

TUTELA DE URGENCIA Y
CONTRADICTORIO
Déficits, mecanismos de igualación
y la posición del demandado

Daniel Colnago Rodrigues

TUTELA DE URGENCIA Y CONTRADICTORIO

Déficits, mecanismos de igualación
y la posición del demandado

Traducción
Christian Delgado Suárez

PALESTRA EDITORES
Lima — 2026

345.7

C71

Colnago Rodrigues, Daniel
Tutela de urgencia y contradictorio. Déficits, mecanismos de igualación y la posición del demandado / Daniel Colnago Rodrigues; traducción, Christian Delgado Suárez; 1.^a ed. – Lima: Palestra Editores; 2026.
636 pp.; 14.5 x 20.5 cm. (Colección Proceso, Derecho y Sociedad, n.^o 21)
D. L.: 2026-00188
ISBN: 978-612-325-647-0
1. Derecho procesal civil; 2. Medidas cautelares (Procedimiento civil); 3. Tutela jurisdiccional; 4. Jurisprudencia; 5. Tutela.

N.^o 21

COLECCIÓN

Proceso, Derecho y Sociedad

Directores:

Luiz Guilherme Marinoni
Giovanni Priori Posada

Coordinador:

Christian Delgado Suárez

Tutela de urgencia y contradictorio

Déficits, mecanismos de igualación y la posición del demandado

Daniel Colnago Rodrigues

Primera edición, enero de 2026

*Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra
sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.*

© Copyright 2026: DANIEL COLNAGO RODRIGUES

© Copyright 2026: PALESTRA EDITORES S. A. C.

Plaza de la Bandera 125, Pueblo Libre, Lima, Perú

Telf. (+ 511) 6378902 / 6378903

palestra@palestraeditores.com

www.palestraeditores.com

© Copyright de la traducción: Christian Delgado Suárez

Impresión y encuadernación: TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156, LIMA 5, PERÚ

ENERO, 2026

CUIDADO DE ESTILO Y EDICIÓN:

DIAGRAMACIÓN: ENRIQUE TOLEDO NAVARRO

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.^o 2026-00188

ISBN: 978-612-325-647-0

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en Perú | Printed in Perú

Contenido

Introducción	7
1. Problemática y delimitación del tema.....	7
2. Justificación de la elección y originalidad de la tesis.....	13
3. Metodología, objetivos y estructura del trabajo	17
Parte I	
Tutela de urgencia y contradicción: premisas, panorama del problema y proyecciones iniciales.....	21
1. Bases conceptuales y epistemológicas	21
1.1. Todavía y siempre el contradictorio.....	21
1.1.1. Debido proceso legal y derecho fundamental al proceso.....	21
1.1.2. El contradictorio como elemento esencial del debido proceso legal.....	26
1.1.3. Contenido actual del contradictorio: el poder de influencia	30
1.1.4. Modulaciones del contradictorio	37
1.1.5. Contradictorio y medidas cautelares: primera aproximación	66
1.1.6. La «patología de la tutela de urgencia», la prodigalidad en la concesión de medidas cautelares y el contradictorio: algunos factores históricos.....	74
1.2. Igualdad procesal y la necesaria lucha contra la «tutela de urgencia del demandante».....	81
1.2.1. Aspectos introductorios y conceptuales.....	81

1.2.2. Igualdad procesal y contradictorio	82
1.2.3. Tutela provisional y desequilibrio procesal.....	86
1.2.4. Proceso civil del demandante y «tutela de urgencia del demandante»	89
2. Tutela de urgencia y contradictorio: deficiencias y propuestas iniciales	93
2.1. Tutela urgente <i>inaudita altera parte</i> y el problema del contradictorio diferido.....	93
2.1.1. El <i>quid</i> de la cuestión.....	93
2.1.2. La concesión <i>inaudita altera parte</i> y la calidad del contradictorio diferido.....	94
2.1.3. Breves conclusiones parciales.....	123
2.2. Propuestas y acuerdos preliminares sobre el tema	126
2.2.1. Tutela de urgencia y tutela de emergencia: la correcta calificación de la medida <i>inaudita altera parte</i>	126
2.2.2. La «urgencia imperiosa» como requisito para la concesión de la medida cautelar	129
2.2.3. Aportación jurisprudencial.....	131
2.2.4. Solicitud de tutela urgente y postura del demandante: la fabricación del <i>periculum in mora</i>	135
2.2.5. Sobre la decisión que aplaza el análisis de la solicitud de medida cautelar urgente	139
2.2.6. Solicitud de tutela urgente <i>inaudita altera parte</i> en el curso del procedimiento	142
2.3. Procedimientos y reducción de déficits: primeras incursiones	143
2.3.1. Nota inicial	143
2.3.2. Contradictorio, medida cautelar y el procedimiento especial para el ejercicio del derecho de réplica	143
2.3.3. El contradictorio en el ámbito de la indisponibilidad de activos financieros	148
2.3.4. Flexibilidad procesal e importación de técnicas procesales en beneficio del contradictorio.....	160
2.3.5. El incidente de oposición a las medidas cautelares en el proceso civil español.....	166
3. Déficits del contradictorio y algunas soluciones casuísticas	169

3.1. Tutela urgente previa y contradicción	169
3.1.1. Tutela anticipada previa y procedimiento	169
3.1.2. Tutela cautelar anticipada	184
3.1.3. Tutelas de urgencia previas en el derecho extranjero	193
3.2. Tutela de urgencia recursal y contradictorio	227
3.2.1. Generalidades	227
3.2.2. Déficits del contradictorio en la dinámica de la tutela de urgencia recursal	233
3.3. Tutela de urgencia, contradicción y arbitraje.....	249
3.3.1. Arbitraje y tutela de urgencia.....	249
3.3.2. Tutela de urgencia prearbitral y contradiccionaria	252
3.3.3. El procedimiento arbitral de emergencia	261
3.3.4. Continúa: arbitraje de emergencia, medida urgente <i>inaudita altera parte</i> y el contradictorio	268
3.3.5. La temática en la Ley de Arbitraje Voluntario portuguésa y en la Ley Modelo de la CNUDMI.....	272
3.3.6. Nota final.....	277
3.4. Las medidas cautelares urgentes en el ámbito de la violencia doméstica y el principio de contradicción	279
3.4.1. Generalidades	279
3.4.2. Naturaleza de las medidas de protección de urgencia y procedimiento	282
3.4.3. Requisitos para la concesión de la medida cautelar urgente	288
3.4.4. Estándares probatorios para la concesión de la medida protectora de urgencia.....	290
3.4.5. Medida cautelar, concesión preliminar y contradicción: notas conclusivas	297

Parte II

Repensar el sistema de equilibrio de los déficits contradictorios en las tutelas de urgencia: perspectiva del demandado	303
4. Reglas de mitigación y compensación de las deficiencias del contradictorio	303
4.1. Tutela sumaria urgente irreversible: problemas y posibles soluciones	303
4.1.1. Nota previa	303

4.1.2. La prohibición de la tutela sumaria irreversible: panorama inicial	303
4.1.3. Irreversibilidad y satisfactividad	309
4.1.4. Aporte jurisprudencial	311
4.1.5. La relativización de la norma prevista en el § 3 del art. 300 del CPC.....	321
4.1.6. Medidas urgentes irreversibles concedidas de forma preliminar.....	328
4.1.7. Inexistencia de un procedimiento adecuado para solicitudes urgentes irreversibles.....	335
4.1.8. Sigue: el caso de la medida cautelar que autoriza la transfusión de sangre contra la voluntad del paciente	336
4.1.9. La insuficiencia de la tesis de la irreversibilidad recíproca para eliminar el contradictorio	340
4.1.10. Limitación de la restitución al estado anterior: tipo de irreversibilidad jurídica	345
4.1.11. El difícil equilibrio entre urgencia e irreversibilidad: aportes de la doctrina portuguesa.....	348
4.1.12. Medidas autosatisfactivas en el derecho argentino	353
4.2. Revocación y modificación de la tutela de urgencia.....	367
4.2.1. Conceptos iniciales	367
4.2.2. Modificación, revocación y preclusión en el ámbito de las decisiones sobre medidas cautelares.....	369
4.2.3. Déficit de contradicción y reducción de la estabilidad.....	376
4.2.4. Necesidad de revisar la decisión concedida a lo largo del procedimiento.....	385
4.2.5. Seguimiento judicial de la presencia del <i>fumus boni iuris</i> y del <i>periculum in mora</i> : contribución de la psicología cognitiva.....	387
4.2.6. Sigue: heurística y sesgos cognitivos en la concesión de la tutela de urgencia <i>inaudita altera parte</i>	393
4.2.7. Revocación de la tutela de urgencia y retorno inmediato al <i>statu quo ante</i>	396
4.3. Responsabilidad por la revocación de la tutela urgente	401

4.3.1. La responsabilidad por la revocación en el marco de los mecanismos de igualación de los déficits de contradicción	401
4.3.2. La naturaleza objetiva de la responsabilidad: origen en el derecho alemán.....	403
4.3.3. El tema en el derecho brasileño	408
4.3.4. Hipótesis de responsabilidad por la revocación de la tutela urgente	417
4.3.5. Deber de reparación íntegra de los daños.....	423
4.3.6. Liquidación y ejecución «facilitadas» como mecanismo de compensación.....	434
5. Tutela de urgencia e instrumentos de equilibrio de los déficits de contradicción	442
5.1. La caución como contracautela	442
5.1.1. Concepto y función de la contracautela	442
5.1.2. Algunas notas históricas relevantes.....	449
5.1.3. El problema de la discrecionalidad y la facultatividad en cuanto a la exigencia de la fianza	453
5.1.4. Sigue: la discrecionalidad de la contracautela en el derecho extranjero	464
5.1.5. La imposibilidad de compensar los presupuestos de la medida cautelar con la caución	469
5.1.6. Modalidades y cuantía de la caución.....	472
5.1.7. Caución en el ámbito de las medidas cautelares y caución en la ejecución provisional.....	484
5.1.8. La caución en el derecho tributario: peculiaridades.....	490
5.1.9. Caución y suspensión del protesto: un caso de obligatoriedad	498
5.1.10. El ejemplo de la Ley de Arrendamientos	503
5.1.11. Sobre la fianza sustitutiva.....	511
5.1.12. La caución en la <i>Ley de Enjuiciamiento Civil</i> española: ¿una buena opción?.....	519
5.1.13. Notas finales y conclusión parcial: la obligatoriedad de exigir una caución como mecanismo de reducción de los déficits de contradicción en las tutelas de urgencia	524

5.2. Audiencia de justificación previa y participación del demandado.....	529
5.2.1. Generalidades sobre el instituto	529
5.2.2. Antecedentes históricos de la justificación previa	531
5.2.3. Régimen jurídico de la audiencia de justificación previa.....	533
5.2.4. Justificación previa y contradicción desde la perspectiva del demandante	535
5.2.5. Reconsideración de la participación del demandado en la audiencia de justificación previa.....	537
5.2.6. La justificación previa como mecanismo de igualación de los déficits del contradictorio en el ámbito de las medidas cautelares.....	540
5.2.7. Sigue: por una participación plena del demandado en las audiencias de justificación.....	544
5.2.8. Notas conclusivas	550
5.3. La «carta de protección» (<i>schutzschrift</i>) del derecho alemán: ¿aplicación en Brasil?.....	552
5.3.1. Generalidades sobre las cartas de protección	552
5.3.2. El tema en la <i>Ley de Patentes</i> (<i>Ley 24/2015</i>) española	555
5.3.3. La polémica sobre los escritos preventivos en España antes de la <i>Ley de Patentes</i>	558
5.3.4. Sigue: propuesta de generalización de los escritos preventivos en España	561
5.3.5. El tema en el derecho portugués	562
5.3.6. El Reglamento 1.257/2012 del Parlamento Europeo y las cartas de protección	567
5.3.7. Conclusiones parciales	574
5.3.8. El tema en el derecho brasileño	576
5.3.9. Sigue: propuesta de <i>lege ferenda</i>	579
5.3.10. Medidas cautelares en el derecho argentino.....	583
5.3.11. ¿Medidas anticautelares en el derecho brasileño?	587
Conclusiones	607

INTRODUCCIÓN

1. PROBLEMÁTICA Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

La tutela de urgencia se inscribe en el marco de los instrumentos procesales destinados a resolver el problema del tiempo del proceso, entendido como el tiempo necesario para llegar a una respuesta jurisdiccional a la solicitud formulada por la parte¹. Se suele decir que el derecho a la tutela urgente, incluido el derecho al proveimiento *inaudita altera parte*, está garantizado por el propio derecho constitucional de acción, considerado como un derecho fundamental a una tutela jurisdiccional efectiva. Se afirma, con bastante seguridad, que un ordenamiento procesal solo puede considerarse completo —desde el punto de vista del respeto a la Constitución— si dispone de técnicas de anticipación de la tutela, a fin de evitar situaciones de peligro de daño y distribuir la carga del tiempo de tramitación procesal².

1 Salles, Carlos Alberto de. *Risco e processo: a tutela provisória de urgência no Código de Processo Civil brasileiro*. Tesis para el nombramiento como profesor titular (Departamento de Derecho Procesal). São Paulo: Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, 2024, p. 19.

2 Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. 1. São Paulo: RT, 2015, pp. 392-393;

Por otra parte, no se niega que la concesión de una medida basada en un conocimiento sumario, efectuada antes de que el magistrado esté en condiciones de decidir sobre la cuestión, implica una cierta restricción de los derechos de la parte que ha sufrido la medida. La tutela sumaria de urgencia, en particular, presenta un alto grado de peligro, ya que, al no basarse en un conocimiento profundo, sino únicamente en la probabilidad, tiene más posibilidades de ser revocada en el futuro, lo que supone una fuente de perjuicios injustos para el destinatario de la medida³. De ahí que la tutela de urgencia sea un instituto que convive en tensión constitucional: por un lado, desde la perspectiva del autor, la eficacia de la tutela jurisdiccional; por otro, desde el ángulo del demandado, el contradictorio y la defensa amplia. Las palabras de Calamandrei, en este punto, son elocuentes: «entre hacer pronto, pero mal, y hacerlo bien, pero tarde, las medidas cautelares [urgentes] tienen como objetivo principal hacer pronto, dejando que el problema del bien o del mal, es decir, de la justicia intrínseca de la medida, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en los plazos tranquilos del proceso ordinario»⁴.

Esto significa que la tutela de urgencia representa, en sí misma, un riesgo que debe ser considerado por el sistema, ya que puede, incluso ante un juicio de mera apariencia de derecho, afectar gravemente los intereses de la parte contra la que se dicta. La gravedad de invadir la esfera jurídica de alguien sin que exista una convicción profunda sobre el derecho discutido, dada la ausencia de pleno contradictorio y de amplia defensa por parte del demandado, exige el establecimiento de salvaguardias o contrapesos para

Bedaque, José Roberto dos Santos. *Tutela provisoria*. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 81.

³ Pisani, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5.^a ed. Nápoles: Jovene, 2006, p. 607.

⁴ Calamandrei, Piero. *Introduzione allo studio sistematico delle procedure cautelari*. Campinas: Servanda, 2000, pp. 39-40.

compensar la mayor posibilidad de error en la apreciación judicial⁵. Sucede que, en general, la doctrina enumera, como contrapesos a la concesión de la tutela de urgencia, únicamente la caución, la revocabilidad de la medida y la responsabilidad por la revocación de la tutela sumaria efectuada, señalando incluso la suficiencia de estos mecanismos⁶.

En la que se considera una de las obras más importantes del derecho procesal civil brasileño⁷, Cândido Dinamarco llega a afirmar que «las técnicas procesales de la cautela y la anticipación de la tutela incluyen un buen sistema de frenos y contrapesos de los riesgos, capaz de reducirlos a niveles aceptables y de ofrecer una compensación por los males eventualmente impuestos debido a la efectividad de las medidas cautelares»⁸. Según el profesor de la USP, el riesgo también se atenuaría mediante una menor inmunidad de las medidas urgentes frente a revisiones y posibles revocaciones. Como es natural en las resoluciones sumarias basadas en la urgencia, las medidas cautelares y anticipatorias no solo están siempre

-
- 5 Por todos, más recientemente: Salles, Carlos Alberto de. *Risco e processo: a tutela provisória de urgência no Código de Processo Civil brasileiro*. Tesis para el nombramiento como profesor titular (Departamento de Derecho Procesal). São Paulo: Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, 2024, pp. 247-248.
- 6 En Italia, del mismo modo, Proto Pisani ya afirmó que el instrumento de la fianza, coordinado con la responsabilidad por la revocación de la medida de urgencia, sería capaz de restablecer la igualdad entre las partes en el contexto de una tutela de urgencia (Pisani, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5.^a ed. Nápoles: Jovene, 2006, p. 608).
- 7 Estas son las palabras del propio autor de la obra: «De las ideas que lancé al mundo jurídico brasileño, las que tuvieron mayor repercusión fueron las desarrolladas en la tesis La *instrumentalidad del proceso*. Si no hubiera lanzado ninguna otra, solo estas bastarían para justificar mi paso por el proceso civil brasileño, tal fue la alegría que me proporcionó su amplia repercusión entre los procesalistas del país» (Dinamarco, Cândido Rangel. *Memórias de um processualista*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 76).
- 8 Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 309.

sujetas a revocación, con restitución de las partes y cosas al *statu quo ante*, sino que también hacen responsable al beneficiario de los daños que puedan causar. Además, con la concesión explícita de la responsabilidad civil, así como la facilitación de la vía para su ejecución (liquidación en los propios autos y ejecución facilitada), la ley quiso reducir los posibles efectos perjudiciales de las medidas urgentes o, cuando fuera posible, eliminarlos por completo, recurriendo así a un *poderoso instrumento de contrapeso*, que son las fianzas. Sin perjuicio de ello, y siempre dentro de la idea de «frenos y contrapesos de los riesgos», Dinamarco considera que sería deber del juez, en las situaciones más angustiosas para decidir si conceder o denegar una tutela de urgencia, hacer mentalmente un *juicio de del mal mayor*, a fin de sopesar los males que soportaría el autor en caso de denegación, así como los que recaerían sobre el demandado, si se concediera la medida⁹.

En otro texto, enfrentándose al mismo dilema del riesgo de error judicial ante la necesidad de conceder una tutela sumaria urgente, y mostrándose igualmente seguro de las ideas expuestas anteriormente, Cândido Dinamarco concluye que «el sistema ofrece vías de salida, al dejar las medidas urgentes bajo el régimen de plena revocabilidad, al vetar las medidas que tienen efectos irreversibles, al autorizar la exigencia de fianzas como contragarantía y, finalmente, al dictar la responsabilidad del beneficiario por los daños injustamente causados al adversario». En ello residiría, según el procesalista, «el equilibrado encadenamiento sistemático entre certezas, probabilidades y riesgos, con la oferta de mecanismos idóneos para corregir los males de eventuales errores o injusticias»¹⁰.

El objetivo del presente trabajo es investigar si, de hecho, existe un equilibrio real entre certezas, posibilidades y riesgos, y si el sistema ofrece realmente mecanismos idóneos y suficientes

9 Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 310-312.

10 Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 28.

para compensar las deficiencias del contradictorio existentes en el ámbito de las tutelas de urgencia. Partiendo de estas premisas, se plantea como hipótesis general de investigación la existencia de déficits significativos de contradicción en el ámbito de las tutelas de urgencia, ya sea en la estructura normativa de los procedimientos y mecanismos de igualación relacionados con el tema, ya sea en la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia acaban haciendo sobre los institutos correlatos. Sin embargo, el estudio no se limita a la verificación de estos déficits. Una vez confirmada la hipótesis de trabajo, el trabajo avanza para proponer soluciones interpretativas y, cuando pertinente, propuestas *de lege ferenda* destinadas a igualar las fallas isonómicas percibidas en este ámbito. El objetivo es maximizar la protección del contradictorio en el ámbito de las medidas cautelares, especialmente cuando se conceden de manera preliminar.

Es cierto que, en parte, la propia ley asume la tarea de neutralizar los posibles desequilibrios antiisonómicos entre las partes en el proceso. En el ámbito de las tutelas de urgencia, esto se hace, con razón, mediante disposiciones como la posibilidad de exigir una contraprestación, la revocabilidad de la medida, la responsabilidad civil del beneficiario de la tutela revocada, entre otras. Sin embargo, para que estos mecanismos cumplan eficazmente su función, se necesita algo más. De nada sirve que el legislador establezca la prestación de una fianza como mecanismo compensatorio de las desigualdades si la discrecionalidad en su exigencia limita la aplicación de la garantía. Del mismo modo, se reduce el beneficio de mecanismos como la audiencia de justificación previa si la doctrina y la jurisprudencia menosprecian y acosan el instituto, con interpretaciones que menoscaban su eficacia. Además, se pueden concebir para el sistema otros mecanismos de igualación de las posiciones procesales, tan eficaces o más que los tradicionales, como las cartas de protección.

En esta tesis, hemos optado por enfatizar el debate sobre las deficiencias del contradictorio en el ámbito más estricto de las

medidas cautelares urgentes, y no tratar el tema de manera más genérica en el ámbito de todas las medidas cautelares diferenciadas. Como es sabido, por *tutela diferenciada* se entiende aquella que se contrapone a la obtenida por el procedimiento ordinario, considerado el paradigma de las formas procesales de los últimos tiempos, por permitir la solución de los conflictos de manera segura, rodeando el ejercicio de la función jurisdiccional de plenas garantías, culminando así en una sentencia de mérito, apta para tener fuerza de cosa juzgada¹¹.

Es que, para nosotros, el mayor problema sigue estando en el ámbito de la urgencia, donde las deficiencias del contradictorio se hacen más patentes, como se observa en la concesión de una medida urgente *inaudita altera parte*. Por mucho que el párrafo único del art. 311 del CPC haya previsto la posibilidad de conceder medidas cautelares también en algunos casos de tutela provisional de pruebas, y que el STF haya declarado la constitucionalidad de la disposición¹², nos parece totalmente erróneo admitir que una medida judicial drástica e invasiva, como es la tutela anticipada, pueda ser concedida sin audiencia previa del demandado, cuando no existe una situación de urgencia que justifique la supresión del contradictorio. De ahí que, en relación con el contradictorio en el contexto de las tutelas de prueba, gran parte de los problemas se resolverían con la prohibición, de plano, de la concesión *inaudita altera parte*. Más aún, la práctica forense cotidiana revela que, aún hoy, proliferan las solicitudes de medidas cautelares basadas en situaciones de riesgo de daño, siendo este el escenario más común en materia de tutela provisional y el único, en teoría, que permite mitigar el contradictorio previo mediante una decisión judicial de eficacia ejecutiva inmediata.

11 Grinover, Ada Pellegrini. Tutela jurisdiccional diferenciada: a antecipacao e a sua estabilizacao. En: Marinoni, Luiz Guilherme (coord.), *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 214.

12 STF, ADI 5.492, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 25.04.2023.

En definitiva, estas son algunas de las preguntas que se responderán en la tesis: desde la perspectiva del demandado, sujeto pasivo de medidas sumarias de urgencia, ¿está realmente garantizado el derecho al contradictorio? En particular, en el ámbito de las decisiones preliminares (*inaudita altera parte*), ¿el contraencuentro diferido que se ejerce resulta eficaz, hasta el punto de respetar la isonomía procesal y, por lo tanto, concretar la noción de debido proceso legal? Reconociendo la baja calidad del contraencuentro diferido, ¿contempla el derecho brasileño mecanismos suficientes para mitigar el problema? ¿Existe en el proceso civil brasileño un sistema bien estructurado de controles y contrapesos para hacer frente a la concesión de medidas urgentes injustas? Si existe un sistema de equilibrio de riesgos, ¿hay margen de mejora para extraer de la legislación actual interpretaciones que mejoren la calidad del contradictorio? ¿Existen en el derecho extranjero otros mecanismos de igualación de los déficits de contradicción percibidos en el ámbito de las medidas urgentes, que podrían incorporarse al derecho brasileño?

2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS

Mucho se ha escrito sobre las relaciones entre la tutela de urgencia y el contradictorio, lo que dificulta la tarea de extraer enfoques nuevos que alcancen el nivel de contribución original a la ciencia del proceso.

Obviamente, no hay nada nuevo en la afirmación de que la tutela de urgencia es consecuencia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, y que el legislador no puede restringir indebidamente la concesión de medidas urgentes. Tampoco reviste originalidad la idea de que, incluso si el juez concede la tutela urgente sin oír a la parte contraria, el contradictorio no se vulneraría en este caso, ya que podría ejercerse posteriormente, por lo que no quedaría eliminado. Tampoco es inédito el enfoque del tema

a la luz de la ponderación de valores, o bien de la proporcionalidad, de lo que se deduce que, en caso de conflicto entre certeza y rapidez, el contradictorio cedería momentáneamente el paso a la tutela jurisdiccional oportuna, adecuada y efectiva. En resumen, la doctrina y la jurisprudencia actuales defienden, con considerable seguridad, la tesis de la necesidad de mitigar el contradictorio en el contexto de las tutelas sumarias, en especial las basadas en la urgencia, con el fin de garantizar el derecho fundamental de acción. Esta posición se sustenta, en gran medida, en el argumento de que existe un sistema eficaz de equilibrio de los riesgos asumidos por la concesión de una medida sumaria, como ya se ha mencionado en el apartado anterior de esta *Introducción*.

Pero, ¿y si no es así? ¿Y si el sistema no cuenta con instrumentos verdaderamente idóneos para proteger al demandado en el contexto de las medidas cautelares? ¿Y si, tal y como se han interpretado y aplicado estos frenos y contrapesos, el contradictorio se encuentra deformado, macerado, es decir, en desacuerdo con el debido proceso legal? ¿Y si hubiera algo que pudiéramos hacer, desde una perspectiva dogmática, para rescatar la calidad del contradictorio diferido, cuya adopción, al parecer, se ha normalizado en el proceso civil brasileño?

La doctrina, en general, parece limitarse a estudiar los mecanismos de compensación de forma descriptiva, sin preocuparse por extraer de ellos una mayor eficacia en relación con la protección del contradictorio. Además, algunos de estos «frenos y contrapesos» no suelen merecer más que «media docena de páginas» de las obras que tratan el problema aquí discutido. Por último, parece inexistente, al menos en el derecho brasileño, un intento de sistematización más completa de cuáles serían las deficiencias existentes en el ámbito de las medidas cautelares y d y, en consecuencia, cuáles serían los mecanismos de igualación pertinentes para hacer frente a cada situación.

La elección del tema de investigación se basa, por lo tanto, en la necesidad de explorar con mayor profundidad cuáles son exactamente los problemas en torno al contradictorio en el ámbito de las tutelas urgentes y, posteriormente, cuáles son las formas de resolver estos obstáculos que ofrece la legislación. Esto se debe a que la noción actual de contradictorio, que incluye la posibilidad de influir efectivamente en la decisión judicial, así como la concepción adecuada de la isonomía procesal, que prohíbe la existencia de discriminaciones ilegítimas entre los sujetos del proceso, impiden, bajo pena de afrenta constitucional, que se impongan al acusado medidas fuertemente invasivas, a veces sin su debido conocimiento, de tal manera que, posteriormente, el sistema no garantice una protección efectiva contra una eventual revocación.

El tema es amplio y complejo, pero actual y relevante.

El contradictorio, como toda institución jurídica, puede analizarse desde una perspectiva estructural y funcional. Desde el punto de vista estructural, se han desarrollado significativamente los estudios sobre el contradictorio, lo que ha llevado a delimitar sus contornos. Es desde esta perspectiva que se representa el contradictorio mediante el trinomio «conocimiento», «posibilidad de reacción» y «poder de influencia». Sin embargo, menos explorado es el examen funcional del principio, que tiene en cuenta cómo se dan efectivamente la «ciencia», la «posibilidad de reacción» y el «poder de influencia» a lo largo del proceso. Dicho de otro modo, cómo funcionan, en el proceso, el ejercicio de la «ciencia», la «posibilidad de reacción» y el «poder de influencia».

Este modo de análisis cobra mayor relevancia cuando se tienen en cuenta los actos o las fases procesales. Partiendo de esta premisa, se constata que el funcionamiento del contradictorio puede estar condicionado por opciones legislativas que, a su vez, dan concreción a las normas constitucionales. De ahí que, en la actividad ejecutiva, por ejemplo, aunque estructuralmente el contradictorio esté conformado por el trinomio «conocimiento», «posibilidad de

reacción» y «poder de influencia», su funcionamiento es diferente al que, con la misma estructura, existe en la fase de conocimiento. Por opción legislativa y para dar concreción al principio constitucional de efectividad, en el cumplimiento de la sentencia, teniendo en cuenta la existencia de un derecho reconocido en una cognición judicial previa, el trinomio actúa considerando los actos ejecutivos que se llevarán a cabo (= ciencia/reacción/poder de influencia a partir del embargo, la tasación, la expropiación, etc.), quedando el ejercicio del derecho de defensa vinculado a determinadas materias. Lo mismo ocurre en el proceso de ejecución de títulos extrajudiciales, con la actuación del trinomio vinculada a los actos ejecutivos y la defensa remitida a un proceso incidental, que se inicia si y cuando se oponen embargos a la ejecución.

Sin embargo, existe un problema. A veces, la configuración del contradictorio no se deriva de opciones legislativas, o al menos de opciones que serían justificables, teniendo en cuenta el modelo constitucional del derecho procesal. Es decir, la configuración proviene de *la praxis* o de opciones, aunque se traduzcan en normas, que no encuentran amparo en el debido proceso legal. Y aquí es relevante examinar el contradictorio a partir de los actos procesales o de su funcionamiento en la aplicación de determinados institutos, ya que esta opción metodológica abre la vía a otra perspectiva, que conduce a la «calificación» del contradictorio, es decir, a la evaluación de la «calidad del contradictorio». En una pregunta: ¿en qué medida, ante un acto procesal o la aplicación de un instituto, incluso existiendo estructuralmente el contradictorio, habrá un funcionamiento efectivo de la «ciencia», de la «posibilidad de reacción» y, especialmente, del «poder de influencia»?

Este enfoque del contradictorio en la tutela de urgencia, desde la perspectiva del acusado, es innovador y muy útil. Y la constatación del significativo déficit de calidad del contradictorio tiene repercusiones que pueden detectarse, a modo de ejemplo, en los siguientes puntos: (i) necesidad de revisar y redefinir la defensa del

demandado, en la parte relativa al intento de demostrar el incumplimiento de los requisitos de la tutela provisional ya concedida; (ii) e , necesidad de revisar y revisar la cognición que debe realizar el juez de primera instancia que concedió la tutela provisional, tras la presentación de la defensa por parte del demandado; (iii) necesidad de revisar y revisar la cognición que debe ejercer el tribunal en el juicio del recurso de apelación interpuesto contra la decisión que concedió la tutela provisional (supresión de instancia y prejuzgamiento); (iv) necesidad de revisar y redefinir el sistema de preclusión de la decisión que concede la tutela provisional de forma preliminar o, en el curso del proceso, sin la previa manifestación del demandado.

El propósito de la tesis, en resumen, es ofrecer mayor claridad y amplitud sobre los déficits del contradictorio presentes en el ámbito de las medidas cautelares urgentes, con especial énfasis en las medidas concedidas *inaudita altera parte*, para, en un segundo momento, revisar los mecanismos de igualación de dichos déficits, incluyendo sugerencias *de lege lata* y *de lege ferenda* en pro del fortalecimiento del contradictorio en este ámbito procesal.

3. METODOLOGÍA, OBJETIVOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

En cuanto a los aspectos metodológicos, la investigación que se presenta es de tipo *multidisciplinar*, con énfasis en el derecho procesal civil. El trabajo pertenece al ámbito *jurídico-teórico*, ya que se basa en conceptos, interpretaciones, aplicaciones y reflexiones de institutos jurídicos. Además, se adopta una postura *jurídico-propositiva*, ya que se parte de la comprensión de los institutos para alcanzar el objetivo de proponer ciertos marcos interpretativos e incluso modificaciones legislativas. De acuerdo con las técnicas de análisis de contenido, se trata de una *investigación teórica*, de modo que el procedimiento adoptado para verificar los déficits de contradicción en las tutelas de urgencia, así como el estudio de los mecanismos de igualación de dichos déficits, consiste en

el análisis de textos doctrinales, nacionales y extranjeros, de la legislación pertinente y, en buena medida, de la jurisprudencia.

El objetivo central es responder a la pregunta que conforma la hipótesis central del trabajo, que consiste en examinar los déficits de contradicción presentes en el ámbito de las medidas cautelares, tanto en el aspecto normativo como en el interpretativo, seguido de un intento de sistematización de los mecanismos adecuados para igualar dichos déficits, siempre a la luz de la isonomía procesal y del concepto actual de contradicción, con especial atención a la capacidad de influencia sobre la decisión judicial.

Los objetivos específicos, por su parte, son: demostrar la configuración constitucional actual del contradictorio; relacionar el contradictorio y la igualdad procesal; investigar la calidad del contradictorio en el contexto de la medida *inaudita altera parte*; sugerir, de plano, formas de igualar los déficits en la concesión de medidas cautelares; analizar el ejercicio del contradictorio en las tutelas anteriores, en la tutela de urgencia recurrible, así como en el ámbito del arbitraje y de las medidas protectoras que involucran violencia familiar; explorar el instituto de la fianza, a fin de interpretarlo como un instrumento eficaz de contracautele; examinar críticamente los límites de la actuación del demandado en la audiencia de justificación previa; estudiar el problema de las tutelas sumarias irreversibles; abordar la cuestión de la revocabilidad y la responsabilidad civil en el ámbito de las tutelas urgentes, buscando mitigar los déficits mediante una interpretación adecuada de estos institutos; presentar el mecanismo de la carta de protección, adoptado en el derecho extranjero, y sugerir su adopción en el proceso civil brasileño como instrumento de igualación de los déficits de contradicción en la fase preliminar.

En un intento por cumplir con estos objetivos, el trabajo se divide en dos partes, la primera compuesta por tres capítulos y la segunda por dos capítulos. La primera parte trata sobre las bases conceptuales y epistemológicas de la tesis, centrándose en la definición del contenido actual de la garantía del contradictorio,

y dedicándose también a la investigación de los déficits del contradictorio en los diversos campos de actuación de las medidas cautelares urgentes. La segunda parte, por su parte, analiza en detalle los mecanismos de igualación de estos déficits, con temas específicos destinados a la reversibilidad de la provisión sumaria, la revocabilidad de la medida de urgencia, la responsabilidad civil por la revocación de la tutela, la caución, a la audiencia de justificación previa y, finalmente, a las cartas de protección del derecho alemán, momento en el que se hacen incursiones *de lege lata* y *de lege ferenda* sobre el tema.