no sea vinculante.

En España, las peculiaridades del monitorio llevan siempre a una sentencia de mérito, cubierta por la cosa juzgada. Pero, en verdad no existe anticipación en la tutela monitoria española. En los demás casos de los llamados “casos especiales de juicios verbales” no hay cosa juzgada.

En Italia, la estabilidad de la tutela sumaria varía según los casos. Según el relator, en el proceso monitorio, el *decreto ingiuntivo* no impugnado equivale a una sentencia con calidad de cosa juzgada. La condenación con reserva de excepciones es inmediatamente ejecutiva, produciendo desde luego todos los efectos de una sentencia de primer grado, apelable. No siendo la providencia impugnada, hace cosa juzgada; pero aquí se trata de una cosa juzgada sujeta a condición resolutive, en el caso de que una sentencia futura acoja las excepciones reservadas. La anticipación de tutela genérica del artículo 700 (inicialmente destinado exclusivamente a las cautelares) es inmediatamente ejecutiva, pero la sentencia de mérito anula sus efectos, ya sea a favor o en contra de la anticipación. También cesa la eficacia de la providencia anticipatoria, si el proceso se extingue sin sentencia, por renuncia o inactividad del demandante. En los otros casos, la regla general es la inmediata ejecutividad de la providencia, que quedará absorbida por la sentencia de mérito.

En Grecia, la eficacia ejecutiva de las providencias anticipatorias es inmediata, pero siempre provisoria, llegándose a hablar de una “cosa juzgada provisoria”.

- E. *En su país, ¿la tutela sumaria sustituye al procedimiento común (u ordinario), o solamente lo abrevia? (por ejemplo, ¿la anticipación de tutela exige la posterior sentencia de mérito o la dispensa?)*

En general, en el procedimiento monitorio, si no hubiere impugnación, no hay necesidad de procedimiento común.

El informe austriaco, en los demás casos, afirma que la tutela sumaria no sustituye al proceso ordinario. En Alemania, al contrario, si el demandado no inicia el procedimiento ordinario, la medida de provisorio, se vuelve definitiva, sin necesidad del juicio de mérito. Pero en el derecho de familia, la providencia que concedió los alimentos expirará si no se sigue con la acción de divorcio.

En Bélgica, aunque el *référé* sea típicamente temporario, la instauración de una “acción plena” no es esencial, y tampoco el instituto depende del procedimiento ordinario. Es posible, e incluso común, que el *référé* cierre la cuestión. Cada vez más, *de facto* sino *de iure*, el *référé* tiene efectos de una decisión final (el informe se refiere, como *leading-case*, al proceso De Benedetti versus Société Générale de Belgique).

Así también, en el *référé* francés las partes suelen conformarse con la providencia, al punto que parece que más del 90% de los casos acaban resueltos sin necesidad del proceso ordinario.

En España, el esfuerzo realizado por la LEC es en el sentido de que se alcance siempre una sentencia de mérito, en procedimientos abreviados pero de conocimiento, aunque no siempre pleno y exhaustivo. Esto ocurre incluso en el monitorio.

En Italia, los institutos del monitorio y de la convalidación de licencia y desalojo nacen como instrumentos que son alternativa del proceso de conocimiento, y se proponen sustituir la tutela ordinaria. Los demás institutos surgen como finalidad anticipatoria y aceleradora sin renunciar a la sentencia de mérito. Empero la relación con el juicio de mérito puede ser más o menos estrecha: tan estrecha en las posesorias y en las inhibitorias que, si no hubiere juicio de mérito, la eficacia de la providencia cesa. Pero, en otros casos, la extinción del proceso sin juicio de mérito deja intacta la eficacia ejecutiva de la providencia y los intérpretes tienden a afirmar que la renuncia o inactividad confiere a la providencia naturaleza de sentencia (según algunos, sujeta a recurso, según otros, cubierta por la cosa juzgada).

También en Japón, el monitorio no contrastado sustituye el proceso común.

El informe argentino afirma que, en general, la tutela sumaria no sustituye a la tutela común, ya que la anticipación de tutela exige el proceso de conocimiento. Eso también ocurre en el monitorio impugnado. Mas en las medidas autosatisfactivas, construidas por la doctrina y por la jurisprudencia y reguladas en el Código Provincial de La Pampa, hay un proceso abreviado, urgente, que lleva a una sentencia de mérito, que decide el mérito de la pretensión. Tales medidas, sin embargo, son excepcionales, reservadas para situaciones en las que el derecho sea suficientemente líquido y cierto (como en el caso de autorización de transfusión de sangre). A veces tales medidas autosatisfactivas son obtenidas por intermedio de un *amparo*, a veces como pedido de tutela autosatisfactiva mismo.

En Brasil, excepto para el monitorio no impugnado, las medidas anticipatorias jamás prescinden del procedimiento común y de la sentencia de mérito. También en Colombia, siempre es necesaria una sentencia posterior.

En Uruguay, en el monitorio clásico, el proceso de conocimiento sólo ocurre habiendo impugnación. Mas, dada la amplia gama de procesos de estructura monitoria, destinados a la tutela de los más diversos derechos, la providencia sustituye a la sentencia de mérito cuando no hubiere oposición, en muchos casos. Para la anticipación de tutela genérica, no hay reglas establecidas. Aunque rara, esa anticipación, obtenida por medio de *amparo*, normalmente es provisoria, dependiendo de la sentencia de *amparo* (que hace cosa juzgada sobre su objeto). Sin embargo, el informe no excluye que la providencia anticipatoria pueda sustituir al procedimiento ordinario.

- F. *¿Cuál es la amplitud de las garantías del procedimiento sumario, en su país? (por ejemplo, contradictorio pleno o limitado, motivación, publicidad, impugnación de la providencia, etcétera)*

En Alemania, en las providencias interlocutorias (*einstweilige Verfügung*), el contradictorio es eventual, quedando a criterio de la Corte que toma en consideración el grado de urgencia de la medida requerida. El relator aclara que la urgencia es comparada no sólo en el sentido de evitar el daño, sino también tomando en cuenta el elemento sorpresa. Sin embargo, el demandado puede siempre presentar una defensa previa escrita (*Schutzschrift*). Tras la concesión de la medida, puede haber impugnación en cualquier momento. Para algunos asuntos específicos ligados al derecho de familia, está prevista una apelación especial, a ser decidida en

dos semanas. Si la providencia interlocutoria toma la forma de una sentencia, debe ser motivada. Caso contrario, sólo hay necesidad de motivación si el pedido fuere negado. La motivación del *Einstweilig Anordnungen*, en materia de familia, sólo es obligatoria cuando la providencia es apelable.

El informe austriaco habla de contradictorio diferido, cuando la orden es concedida *inaudita altera parte*. No habiendo objeción, el silencio del demandado es tenido como consentimiento. A diferencia de lo que ocurre en Alemania, no hay posibilidad en Austria de defensa previa escrita (*Schutzschriftz*). La apelación se prevé solamente para algunos casos.

En el *référé*, según el informe belga, puede existir una audiencia previa, para la presentación de razones, realizable en el plazo máximo de dos días y frecuentemente todo se resuelve en pocas horas. Oídas las partes, el juez decide y la providencia, necesariamente motivada, abre la vía para la ejecución provisoria. También hay posibilidad de oposición posterior o de apelación, no pudiendo acumularse los dos medios de impugnación.

Ya en los procedimientos *ex parte* de Bélgica, sólo hay una parte: el demandante, sin embargo, el presidente raramente, puede reunir a las partes en la cámara. El demandante puede apelar de la denegación, mantenido el carácter unilateral. Si el demandado se opusiere a la providencia, inicia un procedimiento en contradictorio, que el relator considera esencial para garantizar el “*fair trial*”.

En España, el Tribunal Constitucional ha admitido el contradictorio diferido, sustituyendo la audiencia previa por la impugnación posterior a la concesión de la medida o prohibiendo la impugnación, pero abriendo la vía de la revisión en juicio posterior.

El informe griego relata que en las medidas provisionales suele haber una audiencia fijada para un plazo de pocos días, y que puede ocurrir en cualquier lugar e incluso en días feriados. En los procedimientos *ex parte* la audiencia es posible, pero extremadamente rara. La providencia provisoria es considerada una genuina decisión judicial, necesariamente motivada. La orden no puede ser atacada por las impugnaciones ordinarias, admitiendo apenas el recurso de casación. El remedio contra la providencia es su revocación, que puede ser determinada *ex officio* o a requerimiento de la parte o de tercero. Sólo cabe apelación de la providencia anticipatoria en casos de posesión y propiedad.

En el monitorio japonés, normalmente no hay contradictorio previo, pero el demandado puede presentar objeción previa. En las medidas anticipatorias el contradictorio queda a criterio de la Corte y no se observa

la publicidad. Mas el contradictorio es diferido, siendo pleno en el proceso posterior.

En Italia, la motivación de esas providencias es siempre sumaria, con excepción de la condenación con reserva de excepción de compensación, motivada como cualquier sentencia. Todas las providencias son impugnables, con reglas diversas según los casos. En el monitorio, no hay posibilidad de contradictorio antes del *decreto ingiuntivo*, cuyo proceso tiene estructura de contradictorio diferido. En los demás casos, el contradictorio es necesario, pero en las hipótesis de concesión *inaudita altera parte*, es diferido.

El informe argentino afirma que el contradictorio es siempre respetado antes de la providencia. Pero, en el monitorio, la oposición del demandado es al mandato y en las medidas autosatisfactivas, de naturaleza excepcional, el contradictorio es diferido. La motivación debe ser la suficiente para las decisiones interlocutorias. Están previstas la apelación y, excepcionalmente, el recurso para la Corte Suprema Nacional.

En Brasil, el relator resalta que deben observarse todas las garantías del “debido proceso legal”. El contradictorio, en la tutela anticipada, puede ser previo o diferido (cuando la medida fuere concedida *inaudita altera parte*). Además de eso, todas las decisiones interlocutorias, en Brasil, son recurribles mediante agravio, que en esos casos sube inmediatamente al tribunal de segundo grado. Así, las decisiones anticipatorias pueden ser inmediatamente revisadas por el tribunal y, eventualmente, por la casación (Superior Tribunal de Justicia), por medio de cautelar. La motivación es siempre necesaria, así como son de obligatoria observancia otras garantías constitucionales, como la publicidad, el juez natural, la igualdad. Se aplica, también en ese campo, el principio de la acción, siendo carga del requirente pedir la anticipación y debiendo el juez atenerse a los límites del pedido.

En Colombia, los procedimientos en cuestión son tratados como incidentes, sometidos al contradictorio.

Finalmente, en el proceso monitorio del Uruguay el contradictorio es diferido, con algunas limitaciones respecto a la materia de la defensa en casos específicos. En los procesos anticipatorios, el informe habla de una “razonable atenuación de las garantías”, siendo a veces el contradictorio previo, y a veces diferido.

G. *En su país, ¿es amplia la utilización de los procedimientos sumarios (o preliminares)? ¿Existen estadísticas al respecto?*

Los únicos países investigados en donde hay estadísticas oficiales son Alemania y Japón. En Alemania, las estadísticas, de 1999 muestran que estaban pendientes en los tribunales de primera instancia 1,467,908 procesos ordinarios y 41,442 procedimientos cautelares o anticipatorios (excluidos los atinentes al derecho de familia). En el mismo año, los tribunales regionales (*Landesgerichte*) atendieron a 350,726 casos de procedimientos ordinarios, 5,872 casos limitados a la prueba documental y 22,759 casos de cautelares y anticipaciones de tutela. En sede de apelación, fueron 163,097 los casos de procedimientos ordinarios, 274 los de prueba exclusivamente documental y 1,840 atinentes a providencias cautelares o anticipatorias. El relator alemán afirma que los mandatos interlocutorios, en los casos de competencia desleal (o concurrencia desleal), llegan a ser hoy de 60 a 80% de los procedimientos ordinarios.

En Japón, las estadísticas del año 2000 muestran que entraron 573,366 nuevos casos de procedimientos monitorios, con 118,465 objeciones. Y que en el tema de medidas cautelares entraron 45,150 nuevos casos.

Austria no dispone de estadísticas oficiales, pero el relator informa que en 1996 hubo 174 casos de mandatos preliminares sin pendencia de proceso principal. Existen también estudios en cuanto a las acciones posesorias y al derecho de familia, siendo muy frecuente el mandato para que el cónyuge deje el domicilio por causa de violencia doméstica.

Tampoco en Bélgica hay estadísticas, pero el informe sostiene que esos procedimientos son cada vez más utilizados, tal vez hasta con algún exceso. El *référé* se volvió la solución predominante y usual para los casos urgentes.

En Francia, por lo que se sabe, más del 90% de los casos son resueltos mediante el *référé*.

El relator español afirma que, antes de la LEP, hubo amplio empleo de los interdictos posesorios y de la protección de la propiedad, los que se volvieron muy populares. Pero falta experiencia en lo que se refiere a la aplicación del nuevo código.

En Grecia, donde hay estadísticas sobre los *small claims* y la conciliación, pero no sobre las providencias anticipatorias, el informe afirma que todas esas medidas están en franco crecimiento, sobre todo en el tema

de derechos de la personalidad, derechos de autor, protección de la posesión y de la propiedad, derechos laborales, derecho de familia.

En Italia, también desprovista de estadísticas, el informe señala el procedimiento monitorio como extremadamente frecuente. En todos los procesos atinentes al derecho de familia, hay necesidad de providencias anticipatorias. La anticipación posibilitada por el artículo 700 (aplicable antiguamente sólo en las medidas cautelares conservativas) tuvo una explosión en cuestión de medidas anticipatorias y hasta la actualidad se utiliza con mucha frecuencia. También las inhibitorias, usadas con tutela anticipada, son requeridas en todos los casos a que se adecuan. Igualmente frecuente es la anticipación en el tema de las relaciones laborales y del seguro obligatorio en materia de tránsito. En otros campos, la utilización de la anticipación es más rara, y el relator atribuye ese hecho sobre todo a la resistencia del juez, de quien la anticipación exige el efectivo conocimiento del proceso.

El informe argentino dice que la tutela anticipatoria se generalizó a partir del juicio de la Corte Suprema de la Nación en el caso “Camacho Acosta” y es frecuente en la actualidad, bajo el manto de las medidas cautelares, llamadas anticipadas. Desde el comienzo de 2002, bajo el régimen de emergencia económico-financiera y las restricciones a los retiros de fondos bancarios, los jueces concedieron miles de providencias anticipatorias, según estadísticas del Banco Central de la República Argentina. No existen otras estadísticas en el país. En compensación, la utilización del procedimiento monitorio es muy escasa.

También en Brasil, donde igualmente faltan estadísticas, el procedimiento monitorio es escasamente utilizado, probablemente ante el amplísimo rol de títulos ejecutivos extrajudiciales previsto por el Código de Proceso Civil, que abren desde luego el camino para la vía ejecutiva. Completamente diferente es la situación de la utilización de las medidas anticipatorias, de empleo muy amplio y difundido.

El informe colombiano indica el uso frecuente de esas medidas, aunque igualmente sin estadísticas.

En Uruguay, es frecuente el uso del monitorio, debido a su amplia aplicabilidad en numerosos casos. Excepcional, al contrario, es el uso del *amparo* y limitadísima la anticipación de tutela, por falta de normas claras sobre el punto y de reglamentación de las medidas autosatisfactivas.

- H. *Desde su punto de vista, ¿cuáles son los objetivos de la tutela sumaria (por ejemplo, rapidez de la respuesta jurisdiccional, agilidad del procedimiento, adecuación al tipo de controversia, etcétera)*

Todos los informes hablan de una respuesta jurisdiccional rápida, para garantizar el derecho sustancial a las partes, en los casos en que el procedimiento ordinario no puede ser obtenido o tramitado a tiempo. El tiempo que transcurre entre la presentación de la demanda y la sentencia puede causar un daño irreparable a la parte, destacan algunos (Grecia); el problema fundamental es el tiempo en el proceso, y ahí se encuentra la necesidad de acelerar la tutela jurisdiccional, afirman otros (Italia). La respuesta rápida y la agilidad del procedimiento son señalados por el informe español.

No es rara la mención a situaciones de urgencia, vinculada a veces a la adecuación al tipo de controversia subyacente (Uruguay).

El informe brasileño observa que desde el principio el objetivo de la tutela sumaria fue propiciar la rapidez; se pasó después a extender la tutela sumaria para prestigiar ciertos valores consagrados en el plano material, lo que indica la idea de adecuación al tipo de controversia. Y, finalmente, con la anticipación genérica de tutela, el propósito fue transferir al demandado la carga de la duración del tiempo del proceso. Argentina realza la protección diferenciada de las nuevas elecciones valorativas y la tutela jurisdiccional efectiva para ciertos derechos preferenciales, hablando igualmente de adecuación. A la adecuación se refiere también el informe japonés. El informe colombiano sostiene que el proceso tradicional estimula y mantiene a quien no tiene razón.

- I. *A su juicio, ¿la tutela sumaria está destinada a sustituir completamente al procedimiento común (u ordinario), o piensa que este último modelo, a pesar de su inevitable duración, continuará adecuado a las controversias más complejas?*
- J. *A contrario sensu, ¿piensa que la simplificación del procedimiento común (u ordinario) podría disminuir la importancia de los procedimientos sumarios (o preliminares)?*

La gran mayoría de los relatores prefirió responder conjuntamente a las dos cuestiones, que representan, efectivamente, dos caras de una misma moneda.

En general, los informes admiten la necesidad de los dos tipos de tutela, la del procedimiento ordinario, de cognición profunda y exhaustiva, culminando con la sentencia y la cosa juzgada; y, a su lado, la tutela sumaria, destinada a los casos de urgencia o a aquellos en los que la naturaleza del bien a ser protegido demanda una respuesta con más celeridad y eficacia. La tutela sumaria jamás podrá sustituir completamente al procedimiento ordinario, más seguro y adecuado a los casos más complejos, ni podrá la simplificación y aceleración del procedimiento ordinario dispensar completamente la tutela sumaria. Casi todos los informes destacan la diferente función, y consecuentemente, la necesidad de coexistencia de las dos formas de tutela.

Mientras tanto, en algunos informes se delinea la preferencia por el esfuerzo de una u otra.

Así, el informe austriaco afirma que la importancia de la tutela sumaria es menor en el país, debido a la efectividad general del proceso ordinario. Y, aunque reconozca una tendencia actual en el sentido de la mayor generosidad para la tutela sumaria, así como en la transformación de las medidas cautelares conservativas en medidas anticipatorias, el relator austriaco considera improbable su incremento en el futuro, porque la tendencia en Austria es ir rumbo a un procedimiento ordinario cada vez más rápido.

En España, el relator, aunque defendiendo la complementariedad de la tutela ordinaria y de la tutela sumaria, observa que la nueva LEC ha asumido deliberadamente una posición que privilegia la aceleración del procedimiento ordinario, dejando de lado las medidas anticipatorias. Pero advierte que esa vía ya se ha mostrado inadecuada.

Uruguay se queda a medio camino, siendo que admite que la simplificación del procedimiento común puede disminuir la importancia de los procedimientos sumarios —como, incluso, ya habría ocurrido en el país por la adopción del “proceso por audiencias”—, mientras que los sumarios subsistirían apenas para los casos excepcionales (ejemplificando con los procedimientos monitorios de varias finalidades, existentes en el ordenamiento).

Posición diametralmente opuesta es la del relator italiano: alabando la tutela de tipo ejecutivo-satisfactivo, sin cosa juzgada (como el *référé*), afirma la necesidad de desmitificar la cosa juzgada, preconizando que las providencias anticipatorias se vuelvan el perfecto equivalente de la sentencia de mérito. Agrega, aun, que el tiempo es el enemigo implacable del procedimiento ordinario, debido a sus mayores garantías, a la siempre mayor can-

tividad de indisponibilidad (dada la ampliación de las materias de “orden público”) y a la extensión de los poderes del juez, que da por tierra a las preclusiones.

En ese mismo sentido, el relator de Colombia, preconiza la generalización de la tutela sumaria, debiendo el procedimiento ordinario —que nunca alcanzará la misma celeridad— quedar simplemente a disposición del perdido.

L. *¿Qué otras consideraciones estima aplicables con respecto al tema?*

A esa pregunta de cierre, Alemania responde que, según muestran las estadísticas, la tutela sumaria es raramente utilizada (35 a 1). Y atribuye el poco uso a la responsabilidad por daños, muy facilitada por el ordenamiento alemán, explicando que es posible dejar inmune la orden provisoria e iniciar una acción de daños.

El relator español observa que el proceso civil de nuestros días no es más el de las grandes construcciones dogmáticas, debiendo buscarse respuestas válidas para una sociedad cada vez más compleja y exigente. Es preciso, afirma, adaptar las grandes creaciones doctrinarias a las exigencias de nuestra época.

Grecia también subraya que las vías alternativas al proceso ordinario deben ser buscadas, pudiendo llevar a un título capaz de producir los mismos efectos de la cosa juzgada. El relator afirma que las medidas anticipatorias y el monitorio tuvieron una respuesta espectacular en el país, llevando a una “cosa juzgada provisoria” que puede sustituir al procedimiento ordinario.

El relator japonés ve las vías de la tutela sumaria como alternativas en relación con el procedimiento ordinario y destaca su función facilitadora de acceso a la justicia. Advierte, sin embargo, que también es importante la reforma del proceso ordinario, ya que para cada situación concreta hay una respuesta jurisdiccional adecuada.

El informe argentino señala la necesidad de un justo equilibrio, abogando por la prevalencia de la tutela ordinaria, pero también la reserva de espacios razonables para procedimientos y técnicas sumarias. Aquí también se habla de adecuación.

En el informe brasileño son descritas las limitaciones del ordenamiento a la tutela anticipada ante el poder público.

Y, finalmente, Uruguay hace hincapié en los excelentes resultados obtenidos en el país mediante un proceso ordinario por audiencias, conjuntamente con diversos tipos de procedimientos monitorios.

VII. REFLEXIONES DE CONCLUSIÓN

El procedimiento ordinario de conocimiento, tradicionalmente tomado como base y punto central del ordenamiento procesal, ha estado siendo corroído por nuevas posturas, preocupadas por la *efectividad de la tutela jurisdiccional* y por un *proceso de resultados*.

Describiendo los males que determinan la demora de la prestación jurisdiccional, Andrea Proto Pisani³ muestra como la ideología liberal-individualista de fines del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX imaginaba con absoluta certeza que la técnica del procedimiento ordinario sería apta para tutelar un elenco infinito de derechos. Y observa que el carácter mitificador, consecuencia del presupuesto teórico de la igualdad formal de las partes, propició el culto acrítico a aquella forma de procedimiento.

Más recientemente, aun, se observó que el modelo tradicional de procedimiento ordinario es inadecuado para asegurar la tutela jurisdiccional efectiva a todas las situaciones de ventaja. El procedimiento ordinario de conocimiento no puede ser considerado más una técnica universal de solución de controversias, siendo necesario sustuirlo, en la medida de lo posible y observados determinados presupuestos, por otras estructuras procedimentales, más adecuadas a la especie de derecho material a ser tutelada y capaces de hacer frente a situaciones de urgencia. Los términos *tutela diferenciada*, o simplemente *tutela sumaria lato sensu*, indican exactamente la utilización de técnicas procesales que, aun en la expresión de Proto Pisani, puedan: a) evitar a las partes y a la administración de justicia el “costo” del proceso de conocimiento pleno, en los casos en que no se justifica la plausibilidad de contestación; b) asegurar rápidamente la efectividad de la tutela jurisdiccional en las situaciones de ventaja de contenido (exclusivo o prevalente) no patrimonial y que sufrirían daño irreparable por la demora de la cognición plenaria; y c) evitar el abuso del derecho

³ Proto Pisani, Andrea, “Introduzione (Breve premessa a un corso sulla giustizia civile)”, *Appunti sulla giustizia civile*, Cacucci, Bari, 1982, pp. 18-19 y 24.

de defensa del demandado, mediante la utilización de los instrumentos de garantía previstos para el procedimiento ordinario.⁴

Claro está que, incluso en la tutela diferenciada —o sumaria *lato sensu*— las garantías constitucionales deberán ser respetadas, adecuándose, sin embargo, a las situaciones *supra* descritas: el contradictorio podrá ser diferido, el derecho a la prueba ajustado a la realidad de los hechos, los recursos y las vías de impugnación limitados.

Del análisis de la aplastante mayoría de los informes nacionales presentados, surge inequívocamente esa tendencia, consustanciada en los diversos medios (o soluciones) procesales que pueden evitar el proceso ordinario de conocimiento: éste no desaparecerá, dicen los mismos informes, considerándose que es adecuado a las controversias más complejas y capaz de llevar a una mayor estabilidad en las relaciones jurídicas (con la cosa juzgada), pero ciertamente puede y debe ser sustituido en las diversas situaciones que justifican la tutela diferenciada (o sumaria *lato sensu*).

Y esa misma tendencia se nota cada vez más *de lege ferenda*. Sólo para ejemplificar, menciónese el esbozo de *legge-delega* para la reforma orgánica del proceso civil, presentado por la Comisión ministerial presidida por Romano Vaccarella, que introduce en el ordenamiento italiano, de forma genérica, la tutela sumaria anticipatoria, de la siguiente manera:

Artículo 51. Prevedere un procedimento sommario non cautelare, improntato a particolare celerità ma nel rispetto del principio del contraddittorio, che conduca all'emanazione di un *provvedimento esecutivo reclamabile, privo dell'efficacia del giudicato*.

En las palabras de Edoardo Ricci,⁵ así nacería en Italia una nueva forma de tutela jurisdiccional de cognición: *la jurisdicción contenciosa que tiende a la constitución de un título, prescindiendo de la cosa juzgada, y desvinculada del requisito de la urgencia*.

Pero no es sólo eso. El mencionado artículo 51 del esbozo de *legge-delega* también prevé que las mismas providencias, que pueden ser dispuestas por el juez del procedimiento sumario, pueden emanar del juez del proceso ordinario de conocimiento, en el curso del proceso. En ese

⁴ Proto Pisani, Andrea, “La tutela sommaria”, *Appunti sulla giustizia civile*, pp. 322 y ss.

⁵ Ricci, Edoardo, “Verso un nuovo processo civile”, *Riv. dir. proc.*, n. 1, 2003, pp. 211 y ss.

caso, ellas se pueden transformar en una verdadera decisión de mérito, si las partes llegan a demostrar que no tienen interés en la prosecución de la causa. Eso porque el esbozo prevé que la providencia ejecutiva pueda ser dictada “anche nel corso di un processo a cognizione piena e idoneo a eventualmente definire tale processo”. Lo que podría indicar que la providencia permanezca simplemente como ejecutiva, o que, en este último caso, asuma la forma de definición del proceso ordinario de cognición, equivaliendo a una sentencia apta para hacer cosa juzgada.

Sea como sea, a mi juicio este es el camino evolutivo que algunos ordenamientos ya consagran (como en el *référé*) y que debe conducir a otros a las reformas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional (que se inserta, en último análisis, en la cuestión de acceso a la justicia), desmitificando, cuando sea necesario, los dogmas de la universalidad del procedimiento ordinario de conocimiento, de la sentencia y de la cosa juzgada.