

CARTOGRAFÍA DE LAS CAUTELARES Y ANTICIPATORIAS EN EL PERÚ

Anticipatory and precautionary injunctions in Peru
Revista de Processo | vol. 324/2022 | p. 415 - 435 | Fev / 2022
DTR\2022\51

Raffo Velásquez M.

Magister en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla La Mancha. Socio de Baxel Consultores. Abogado. rvelasquez@baxel.pe

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: A regulamentação processual peruana tem uma enorme influência da legislação italiana e espanhola. Isso evita uma distinção adequada entre antecipatória e cautelar. No entanto, a atual influência da legislação brasileira está permitindo ordenar essa confusão, havendo até mesmo um projeto de Código de Processo Civil que segue seus mandamentos. Pretende-se aqui ordenar a estrutura conceitual que se esconde nas normas procedimentais vigentes.

Palavras-chave: Tutelas Provisórias – Tutela de urgência – Tutela de evidência – Direito Processual

Abstract: Peruvian procedural regulations are heavily influenced by Italian and Spanish legislation. This avoids an appropriate distinction between anticipatory and precautionary. However, the current influence of Brazilian legislation is allowing to order this confusion, even having a draft Code of Civil Procedure that follows its commandments. It is intended here to order the conceptual structure that is hidden in the current procedural norms.

Keywords: Provisional guardianships – Urgent guardianship – Evidence protection – Code of Civil Procedure

Para citar este artigo: VELÁSQUEZ M., Raffo. Cartografía de las cautelares y anticipatorias en el Perú. Revista de Processo. vol. 324. ano 47. p. 415-435. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2022. Disponível em: [inserir link consultado](#). Acesso em: DD.MM.AAAA. Sumário:

I. Introducción - II. Nociones conceptuales - III. Nuestro Marco Normativo - IV. Excursus: el Anteproyecto de nuevo CPC - V. A modo de conclusión - VI. Bibliografía

I. Introducción

Estamos en época de cambios procesales, el Congreso acaba de aprobar varias modificaciones al Código Procesal Constitucional ("CPConst")¹ y el Ministerio de Justicia (junto a jueces y académicos) acaba de presentar el Anteproyecto de un nuevo Código Procesal Civil.

No obstante, es justo decir que después de más de treinta años de vigencia del actual Código Procesal Civil de 1991 ("CPC (LGL\2015\1656)") se nos ha quedado grabado buena parte de la técnica procesal usada allí en la regulación de las medidas cautelares. Sin embargo, esa técnica tiene también varios asuntos que aún resulta confusos e inadecuados para la tutela de los derechos.

Por ejemplo, aún resulta difícil identificar el lugar que ocupan las técnicas anticipatorias, como la actuación inmediata de sentencias (al que, a veces llamaremos, ejecución provisional) dentro del sistema del CPC (LGL\2015\1656). Incluso, ni siquiera se sabe con claridad qué son, o si han sido reconocidos o no por el legislador de los noventa. Por eso, aquí presentaremos un mapa sobre las técnicas procesales cautelares y anticipatorias que son usadas para la protección de los derechos.

Como toda cartografía, aspiramos a que sea fácilmente entendida, por lo que nos tomaremos algunas licencias. Evitaremos las citas que den cuenta de las fuentes utilizadas para que el lenguaje y la ideas fluyeran con más facilidad. Y para que no se nos acuse de hacernos de ideas ajenas, invitamos al lector a aplicar una presunción según la cual la mayoría -sino todo- de lo aquí expresado no son ideas propias, sino que provienen de la doctrina citada al final y la jurisprudencia mencionada.

En suma, en estas líneas solo aspiramos a pararnos sobre los hombros de gigantes del derecho para reducir el sabor a confusión que existe sobre las medidas cautelares y anticipatorias en nuestro actual CPC (LGL\2015\1656), el nuevo CPConst, y, desde luego, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ("TC").

De hecho, nos enfocaremos principalmente en la regulación del CPC (LGL\2015\1656), pues, además de las causas civiles, el legislador manda que se aplique supletoriamente a los procesos constitucionales (art. IX y art. 19, CPConst) y a los procesos laborales (Primera Disposición Complementaria de la Ley Procesal del Trabajo).

II. Nociones conceptuales

2.1. El cambio de filosofía la procesal

La inspiración liberal del Derecho, sumada al interés por crear un derecho procesal autónomo y distinto del derecho material, fue el escenario ideal para que los grandes autores italianos de la primera mitad del siglo XX conciban un proceso regido por un paradigma racionalista, como un sistema perfecto de aplicación de la ley.

Bajo esta égida, el proceso debía asegurar al máximo la libertad de los ciudadanos. Era importante entonces reducir el margen de error y tener mayor certeza. Por eso, en el diseño del proceso ordinario se otorga al Juez poderes para una amplia y exhaustiva dilucidación de los hechos, a las partes amplias defensas y a se instauraron instancias superiores para revisar las decisiones previas. Se enarbolaba como bandera el principio *nulla executio sine titulo* lo que hacía difícil concebir a las cautelares o anticipatorias sustentadas en juicios de verosimilitud o probabilidad, ya que eso suponía proteger a ciudadanos que aún no tenía derechos ciertos.

En tal escenario, en su clásica monografía de 1936, Calamandrei concebía a la cautelar como un mecanismo para proteger al proceso mismo, a la eficacia de su futura sentencia, se trata del instrumento del instrumento o, para ser más precisos, de un instrumento al cuadrado. Su propósito de la vida de la cautelar era evitarle males al proceso, impedir la inutilidad o ineficacia de la futura sentencia que después la absorberá

Para Calamandrei era esencial vincular a la cautelar con la eficacia del proceso mismo. Y es que no era coherente con las ideas vigentes concebir a la cautelar como un instituto que procura la protección futura del derecho material reclamado, ya que éste no podía existir mientras no exista la certeza contenida en un fallo final. Tampoco era coherente que el Juez tome decisiones usando juicios de verosimilitud, pues eso iba en contra de los ideales de neutralidad e igualdad formal de las partes.

En la clasificación de su sistema de providencias cautelares Calamandrei² diferenció a aquellas que aseguran la eficacia de la futura sentencia y otros que anticipan el mérito mismo de la causa. Aunque la realidad poco a poco hizo cada vez más evidente que éstas últimas no encajaban bajo la típica figura cautelar. Hay casos que no requerían asegurar la eficacia del futuro fallo final, sino la satisfacción actual e inmediata del derecho alegado.

En 1958, Carnelutti³ también identificó a las cautelares que no aseguraban el proceso, sino que tenían como función satisfacer el derecho alegado. Se alejó de la postura de Calamandrei de que toda cautelar era un instrumento al cuadrado. Aunque precisó que el propósito de éstas era distinto a la satisfacción de derechos que da la sentencia final.

Señalaba que tal cautelar da solo "satisfacción fáctica" o "satisfacción cautelar" y no "satisfacción jurídica" que solo se consigue con el fallo final y su cumplimiento. Por eso insiste en mantener a las anticipatoria (que cumplen función satisfactiva) como un tipo de cautelar.

Las ideas de Calamandrei y Carnelutti tuvieron (y tienen) amplia aceptación en Italia, España y en los países latinoamericanos. De hecho, nuestro legislador de 1991 es su devoto seguidor, lo que explica por qué la técnica anticipada se incluye en la cautelar.

En la década del setenta se fue abandonando el procesalismo científico en donde se concibieron las ideas anteriores. Se advirtió que la preocupación por resaltar la autonomía del derecho procesal respecto al derecho material generó indiferencia respecto a la realidad en donde operaban o se negaban los derechos materiales. Eso abrió el camino a la actual filosofía procesal de las tutelas procesales diferenciadas que ubica al proceso como una técnica que debe enfocarse más en la adecuación del proceso a la realidad, en los derechos en juego.

Pioneros italianos como Denti⁴, Cappelletti⁵ y Comoglio⁶ exigieron poner énfasis en el derecho de acceso a la justicia y en sus distintas fases que, entre otras cosas, exigía construir un proceso enfocado en una auténtica igualdad entre las partes, y sobre todo en la tutela efectiva de los derechos y no en la tutela del proceso. En Brasil, la academia desarrolló más estas nuevas propuestas, lo que inspiró cambios sustanciales en el Código de 1994 y se acentuó más en su actual Código Procesal Civil del 2015.

Aquel cambio de concepción hizo posible que se admita la protección de los derechos incluso sin tener certeza de su existencia. Ahora es aceptable que el Juez extienda tal protección usando solo razones verosímiles sobre la existencia del derecho. Para gozar de esa protección antes de la decisión final, ya no es necesario vincularla con la eficacia del proceso, sino que puede vincularse directamente con la protección de los derechos alegados.

En todo caso, los estudios del procesalismo científico fueron útiles para dejar sentado que el proceso es un instrumento destinado a la satisfacción de los derechos materiales en debate. Lo que no significa que el proceso sea un adjetivo del derecho material, no es el derecho material en pie de lucha. En ese sentido, Galeno Lacerda⁷ señala como es inadecuado definir al arado como adjetivo de la tierra, o al piano como adjetivo de la música, el proceso no es adjetivo del derecho reclamado, que pretende asegurarse o satisfacerse. El instrumento no tiene la cualidad de la materia que crea o moldea, sino que es ontológicamente distinto a éste, aunque vinculado por un nexo de finalidad.

En tal sentido, el proceso es un instrumento usado para brindar justicia material a la resolución de los conflictos. Su propósito es aplicar la legalidad y, por ende, satisfacer los derechos. Para ello, el proceso ordinario tiene como técnica la reducción del margen de error. La investigación exhaustiva de los hechos existentes y la aplicación del Derecho a ellos, decisiones que, por lo demás, se sujeta a una doble revisión de instancias superiores.

Por ventura, los arts. III y IX y los arts. II y III, de los Títulos Preliminares del CPC (LGL\2015\1656) y del CPConst, respectivamente, dejan espacio para exigir que las reglas procesales se lean desde las necesidades del caso o de los derechos materiales en debate. Así, disponen que las formas del proceso deberán adecuarse al logro de sus fines que es hacer efectivos los derechos sustanciales, lo que va en línea con una concepción de tutelas diferenciadas o adecuadas al caso.

2.2. Tutelas y técnicas

Como vimos, el proceso se inspira en la noción básica de justicia material que apunta a reconocer o dar a las partes aquello a lo que tienen derecho. Tal justicia puede ser lograda si se formula una pretensión al Juez para que declare la existencia previa de un derecho, para que constituya tal derecho a través de su sentencia o, en su caso, para

que condene al demandado a realizar determinada conducta a favor o en beneficio del demandante.

El asunto que abordaremos aquí tiene que ver, principalmente, con las pretensiones de condena, en donde existe una "crisis de cooperación", en donde un sujeto se aparta del cumplimiento voluntario o respeto espontáneo de la ley o de los derechos ajenos. Eso lleva al sujeto afectado a acudir al Poder Judicial para reclamar que se condene al primero a respetar o restablecer el asunto en cuestión.

La técnica ordinaria para la satisfacción del derecho reclamado consiste en el trámite del proceso hasta el dictado del fallo final del proceso que ampare la pretensión demandada. Y si, a pesar de eso, se mantiene la crisis de cooperación, entonces la técnica consistirá en la ejecución forzosa de la sentencia. Todo este mecanismo está al servicio de la tutela satisfactiva que procura la realización del derecho al final del proceso.

No obstante, antes de la sentencia final puede existir justificación para proteger los derechos reclamados en la demanda, para una tutela interina de derechos. En algunos casos, tal protección podrá implicar una tutela satisfactiva, esto es, una medida que establezca una realidad que sea igual o parcialmente igual a la que otorgaría la futura sentencia final. En otros casos, la protección requerida será de una tutela asegurativa, que consistirá en tomar medidas para garantizar las condiciones que permitan la futura realización del derecho, para que no sea perjudicado o infructuoso en el futuro.

Al respecto, debe diferenciarse entre el medio utilizado y el resultado perseguido. El primero es la técnica procesal y el segundo la tutela del derecho. Tenemos así a la técnica anticipatoria que está al servicio de la tutela satisfactiva de los derechos y a la técnica cautelar que es el instrumento de la tutela asegurativa. Son esas técnicas procesales las que permiten cambiar la realidad, esto es, habilitan al Juez a actuar en el plano de los derechos materiales.

En efecto, la técnica anticipatoria consiste en brindar satisfacción del derecho alegado en la demanda, antes de contar con el fallo definitivo. Y la técnica cautelar consiste en el dictado de ciertas medidas destinadas a asegurar el derecho, a evitar que corra el riesgo de ser infructuoso, ineficaz o inútil en el futuro. La cautelar no satisface el derecho, sólo garantiza su futura satisfacción. Esta diferencia es esencial y marcará los siguientes pasos que daremos.

Debido a las distintas funciones de aquellas tutelas, la justicia que inspira el diseño estructural de sus técnicas procesales también podría encontrar algunas diferencias, aunque no tantas, ya que ambas actúan de manera interina, previa a la decisión final.

Suele resaltarse que la técnica cautelar inspira su estructura en la urgencia, en el peligro de que la demora del proceso puede generar la infructuosidad futura del derecho alegado (*periculum in mora*). Esto suele ser elevado como el fundamento de esta técnica. Sin embargo, no se puede tratar de cualquier peligro, piénsese, por ejemplo, en el poseedor precario demandado en desalojo por el propietario. Existe un peligro de despojo que, sin embargo, es lícito. De ahí que, la técnica cautelar necesite siempre de un contenido de justicia en su estructura. Eso exige que, al presupuesto del peligro, le deba acompañar la verosimilitud (*fumus*) del derecho alegado.

Lo usual es pensar que en las cautelares prevalece la exigencia del *periculum* sobre el *fumus*. Sin embargo, eso no es del todo correcto. En ocasiones el legislador prefiere el *fumus* y excluye al *periculum*, y en otros casos exige solo el *periculum* y no el *fumus* para el dictado de una cautelar.

Por ejemplo, el legislador permite mantener la cautelar a pesar de que la sentencia de primera instancia declaró infundada la demanda y, por ende, eliminó el *fumus*, para lo cual bastaría con otorgar una caución debida (arts. 630CPC (LGL\2015\1656))⁸. En el otro lado de la acera, hay casos en donde el Juez puede otorgar cautelar sustentándose sólo en el *fumus*, sin *periculum*. Eso pasaría si se dicta sentencia favorable de primera o

segunda instancia, sujeta aún a impugnación. Allí se podría obtener cautelar, sin siquiera fundamentar el periculum (art. 615CPC (LGL\2015\1656)).

Por eso, en contra de los que plantea la mayoría de la doctrina (que ubica al periculum como fundamento esencial), creemos que el fundamento usual de la estructura cautelar está en la fórmula copulativa de fumus y periculum, sin prevalencia de uno sobre otro. Y solo en casos excepcionales, el fundamento de la cautelar será solo el fumus y en otros solo el periculum.

En el caso de la técnica anticipatoria el asunto es más claro. Solo se justifica su otorgamiento en cuando media la existencia de una fuerte evidencia (fuerte fumus) del derecho alegado o de la ilegalidad denunciada. Sin dicha evidencia probatoria, es imposible o injustificado adelantar la satisfacción del derecho.

No obstante, a veces, a la fuerte evidencia se le suma situaciones que implican la urgencia de contar con tutela satisfactiva, ya sea porque se puede concretar la lesión temida a un derecho especialmente sensible (alimentos, salarios, privacidad...), o porque se generaría un daño irreversible al derecho alegado debido a su actual irrespeto. Sin embargo, eso no hace que la urgencia sea un elemento sine qua non de las anticipatorias.

Cabe preguntarse ¿por qué las cautelares se pueden sustentar en un fumus débil y las anticipatorias no? ¿Y por qué las cautelares pueden prescindir del fumus, pero nunca se puede dejar ese presupuesto para las anticipatorias? Creemos que esa diferencia se debe a que las cautelares implican una invasión menor en las libertades del demandado, solo implican medidas para asegurar el futuro derecho. En cambio, las anticipatorias implican satisfacer ya mismo el derecho alegado, adelantar lo que se espera de la sentencia. Esto significa una mayor intervención sobre la esfera del ejecutado, pues se le conmina a actuar como si ya hubiera perdido el caso.

Por ejemplo, en un proceso de mejor derecho de propiedad y consecuente reivindicación de inmueble, una cautelar de anotación de demanda, no hace que el demandado pierda la posesión del bien, sino que puede seguirlo usando, e incluso puede disponer de él. La cautelar solo asegurará que la eventual declaración de propiedad y condena de restitución no sea ineficaz en el futuro. Y es que, si el bien se transfiere a otro, el nuevo propietario conocerá del litigio y no podrá alegar buena fe, ni oponer su pretendida propiedad al demandante.

En cambio, si en ese mismo proceso se dicta una anticipatoria, eso sí que puede suponer la entrega temporal del bien en cuestión al demandante, se adelantaría la satisfacción del derecho reclamado. Es decir, se trataría de una intervención mayor en la esfera jurídica del demandado que se verá despojado de la posesión o disfrute del inmueble.

Como la intromisión de las anticipatorias sobre las libertades del demandado es mayor, entonces el legislador eleva el estándar de justicia exigible para admitir tal intervención. No pide que exista un simple humo de derecho (tal como pasa con las cautelares) sino que exige una prueba fehaciente o que genere alta certeza de que existe el derecho alegado por el actor.

Aquellas medidas dictadas antes de contar con una sentencia final son posibles sólo cuando existen un fundamento constitucional que da buenas razones para que el Juez coloque al demandante en una mejor situación que el demandado. Tales técnicas solo son aplicadas cuando existen razones para que el demandante no tenga que soportar el trámite de un proceso sin ver satisfechos o asegurados sus eventuales derechos.

2.3. Fundamento constitucional de las técnicas

Varios autores (nacionales y extranjeros) y nuestra jurisprudencia constitucional (STC 0023-2005-AI y STC 0607-2009-AA) usualmente encuentran el fundamento de las cautelares y de la actuación inmediata de las sentencias impugnadas (que es un tipo de

anticipatoria) en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Desde el trabajo de Calamandrei se viene sosteniendo que la urgencia es el fundamento de la estructura cautelar, que esta técnica es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Se remarca que, sin esa técnica procesal, la futura sentencia final será inútil o inservible, pues el derecho ya no encontrará las condiciones para su realización. Por ejemplo, el acreedor que obtuvo sentencia final favorable, pero encuentra que, durante el tránsito del proceso, su deudor dispuso de todos sus bienes, no podrá ver satisfecho su derecho.

Esta propuesta se aprecia en la mayoría de los autores italianos, españoles y peruanos, incluso en la jurisprudencia de nuestro TC. Parece que estamos ante una historia trágica en donde el Juez no sabe si debe garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante o demandado. Y es que no sabe quién ganara al final. Así, el TC señala que:

“... la tutela cautelar si bien constituye un derecho para garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte sobre el fondo, supone al mismo tiempo, un juzgamiento en base a probabilidades, por tanto, su potencial de constituirse en acto arbitrario es incluso mayor al de una sentencia que ha merecido una mayor cautela y conocimiento por parte del Juez” (STC 1209-2006-AA, fd. 12).

Al respecto, coincidimos con los autores brasileños que señalan que la propuesta de Calamandrei confunde la consecuencia con su fundamento. La propuesta del maestro italiano y sus seguidores consiste en señalar que las técnicas procesales logran asegurar o satisfacer los derechos para protegerlos en caso exista un futuro fallo favorable.

No obstante, lo real es que los Jueces otorgan protección actual a los derechos porque hoy existen elementos que hacen que un Juez crea que deben ser protegidos. Si bien esos elementos permiten deducir que, es probable que en el futuro la sentencia dirá que la protección adelantada fue bien otorgada, no sabemos si efectivamente será así, desconocemos qué pasará en el futuro. Por tanto, es difícil sostener que las técnicas procesales se fundamentan en la garantía de un futuro desconocido.

Estimamos que lo correcto sería decir que el fundamento de las técnicas procesales es actual y no futuro. Lo que pasa es que su uso, puede tener como consecuencia el generar efectos beneficiosos en el futuro, podría generar la protección de los derechos que la futura sentencia los reconozca. Pero también podría tener como consecuencia el haber generado agravios indebidos contra el demandado en los casos que la sentencia final desestime la demanda.

Esto nos lleva a advertir que la legitimidad de las técnicas procesales se fundamenta sí en el derecho a la tutela jurisdiccional, pero no en una dimensión desconocida de eficacia futura, sino en la de equilibrio entre las partes, pues se fundamenta en las condiciones y elementos actuales que se presentan en el trámite procesal.

El derecho a la igualdad procesal es el que exige tratar igual a las partes en situaciones similares, y distinto allí donde existan diferencias objetivas y razonables. Las cautelares y anticipatorias permiten establecer un equilibrio adecuado entre las partes del proceso, una distribución más justa de las cargas que supone la duración del proceso. Esas técnicas permiten adelantar la protección de los derechos alegados por el demandante, en perjuicio del demandado, porque existen fundadas razones (verosimilitud débil o fuerte y, a veces, cuotas de urgencia) para quebrar el equilibrio formal entre ellos. Sin estos no existe justificación para poner en riesgo actual al demandado. El derecho a la igualdad procesal es el que exige instaurar un trato diferenciado.

En ese sentido, el TC tiene reiterada jurisprudencia ha dejado sentado lo siguiente

“En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia

positiva por parte del Estado (...) tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o la circunstancias en las que un sujeto se encuentre, sino [en el derecho] a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual..." (STC 0606-2004-AA, fd. 11).

En esa línea, los modernos autores brasileros resaltan que un proceso sin cautelar o anticipatorias inevitablemente dejará en las espaldas del demandante todo el peso de la demora el proceso. Eso perjudicará al demandante que tenía la razón y beneficiará en igual medida al demandado que no la tenía. Por eso, el derecho a la igualdad procesal exige que demandante y demandado carguen con el peso que representa el tiempo del proceso, según la mayor o menor probabilidad de la posición que defienden, lo que se determinará en el momento actual y no en el futuro.

Ciertamente, no es justo que quien se aprecia verosímilmente o muy casi certeramente como agresor de derechos o incumplir de obligaciones, pueda mantener su estado de ilegalidad y el demandado perjudicado se vea obligado a soportar esa situación. Similar lectura tiene el TC cuando se pronuncia sobre la actuación inmediata de sentencias (STC 0607-2009-AA, fd. 28).

Como en nuestro país hay muy poco desarrollo de las técnicas anticipatorias, solo podemos hacer referencia a una de sus modalidades que sí ha tenido amplia atención: la actuación inmediata de las sentencias que, precisamente, se caracteriza por adelantar la satisfacción de los derechos reclamados antes de la sentencia final. Y respecto de ellas, no hay duda de que su fundamento recae en la justicia procesal entre las partes.

Así, para la actuación inmediata de las sentencias, Carpi⁹ señala que "... se trata de un instrumento otorgado con los fines de intentar de equilibrar las posiciones de las partes". En seguida resalta que usa la palabra "intentar" porque corresponde al Juez determinar, si en las circunstancias concretas y actuales del proceso, corresponde mover la balanza de la igualdad formal entre las partes. Por su parte, Prieto-Castro¹⁰ también se refiere a la ejecución provisional para señalar lo siguiente:

"Si pudiéramos construir una estadística con los medios de 'Diablo Cojuelo' y descubrir en la cabeza y en el pecho de los litigantes cuáles son los móviles que les inducen a agotar las instancias, veríamos cómo hay un tanto por ciento elevado de ellos que acuden a este expediente de interponer recursos para persistir en esta situación, es decir, para alargar el disfrute del objeto, diferir la llegada del momento de la exigibilidad, lo que significa que se usan medios jurídicos para fines ilícitos, o, por lo menos, abusivos y perjudiciales del derecho de otra parte"¹¹.

En suma, las técnicas cautelares y anticipatorias se fundamentan en el derecho a la igualdad, en una exigencia de justicia procesal entre las partes.

2.4. Autonomía de las cautelares y anticipatorios

a) Autonomía procedimental

Las técnicas procesales necesitan de la existencia (actual o próxima) de un proceso judicial como el único espacio en donde les es posible nacer. Además, de los procesos depende también su periodo de vida, pues la sentencia final daría pie a su terminación. Esto evidencia que el nacimiento y muerte de las técnicas procesales tienen una innegable dependencia estructural del proceso principal. Pero tal dependencia no necesariamente se da durante el trámite procedimental de cada uno de ellos.

En efecto, pueden subsistir cautelares y anticipatorias, incluso en sentido contrario a lo que se pasa en el proceso principal. Puede haberse dictado sentencias no finales (de primero o segundo grado) que declaren infundada las demandas, que decretan que no existe el derecho o daño alegado, y, a pesar de eso, pueden subsistir cautelares o anticipatorias que apunten en sentido contrario (arts. 630 y 26 CPConst). Desde luego

que, muchas veces lo que ocurre en el principal es una razón que se debe considerar al aplicar las técnicas procesales (arts. 615 y 617 CPC (LGL\2015\1656)), pero solo serán eso, una razón muy importante a considerar.

Veamos el caso de la ejecución provisional. Si se dicta una sentencia fundada en primera o segunda instancia, se podrá otorgar la actuación inmediata de tal sentencia mientras aún es impugnada. La sola existencia de una sentencia de condena no significa que deba otorgarse siempre su actuación inmediata, como si ésta fuera un efecto jurídico de la sentencia. Tal anticipatoria no surge por generación espontánea con el solo dictado de las sentencias, sino que debe ser solicitada por el interesado y podrán ser otorgada o negada por el Juez.

Sin la evaluación y decisión del Juez (y que es muy distinta a la evaluación que hace en el proceso principal), no surgirá la actuación inmediata requerida, pues las sentencias se suspenden automáticamente (ope legis) con su sola impugnación (art. 371CPC (LGL\2015\1656)).

Dependerá del Juez (ope iudicis) determinar si puede usar las razones de fondo de la sentencia suspendida para dictar resoluciones cautelares o anticipatorias que tendrán efectos propios para asegurar o satisfacer los derechos alegados. Puede ocurrir que el Juez estime que, a pesar de las razones existentes en la sentencia dictada, los posibles derechos del demandado se verían excesiva o irreversiblemente lesionados, y, por ende, en atención a esos derechos hipotéticos, el Juez niegue al demandante la protección solicitada.

Esto permite evidenciar que las técnicas procesales no son instrumentos de los procesos, en el sentido de que el tránsito de su vida esté inevitablemente atada a la suerte del proceso principal. No hay duda de que existe una conexión estructural entre ellos, pero de tal vínculo no se sigue como consecuencia necesaria que el propósito de tales técnicas sea resguardar el proceso.

Como ya dijimos, el destino de esas técnicas es proteger derechos que, con los elementos existentes hoy en el proceso, aparecen como probables. Su función no es salvaguardar la futura eficacia del proceso, pues su resultado aún se desconoce y, por ende, se desconoce si realmente servirán para la eficacia futura del proceso.

En efecto, para el nacimiento de cautelares o anticipatorias el Juez evalúa si existe verosimilitud del derecho, si la demora del proceso puede afectar al derecho y si la intervención en los derechos es razonable o proporcionalidad. En suma, el Juez realiza un análisis enfocado en los derechos y no en el proceso. Además, tal análisis es muy distinto al que realiza el Juez en el proceso, de ahí la necesidad de proclamar la autonomía de los juicios cautelares y anticipatorios respecto a la evaluación que se realiza en el proceso principal.

b) Autonomía del juicio

En los procesos la evaluación que realiza el Juez busca tener certeza sobre la existencia del derecho reclamado o de la lesión alegada, para así poder restituir o declarar su tutela. En tal sentido, el Juez deberá tener un conocimiento completo de las cuestiones vinculadas al objeto del proceso y con un alto grado de profundidad para reducir el margen de error en su sentencia, para brindar seguridad jurídica en sus decisiones.

No obstante, hay ocasiones en donde junto al valor seguridad jurídica entran a tallar otros principios que, por ejemplo, exigen acortar los plazos del trámite procesal. Eso se logra acumulando actos procesales (en una sola audiencia se evalúan excepciones y pruebas), o reduciendo los plazos legales establecidos para ejercer defensas o resolver las cuestiones procesales. Esto se conoce como sumarización procedimental.

Otra manera de acelerar el tránsito procesal es moderando el grado de conocimiento o cognición que debe tener el Juez para tomar decisiones. Aquí el legislador admite elevar

la posibilidad de error y habilita al Juez cogniciones incompletas y superficiales.

Por ejemplo, en los procesos de interdicto no se debe debatir el derecho de propiedad u otro derecho real, sino solo la posesión (art. 598CPC (LGL\2015\1656)) y en las anulaciones de laudo sólo se deben discutir los vicios tasados en la Ley de Arbitraje ("LA"), por lo que incluso se prohíbe revisar el fondo del caso (arts. 62.2 y 63.1). Se trata de una cognición limitada en sentido horizontal.

También puede ocurrir que la cognición sea limitada en cuanto al grado de profundidad o certeza de los hechos evaluados por el Juez. Así, en los procesos de ejecución el Juez no evalúa a profundidad los documentos que contienen el título de ejecución, sino que solo procede a verificar si contienen un mandato cierto, expreso y exigible (art. 689CPC (LGL\2015\1656)) y en las cautelares solo se exige verosimilitud del derecho alegado (art. 611CPC (LGL\2015\1656)). Si bien en las anticipatorias (art. 674CPC (LGL\2015\1656)) se pide un fuerte *fumus*, el Juez decide satisfacer los derechos sin contar aún con conocimiento exhaustivo del caso (salvo en los casos de actuación inmediata). Se trata, por tanto, de una cognición limitada en sentido vertical.

Esa limitación del campo y/o la magnitud de la cognición del Juez, se conoce como *sumarización material* de los procesos. Y es importante tenerla en cuenta pues permite resaltar la diferente evaluación que hace el Juez en el proceso principal y en las cautelares y anticipatorias.

Debido a esa limitación cognitiva y a que se trata de una intervención previa al fallo final, en las técnicas procesales la evaluación del Juez se complementa con otros elementos de juicio que no se consideran cuando se sentencia. Dinamarco¹² señala, por ejemplo, que los Jueces pueden realizar juicios de mal menor, en el sentido de que evalúan qué parte puede sufrir más con la eventual medida; también juicios de derechos más fuertes, pues analizan qué derechos opone cada parte para identificar al que tiene mayor valor social o axiológico (por ejemplo, el derecho de alimentos suele prevalecer sobre el derecho a la propiedad).

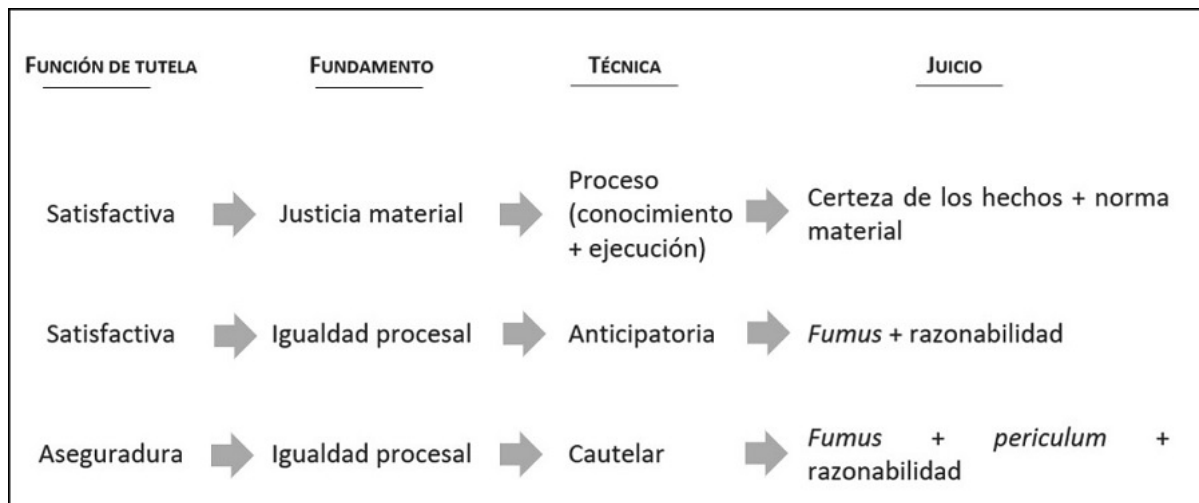
En la cognición limitada de las cautelares y anticipatorias se deben integrar juicios que aplican los principios de razonabilidad (art. 611CPC (LGL\2015\1656)) o proporcionalidad (art. 26 CPConst). Aunque hablar de estas categorías es abarcar mucho y, a la vez, decir muy poco. Y es que el uso de tales principios habilita al Juez a realizar los juicios del mal menor, del derecho más fuerte, o a aplicar criterios de irreversibilidad de la medida, de moderación en su intensidad o alcances, e incluso a admitir su modificación o adecuación ante el cambio de circunstancias.

De cualquier forma, esto permite evidenciar que las evaluaciones que realizan los Jueces al aplicar las técnicas cautelares y anticipatorias también son autónomas con respecto a los juicios que se aplican al momento de sentenciar. En este último supuesto, los Jueces evalúan la legalidad del pedido, su coherencia con el ordenamiento, y en consecuencia, decretan la existencia o no del derecho reclamado para poder decretar su respeto. No importar si la satisfacción del derecho perjudica mucho al demandado, o si el derecho es muy valioso o no. Si se verifica la existencia del derecho o su vulneración, el Juez deberá brindarle tutela.

2.5. Cartografía de los conceptos desarrollados

De acuerdo con lo avanzado hasta aquí, para mayor facilidad del lector, podemos presentar el siguiente resumen de los conceptos considerados hasta ahora.

Gráfico 1: Mapa conceptual del proceso y sus técnicas



Lo que corresponde ahora es ver cómo estos conceptos se materializan en nuestra regulación procesal civil. Y es que no se trata simples abstracciones, sino que tienen un correlato directo con la realidad, pues tales conceptos son deducciones que realiza la doctrina sobre la regulación procesal comparada, y a través de la cual se busca la mejor forma de proteger los derechos.

III. Nuestro Marco Normativo

3.1. El legislador pretende unificar las técnicas procesales

De acuerdo con el art. 608CPC (LGL\2015\1656), la técnica cautelar tiene como función el asegurar la realización posterior o la eficacia de la pretensión que sería reconocida en la futura sentencia (aunque lo ideal hubiera sido que la norma dispusiera que el propósito de la cautelar es asegurar la eficacia futura del derecho y no del proceso). Por ejemplo, todo embargo grava parte del patrimonio del deudor, de modo que, si al final del proceso, el deudor insiste en su incumplimiento, se rematarán sus bienes embargados para que, con los frutos de esa venta forzosa, recién se pueda satisfacer el derecho de crédito reconocido en la sentencia definitiva (art. 642CPC (LGL\2015\1656)).

El legislador usa la técnica cautelar no para entregar la misma situación jurídica o de la realidad que pide el demandante, si bien debe existir relación o razonabilidad entre lo pedido en la demanda y en la cautelar (art. 611.3, CPC (LGL\2015\1656)), no existe identidad entre tales pedidos. Y es que la cautelar consiste en una medida destinada a asegurar la eficacia del derecho material reclamado, que pueda ser eficaz o realizado en el futuro, tal como decreta el fallo final.

A nivel de procesos constitucionales, el art. 18 CPConst (antes el art. 15 CPConst, y con igual texto) parece asumir esa distinción, ya que dispone que se pueden conceder medidas cautelares “y” medidas de “suspensión del acto violatorio” en los procesos de amparo, hábeas data y de cumplimiento. Estas últimas, desde luego, no son cautelares, pues satisfacen el derecho cuya tutela se requieren, y es que otorgan lo mismo que se demandó: el cese (la suspensión) de la agresión o amenaza denunciada.

Aquí nuestro TC incurre en una enorme confusión. La STC 0023-2005-AI, fd. 31, señala que “... la medida cautelar no puede anticipar lo que es el contenido de la pretensión de amparo... de lo contrario la medida cautelar excedería la finalidad perseguida por el artículo 15 del CPConst”. Es decir, el TC diferencia conceptualmente a anticipatorias y cautelares, pero señala que el art. 15 CPConst no admite a las primeras. A su juicio, este dispositivo solo permitiría la “conservación de un derecho fundamental”, sin embargo, “suspender el acto lesivo” para “conservar” los derechos es, precisamente, la satisfacción de la pretensión demandada, es decir, significa el dictado de una anticipatoria.

El asunto es más difícil en el caso de nuestro CPC (LGL\2015\1656) que tiene una

enorme influencia de Calamandrei y Carnelutti, y ninguna del derecho brasilero que manejaba ya categorías distintas. Eso explica porque el CPC (LGL\2015\1656) no hace la distinción que hemos resaltado. En efecto, se incluye a la técnica anticipatoria bajo el Capítulo de Medidas Cautelares.

Ariano¹³ y Cavani¹⁴ nos advierten que esa inclusión constituye un error en nuestro sistema jurídico, pues se trata de técnicas procesales con funciones muy distintas. Sin embargo, en nuestro país, la mayoría de los trabajos académicos y la jurisprudencia constitucional insisten en mantener a las anticipatorias como una forma de cautelar, de modo que en lo sucesivo se verá que nadamos contra corriente.

En todo caso, el escenario procesal podría cambiar drásticamente y abandonar la unificación de técnicas procesales si el Anteproyecto del nuevo CPC (LGL\2015\1656) llega a buen puerto. Mientras eso no ocurra debemos encontrar la razonabilidad o el sentido interpretativo adecuado a nuestra actual CPC (LGL\2015\1656).

3.2. Ubicando a la técnica anticipatoria

a) La regulación procesal civil

El art. 674CPC (LGL\2015\1656) dispone que el demandante podrá pedir una medida anticipada sobre el fondo en virtud del cual se le adelante lo mismo que espera recibir en la sentencia final, siempre que: (i) su pedido responda a una necesidad impostergable (un periculum más gravoso); (ii) exista firmeza jurídica y probatoria en su pedido (un fumus más potente); y (iii) solicite un adelanto de su pretensión que sea posible de ser revertido (una razonabilidad delimitada).

A pesar de su ubicación dentro del Capítulo de Cautelares, a nuestro juicio esta norma reconoce a la técnica anticipatoria, pues su dictado se sustenta en un fumus fuerte y tiene como función otorgar tutela satisfactiva.

Del mismo modo, la mayoría de la regulación específica de estas anticipadas sobre el fondo no exige acreditar un periculum gravoso al que se refiere el art. 647CPC (LGL\2015\1656) (y ya vimos que este elemento no era esencial aquí). Pero todas ellas sí exigen como requisito el contar con un fumus fuerte, que es esencial en la estructura de las anticipatorias.

Por ejemplo, para la separación convencional con divorcio se prevé que la sola admisión de la demanda genera la eficacia inmediata del convenio sometido a validación judicial sobre patria potestad, alimentos y liquidación de gananciales (art. 576CPC (LGL\2015\1656)). La suscripción del convenio por ambas partes supone un fumus fuerte que justifica la satisfacción inmediata de lo pretendido. De modo similar, la asignación anticipada de alimentos sólo exige acreditar una indubitable relación familiar (art. 675CPC (LGL\2015\1656)), lo propio ocurre con la anticipatoria del desalojo si se acredita indubitablemente el derecho a la restitución y el abandono del bien (art. 679CPC (LGL\2015\1656)), y también con el interdicto de recobrar si se acredita verosímilmente el despojo y el derecho a la restitución pretendida (art. 681CPC (LGL\2015\1656)). Sólo para el nombramiento y remoción de administradores de bienes se exige acreditar un perjuicio irreparable para la procedencia de la anticipatoria (art. 678CPC (LGL\2015\1656)).

Esta regulación nos permite ratificar lo ya dicho: las anticipatorias pueden ser acompañadas a veces de un periculum, pero siempre deberán fundarse en un alto fumus

El art. 618CPC (LGL\2015\1656) puede generar ciertas confusiones. Denomina como "medida anticipada" aquello que no es una anticipatoria. De hecho, para su dictado no se requiere un fumus potente (propio de toda anticipatoria), sino que solo se exige periculum, pues busca "evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva". En estricto, aquí el legislador se refiere a la

anticipación de la ejecución de las cautelares y no a la anticipación del contenido de la sentencia. Nos explicamos.

Si un proceso en donde se dictó una medida cautelar de embargo en forma de inscripción sobre un bien concluye con una sentencia favorable, y el demandado no cumple, entonces se procederá a ejecutar la cautelar. El Juez rematará el inmueble para que, con los frutos de esa venta, se satisfaga finalmente el derecho de crédito. Lo mismo hace el art. 618CPC (LGL\2015\1656), anticipa la ejecución de los bienes objeto de la cautelar, pero no lo hace para satisfacer el derecho reclamado, sino para que los frutos percibidos por el remate sustituyan al bien embargado, y sigan sirviendo para asegurar la futura satisfacción del derecho reclamado. Esta medida es necesaria cuando los bienes en cuestión son perecibles o se deterioran con el tiempo. Por tanto, para no perder los bienes que aseguran la futura satisfacción del derecho, se prevé su sustitución por bienes no perecibles, por dinero.

Con esto, queda claro que las técnicas cautelares y anticipatorias no solo tienen funciones distintas, sino incluso regímenes jurídicos diferenciados. Lo que indica que nuestra cartografía conceptual tiene un innegable correlato en el CPC (LGL\2015\1656) a pesar de su innegable influencia de las propuestas calamandreianas.

A pesar de que la doctrina y el derecho comparado superó hace muchos esas ideas, seguimos aferrándonos a la noción cautelar unificante y se nos hace difícil identificar a la técnica anticipatoria. Esto se ve reforzado por el hecho de que tienen estructuras con requisitos similares (*fumus* y *periculum*), e incluso comparten algunas otras cualidades (juicios sustentados en *fumus levis* o graves, temporalidad, reversibilidad, enfoque en los derechos...). Sin embargo, tales similitudes solo se dan a nivel de técnica procesal o de estructuras, no a nivel de funciones o de tutelas asegurativas y satisfactivas, que son mucho más fáciles de identificar y distinguir.

Al respecto, Monroy Gálvez y Monroy Palacios¹⁵ insisten que la medida anticipada sobre el fondo es una "medida cautelar coincidente" y no una anticipatoria; y para ello invocan la propuesta de Dos Santos Bedaque¹⁶ (que a la vez se sustenta en la propuesta de Carnelutti, ver *supra* 2.1). Señalan que esa medida solo otorga satisfacción contingente y no definitiva al demandante, de modo que solo existe "coincidencia práctica" entre la anticipatoria y la futura sentencia. Es decir, que no podría hablarse propiamente de una anticipación de lo demandado. Sin embargo, la respuesta de Marinoni¹⁷, a nuestro juicio, permite descartar la propuesta anterior. Citamos:

"Bedaque es fiel a la doctrina de Carnelutti, y por ello concluye que la tutela anticipatoria confiere solamente 'satisfacción fáctica' y no 'jurídica'. En realidad, se posiciona al lado de Carnelutti y Calamandrei, aduciendo que solo la sentencia, como acto final del proceso, 'tiene aptitud para representar la solución de la controversia, transformándose en la regla emitida para el caso concreto'... En esta línea, concluye que la tutela anticipatoria, por no tener aptitud para solucionar la 'controversia', es solamente 'instrumental' a la tutela definitiva. Entretanto, la posición del ilustre procesalista, a nuestro ver, peca justamente por estar aún influenciada por la doctrina que sustenta que es la 'sentencia la que compone la *lid*'. Ahora, no hay más razón para distinguir 'satisfactividad jurídica' y 'satisfactividad fáctica', una vez que, en la perspectiva de aquel que busca la 'justicia', lo que importa es la 'tutela del derecho', y no la forma o la cognición por medio de la cual esta es prestada. Sustentar la diferencia entre tutela anticipatoria y tutela cautelar, por tanto, es liberarse del peso de las doctrinas de Carnelutti y Calamandrei (lo que no es fácil) y adoptar hacia una nueva perspectiva (actualmente fundamental) de ver el proceso, que puede ser designada como la de 'tutela de los derechos'"¹⁸.

Por tanto, nos parece claro que la existencia de la medida anticipada sobre el fondo no puede ser confundida con un supuesto tipo de "medida cautelar coincidente", sino que responde a una categoría con una función distinta, con función satisfactiva a la que corresponde la anticipatoria.

b) La regulación procesal constitucional

El art. 611CPC (LGL\2015\1656) dispone que se pueden dictar cautelares si el solicitante acredita que existe verosimilitud en el derecho o reclamo formulado (*fumus boni iuri*), que afronta un peligro por la demora del proceso (*periculum in mora*), que hay proporcionalidad entre el fundamento formulado y lo pedido, y que se ofrezca alguna contracautela por los posibles daños de la ejecución de la cautelar.

Para los procesos constitucionales, el anterior art. 15 CPConst establecía los mismos requisitos que el art. 611CPC (LGL\2015\1656). El nuevo art. 19 consagra lo mismo, aunque con otro lenguaje: "... que el pedido sea adecuado o razonable, que tenga apariencia de derecho y que exista certeza razonable de que la demora en su expedición pueda constituir un daño irreparable". En todo caso, ahora en los procesos constitucionales se ha elevado el estándar del *periculum*, pues se exige acreditar el riesgo de irreparabilidad, de modo que no bastará con sustentar el simple temor de un perjuicio ilícito, sino que debe evaluarse su posible irreversibilidad.

Ahora bien, a pesar de que el anterior art. 15 y el actual art. 18 CPConst usan la sumilla "medidas cautelares", sus textos reconocen la posibilidad de otorgar cautelares y anticipatorias. Y es que disponen que se pueden dictar cautelares "y" medidas de "suspensión del acto lesivo" que es una anticipatoria. En efecto, estas últimas otorgan la satisfacción pretendida, pues disponen el cese de la amenaza o lesión reclamada, que es lo mismo que ordenará la sentencia final.

Asimismo, el art. 18 CPConst dispone que la medida debe limitarse a "garantizar" el contenido de la pretensión demandada. Ya vimos que garantizar es la función de las cautelares y satisfacer es de las anticipatorias. Por tanto, para no tener una lectura contradictoria de ese dispositivo (para que no se diga que solo reconoce a las cautelares y no a las anticipatorias) se debe entender la palabra "garantizar" en el sentido de que significa "proteger" las pretensiones, lo que se puede dar mediante su aseguramiento o satisfacción provisional.

En todo caso, se puede apreciar que el propósito real de esta nueva exigencia legal es resaltar que no pueden dictarse cautelares o anticipatorias que poco o nada tengan que ver con lo demandado, es decir, carentes de adecuación con lo pedido.

Pero el art. 18 CPConst establece otros límites más, ya que dispone que la decisión del Juez debe tener en cuenta la irreversibilidad de lo mandado, el orden público y el perjuicio que pueda ocasionarse. Esto ratifica lo señalado antes, de que los juicios cautelares y anticipatorios manejan categorías propias y distintas a las del proceso principal, en donde ingresan distintos y variados elementos que se corresponden con exigencias de razonabilidad o proporcionalidad y que buscan para moderar la intervención de la medida a aplicarse.

En resumen, a pesar de los errores interpretativos del TC que señalan que en los procesos constitucionales no se reconoce la posibilidad de obtener anticipatorias (STC 0023-2005-AI), el marco regulatorio sí que prevé que en estos procesos se apliquen las técnicas anticipatorias y cautelares para la tutela de los derechos.

IV. Excursus: el Anteproyecto de nuevo CPC

El Anteproyecto de CPC (LGL\2015\1656) ("ACPC") hace aún más clara la cartografía de las cautelares y anticipatorias, y confirma el uso de las categorías conceptuales que hemos desarrollado.

El ACPC abandona definitivamente las ideas de Calamandrei que unificaban a cautelares y anticipatorias y se instaura claramente la distinción entre ellas. Ahora bajo la denominación de tutela provisional, el art. 576 ACPC prevé que el Juez "... puede otorgar medidas provisionales idóneas para garantizar la eficacia de la sentencia estimatoria de la pretensión que pudiera dictar en el futuro o anticipar los efectos de la tutela

solicitada...”.

Allí se distingue claramente entre las técnicas que garantizan y las que satisfacen de modo anticipado las pretensiones demandadas. Incluso el art. 577 ACPC expresamente dispone que las cautelares garantizan y no tienen fines satisfactivos, mientras que el art. 578 ACPC reconoce que las anticipatorias otorgan satisfacción provisional de lo demandado.

El art. 581 ACPC exige los mismos requisitos de siempre para las cautelares (fumus, periculum y adecuación), mientras que el art. 582 ACPC también exige fumus y periculum, pero permite prescindir de este último cuando exista un fumus reforzado. Y se prevé que eso pasaría cuando “el demandado haya sido declarado rebelde, o ejerza abusivamente su derecho de defensa, o si su defensa se sustenta en argumentos manifiestamente inconsistentes, o pretendan desconocer lo establecido como precedente vinculante por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional”.

Debido a que la distinción clara supone una novedad en nuestra legislación, la última parte del art. 581 ACPC dispone que el pedido de una cautelar, en lugar de una anticipada, y viceversa, no puede dar lugar a su negativa, sino que el Juez deberá adecuarla y el darle trámite que corresponde.

Finalmente, el art. 584 ACPC establecen los límites aplicables a las técnicas procesales, en donde destaca la irreversibilidad que, junto con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, consideramos como uno de los elementos de juicio que debe tener el Juez que dicta una cautelar o anticipatoria. En todo caso, la falta de reconocimiento de estos principios en el texto legislativo no es impedimento para reclamar su aplicación, en la medida que, como indica la jurisprudencia del TC, se trata de principios transversales al Derecho.

Así podría decirse que el límite de irreversibilidad, y los otros dos límites que consagra el legislador, son manifestaciones del principio de razonabilidad. Así, se exige que la medida no afecte a terceros, ni que pretenda desvirtuar los efectos de otra cautelar, lo que resulta natural y adecuado con el objeto de aquellas técnicas cautelares.

V. A modo de conclusión

Las tutelas procesales son los fines o las funciones que se busca realizar de cara a la protección de los derechos. De modo que, algunas veces será necesario y justificado usar técnicas procesales cuyo fin sea asegurar la futura eficacia de los derechos (técnica cautelar) y en otras ocasiones se requerirá medidas que tenga por la función de satisfacer tales derechos mientras se transita la vía procesal (técnica anticipatoria).

Esta construcción tiene poco de teórico y más de práctico o real. Y es que es posible hallarla en nuestra actual legislación procesal civil y constitucional, que parecen asumir una filosofía muy distinta a la que inspira las ideas aquí desarrolladas. Más aún, ahora que se acerca un posible nuevo CPC (LGL\2015\1656), tales ideas servirán para aclarar el camino que subyace en su regulación.

En todo caso, esperamos que estas breves líneas sirvan como un mapa que permita determinar con facilidad el lugar que ocupan las técnicas cautelares y anticipatorias, así como las distintas funciones que cumplen, y los fundamentos que inspiran su existencia.

VI. Bibliografía

ARIANO, Eugenia (2003): Problemas del proceso civil. Lima: Jurista.

ARIANO, Eugenia (2014): Estudios sobre la tutela cautelar. Lima: Gaceta Jurídica.

BAPTISTA DA SILVA, Ovidio (1979): A ação cautelar inominada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense.

BAPTISTA DA SILVA, Ovidio (2000): Curso de processo civil, Vol. III, 3ª edición. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BAPTISTA DA SILVA, Ovidio (2004): Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense.

BARBOSA MOREIRA, José carlos (2004): "Tutela de urgência e efetividade do direito", en ídem, Temas de Direito Processual, Octava serie. São Paulo: Saraiva.

CALAMANDREI, Piero (2005): Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Lima: ARA.

CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryan (1983): El acceso a la justicia: movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General, traducción de Samuel Amaral. La Plata: Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata.

CARNELUTTI, Francesco (1971). Derecho y proceso, traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA.

CAVANI, Renzo (2013): "¿Veinte años no es nada? Tutela cautelar, anticipación de tutela y reforma del proceso civil en Brasil y un diagnóstico para el Perú", en Gaceta Civil & Proceso Civil, N° 3, Lima.

CENDON, Paolo (2012): Commentario al codice di procedura civile, arts. 163-322. Milano: Giuffrè.

CHIOVENDA, Giuseppe (1949): Ensayos de derecho procesal civil, Vol. III, traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA y Bosch.

COMOGLIO, Luigi Paolo (2016): La garantía constitucional de la acción en el proceso civil , traducción de César Moreno. Lima: Raguel.

DENTI, Vittorio (1971): Processo civile e giustizia sociale. Milano: Comunità.

DIDIER, Fredie (2013): Curso de direito processual civil 1, 15ª edición. Bahía: JusPodivm.

DIDIER, Fredie; SARNO BRAGA, Paula y DE OLIVEIRA, Rafael (2015): Curso de direito processual civil 2, 10ª edición. Bahía: JusPodivm.

DINAMARCO, Cândido Rangel (2010): Fundamentos do processo civil moderno I, 6ª edición. São Paulo: Malheiros.

DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto (1998): Tutela cautelar e tutela antecipada. Tutelas sumárias e de urgencia: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros.

DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto (2010): "Estabilización de la tutela anticipada", traducción de Renzo Cavani, en AAVV, Estudios de las medidas cautelares en el proceso civil – Tutela cautelar, anticipatoria y urgente. Lima: Gaceta Jurídica.

DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto (2010a): Efectividad del proceso y técnica procesal, traducción de Juan J. Monroy Palacios y Christian Delgado. Lima: Comunitas.

LACERDA, Galeno (2006): Teoria geral do processo. São Paulo: Forense.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2013): La tutela cautelar en el proceso civil. Lima: Gaceta Jurídica.

MARINONI, Luiz Guilherme (2009): Antecipação de tutela, 11ª edición. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARINONI, Luiz Guilherme, CRUZ ARENHART, Sérgio y MITIDIERO, Daniel (2015a, 2015b

y 2015c): Curso de proceso civil, Vols. 1, 2 y 3, respectivamente. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MITIDIERO, Daniel (2013): Anticipación de tutela: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria, traducción de Renzo Cavani. Madrid: Marcial Pons.

MONROY GÁLVEZ, Juan (1987): Temas de proceso civil. Lima: Studium.

MONROY GÁLVEZ, Juan (2009): "La reforma del proceso civil peruano -quince años después", estudio preliminar del Código Procesal Civil. Lima: Communitas.

MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan J. (2004): "Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales", en Monroy Palacios, La tutela procesal de los derechos. Lima: Palestra.

MONROY PALACIOS, Juan J. (2002): Bases para la formación de una teoría cautelar. Lima: Comunidad.

MONROY PALACIOS, Juan J. (2009): "Las relaciones entre fumus boni iuris y periculum in mora ¿interdependencia o subordinación", en Revista Peruana de Derecho Procesal, Nº 13, Lima.

PICARDI, Nicola (2009): La jurisdicción en el alba del tercer milenio, traducción de Juan J. Monroy Palacios. Lima: Communitas.

PRIORI, Giovanni (2006): La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental. Lima: ARA.

PRIORI, Giovanni (2011): "El peligro en la demora como elemento que distingue la satisfacción", en AAVV, Seminario Internacional de Proceso y Constitución, PUCP, Lima.

PROTO PISANI, Andrea (2014): La tutela jurisdiccional diferenciada, traducción de Giovanni Priori. Lima: Palestra.

PROTO PISANI, Andrea (2018): Lecciones de derecho procesal civil, traducción de Mayté Pamela Chumberiza Túpac-Yupanqui. Lima: Palestra.

RAMOS ROMEAU, Francisco (2006): "¿Reduce realmente la ejecución provisional la interposición de recursos injustificados?", en Indret: revista para el análisis del derecho, Nº 4/2006, Barcelona.

WATANABE, Kazuo (2005): Da cognição no processo civil, 3ª edición. São Paulo: Perfil.

1 .Si bien aún está pendiente de que el Poder Ejecutivo dé el visto bueno y publique las modificaciones aprobadas por el parlamento, asumimos que es inevitable su entrada en vigor como nuevo régimen jurídico.

2 .CALAMANDREI, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Lima: ARA, 2005, p. 53 y ss.

3 .CARNELUTTI, Francesco. Derecho y proceso. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971, pp. 421-422.

4 .DENTI, Vittorio. Processo civile e giustizia sociale. Milano: Comunità, 1971, pp. 13 y ss.

5 .CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryan. El acceso a la justicia: movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General. Traducción de Samuel Amaral. La Plata: Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, 1983, pp. 23 y ss.

6 .COMOGLIO, Luigi Paolo. La garantía constitucional de la acción en el proceso civil. Traducción de César Moreno. Lima: Raguel, 2016, pp. 128 y ss.

7 .LACERDA, Galeno. Teoria geral do processo. São Paulo: Forense, 2006, p. 19.

8 .También existe una práctica razonable que permite a los Jueces entender que puede dictar cautelares de anotación de demanda, incluso sin contar con fumus, pues es trata de una injerencia menor en los derechos del demandado, ya que tal medida solo da publicidad a la controversia que existe sobre cierto bien (art. 637CPC (LGL\2015\1656)).

9 .CARPI, Federico. La provvisoria esecutorietà della sentenza. Milano: Giuffrè, 1979, p. 18.

10 .PRIETO-CASTRO, Leonardo. Trabajos y orientaciones de derecho procesal civil. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964, p. 517.

11 .Debemos tener cuidado de no tergiversar lo señalado, pues, a partir de lo arriba señalado, algunos autores sostienen que el propósito de la actuación inmediata es desincentivar el uso de recursos meramente dilatorios. A su juicio, como ya se satisfizo el derecho del demandante, los demandados tienen pocos incentivos para prolongar su derrota. Al respecto, el estudio estadístico de Ramos Romeu acredita que -al menos en España- la existencia de la ejecución provisional no desincentivó nada las impugnaciones contra las sentencias. Por eso concluye que: "... el recurso es el único mecanismo que tiene en sus manos un demandado para minimizar el revés que ha sufrido por la sentencia dictada. Basta con que la probabilidad de que prospere el recurso sea muy pequeña para que el recurso sea rentable. Ello responde a una observación frecuente entre la doctrina y abogados: cuando el legislador prevé recursos, el litigante los utiliza hasta donde se le permita". RAMOS ROMEAU, Francisco. ¿Reduce realmente la ejecución provisional la interposición de recursos injustificados?. Indret: revista para el análisis del derecho, Nº 4/2006, Barcelona, 2006, p. 26.

12 .DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno I. 6ª edición. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 771 y ss.

13 .ARIANO, Eugenia. Problemas del proceso civil. Lima: Jurista, 2003, pp. 683-684.

14 .CAVANI, Renzo. ¿Veinte años no es nada? Tutela cautelar, anticipación de tutela y reforma del proceso civil en Brasil y un diagnóstico para el Perú". Gaceta Civil & Proceso Civil, Nº 3, Lima, 2013, pp. 267-268.

15 .MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan J. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. En Monroy Palacios: La tutela procesal de los derechos. Lima: Palestra, 2004, pp. 85-86.

16 .DOS SANTOS BEDAQUE, José Roberto. Tutela cautelar e tutela anticipada. Tutelas



sumárias e de urgencia: tentativa de sistematização. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 342 y ss.

17 .MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de tutela. 11ª edición. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 315.

18 .En sentido similar se expresa Mitidiero en el siguiente apartado: "El derecho a la satisfacción del derecho es el derecho a su realización concreta. Nada tiene que ver con la formación de la cosa juzgada sobre la decisión que le reconoce. Satisfacer el derecho no es declararlo definitivamente existente. Apenas quien parte de una comprensión puramente procesal de las relaciones entre derecho y proceso puede suponer que el derecho a la satisfacción del derecho equivale a la formación de la cosa juzgada. Quien consigue ver el proceso bajo el ángulo de visión externo -ligada a la tutela del derecho no simplemente a las abstractas categorías procesales- percibe fácilmente que semejante comprensión no pasa de una visión eclipsada de la realidad". MITIDIERO, Daniel. Anticipación de tutela: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria. Traducción de Renzo Cavani. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 53-54.