

Coleção GRANDES TEMAS DO NOVO CPC

Coordenador geral: FREDIE DIDIER JR.

5

DIREITO PROBATÓRIO



COORDENADORES

Marco Félix Jobim
William Santos Ferreira

Gianvito Ardito
Gilberto Notário Ligerio
Guilherme de Paula Nascente Nunes
Gustavo Gonçalves Gomes
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Humberto Santarosa de Oliveira
Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.
João Batista Lopes
José Maria Tesheiner
Juliana Coelho Tavares da Silva
Júlio Cesar Goulart Lanes
Lenio Luiz Streck
Leonardo de Faria Schenk
Luiz Antonio Castro de Miranda Filho
Luiz Antonio Ferrari Neto
Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima
Marcelo Hugo da Rocha
Marcio Lamônica Bovino
Marco Aurélio Serau Junior
Marco Félix Jobim
Matias A. Sucunza
Maurício Ferreira Cunha
Maurício Martins Reis
Michele Taruffo
Mirna Cianci
Nathália Gonçalves de Macedo Carvalho
Rafael Corte Mello
Rennan Faria Krüger Thamay
Renzo Cavani
Rita Quartieri
Rodrigo Gomes de Mendonça Pinheiro
Rodrigo Ramos
Sidnei Amendoeira Jr.
Vitor de Paula Ramos
Wendel de Brito Lemos Teixeira
William Santos Ferreira

AUTORES

Adriana Aparecida Giosa Ligerio
Adriano Caldas
Ana Cândida Menezes Marcato
André Bruni Vieira Alves
Anna Paola de Souza Bonagura
Antonio Celso Baeta Minhoto
Arliete Inês Aurelli
Artur Thompsen Carpes
Bruna Braga da Silveira
Bruna Valentini Barbiero Rivaroli
Bruno Campos Silva
Carla Teresa Martins Romar
Cassio Scarpinella Bueno
Daiisson Flach
Daniel Colnago Rodrigues
Darci Guimarães Ribeiro
Eduardo Cambi
Elaine Harzheim Macedo
Elias Marques de Medeiros Neto
Fabiano Carvalho
Fabrício Costa Pozatti
Fernanda Tartuce
Francisco de Mesquita Laux
Francisco Verbic
Fredie Didier Jr.

 EDITORA
jusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

 Coletâneas
ANNEP

 COLETÂNEA
INTERNACIONAL

2015

Verosimilitud, probabilidad: ¿da lo mismo? Un diálogo con Piero Calamandrei, Michele Taruffo, Daisson Flach y Daniel Mitidiero

Renzo Cavani¹

SUMÁRIO: 1. INTRODUCCIÓN: UNA POLÉMICA QUE VA MÁS ALLÁ DE LA TERMINOLOGÍA; 2. PIERO CALAMANDREI Y «LO QUE NORMALMENTE ACONTECE». LA TRADUCCIÓN DEL NO POCO CÉLEBRE WAHRSCHEINLICHKEIT; 3. MICHELE TARUFFO, LOS ESTUDIOS SOBRE PRUEBA Y LA CRÍTICA A CALAMANDREI; 4. DAISSON FLACH: LOS JUICIOS DE VEROSIMILITUD COMO COMPONENTES DEL ANÁLISIS DE LA PROBABILIDAD Y UNA DEFENSA DEL VIEJO MAESTRO; 5. DANIEL MITIDIERO: PROBABILIDAD Y VEROSIMILITUD EN LA VALORACIÓN PROBATORIA PARA LA CONCESIÓN DE LA TÉCNICA ANTICIPATORIA MEDIANTE COGNICIÓN SUMARIA; 6. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA OPINIÓN RESPECTO DEL DEBATE; 7. BIBLIOGRAFÍA.

El presente ensayo busca, en primer lugar, exponer el debate sobre la asimilación del término «probabilidad» en la «verosimilitud», tal como propuso Piero Calamandrei en un texto clásico de 1955. Posteriormente, se analizará: la posición radicalmente divergente de Michele Taruffo, quien niega cualquier vinculación entre verosimilitud y probabilidad; el contra-argumento de Daisson Flach en defensa de Calamandrei, proponiendo una «multifuncionalidad» del concepto de verosimilitud; y la postura de Daniel Mitidiero, quien le da razón a Taruffo y contribuye con nuevos elementos para el debate, principalmente dando a la verosimilitud una dimensión específica en la valoración de la prueba en caso de la concesión de la técnica anticipatoria. Finalmente, el autor ofrece una reflexión crítica sobre este profundo y no menos importante debate.

1. INTRODUCCIÓN: UNA POLÉMICA QUE VA MÁS ALLÁ DE LA TERMINOLOGÍA

«Apariencia de buen derecho», «*fumus boni iuris*», «humo de buen derecho», «verosimilitud del derecho», «probabilidad del derecho». Todos ellos

-
1. Profesor de Derecho Procesal Civil en la Maestría con mención en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y en la Universidad San Ignacio de Loyola (USIL). Profesor invitado en la Universidad Continental (Huancayo). Magíster en Derecho por la *Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (UFRGS). Abogado por la Universidad de Lima (ULima). Miembro efectivo del *Instituto Brasileiro de Direito Processual* (IBDP). prof.renzo.cavani@gmail.com

son términos que no son ajenos al estudioso sobre tutela cautelar ni tampoco al mundo del foro. En el caso del Perú, son expresiones que sirven para identificar al primero de los requisitos para la concesión de una medida cautelar que, según el art. 611, inciso 1, se trata de «la verosimilitud del derecho invocado».

De ahí que la pregunta del título quizá parezca, a simple vista, una inquietud más propia de la academia que de la práctica. Se diría que, al final, «da lo mismo». Pero ello no es así: también un importante sector del mundo académico emplea ambos términos (*verosimilitud* y *probabilidad*) indistintamente, sin siquiera esclarecer porqué se usa uno u otro. Se sobreentiende, por tanto, que para ellos también «da lo mismo».

Pero, ¿será que ello es verdad? El propósito de este artículo es precisamente esclarecer este punto que, más allá de un tema meramente terminológico, tiene impactos decisivos en la práctica.

2. PIERO CALAMANDREI Y «LO QUE NORMALMENTE ACONTECE». LA TRADUCCIÓN DEL NO POCO CÉLEBRE WAHRSCHEINLICHKEIT

CALAMANDREI, en 1936, al escribir su clásico *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, tenía por preocupación principal, en primer lugar, demostrar porqué debía hablarse ya no de «azione cautelare» o «azione assicurativa» como lo hacía CHIOVENDA, sino de «provvedimento cautelare». Su intención con este cambio de terminología se dirigía a demostrar que, desde una perspectiva estructural, los proveimientos (o resoluciones) en materia cautelar eran de tipo *provisional*, mientras que los proveimientos de cognición y ejecutivos eran de tipo *definitivo*. Él fue el gran gestor, por tanto, del binomio *provisionalidad-cautelaridad*, donde todo lo provisional tenía naturaleza cautelar.²

-
2. Aquí, no obstante, es necesario indicar que no escapó a CALAMANDREI la existencia de los así llamados por él «proveimientos no cautelares no definitivos». La solución teórica que dio parte por entender por *provisionalidad* dos conceptos diferentes: por un lado, *provisionalidad* (que el maestro florentino equipara a *interinalità* o interinidad) es «aquello que está destinado a durar hasta que no sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad permanece en el *entretiempos*», mientras que *temporalidad* «es, simplemente, aquello que no dura para siempre, aquello que, independientemente de la superveniencia de otro evento, tiene por sí mismo duración limitada» (Piero CALAMANDREI. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, pp. 9 ss.). Pero CALAMANDREI apreció que este concepto de *provisionalidad-interinidad* abarcaba tanto a los proveimientos cautelares como al proveimiento que, por ejemplo, dictaba la ejecución provisional de la sentencia o la sentencia provisional de condena. Es así como CALAMANDREI realiza una ulterior diferencia: la provisionalidad de estos proveimientos no cautelares reside en el modo de formación del proveimiento, esto es, un proveimiento que nace sumario pero espera volverse definitivo (*ibídem*, p. 12); mientras que en los proveimientos cautelares, la provisionalidad se encuentra en el fin, el cual consiste en combatir un peligro de daño jurídico (*ibídem*, p. 13) y que, ulteriormente, se identificará en la *instrumentalidad* respecto a otro proveimiento (esta vez definitivo), al cual le sirve (*ibídem*, pp. 21 ss.).

Esta constatación es importante porque CALAMANDREI le dedicó apenas dos páginas a hablar sobre el hoy comúnmente llamado *fumus boni iuris* (sobre lo cual, por cierto, ya hablaba CHIOVENDA). Aquí CALAMANDREI realiza una identificación total y completa entre verosimilitud y probabilidad, como consta del siguiente pasaje:

Por lo que atañe a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en cualquier caso a un *juicio de probabilidad* y de *verosimilitud*. Declarar la existencia del derecho es una función del proveimiento principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho parezca verosímil, o sea, para decirlo mejor, basta que, según un cálculo de probabilidad, se puede prever que el proveimiento principal declarará un derecho en sentido favorable a aquel que requiere la medida cautelar.³

Así, un juicio de verosimilitud (requerido para la cognición en sede cautelar) consistiría apenas en un cálculo de qué tan probable sea que el derecho, ulteriormente, sea amparado en la sentencia definitiva de mérito (o, en términos de CALAMANDREI, el proveimiento principal).

Pasaron los años y nuestro autor decidió profundizar un tanto más en el aspecto que hoy nos interesa (ello tiene mucho sentido pues el texto de 1936 era ciertamente una *introducción*, una «lección de método»,⁴ aunque haya sido adoptado, por la doctrina, como la *ratio scripta* en materia de tutela cautelar). Así, llega 1955 –un año antes de su muerte– y CALAMANDREI escribe otro ensayo inmortal: *Verità e verosimiglianza nel processo civile*.

En este escrito, parte de la premisa de que todo juicio de verdad (o certeza jurídica, tal como equipara CALAMANDREI) es, en realidad, un juicio de *verosimilitud*, entendido este término como apariencia o ilusión de verdad.⁵ La constatación parte de la transcripción de una frase de Adolf WACH: «*Aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*». Es, por tanto, el término *Wahrscheinlichkeit* respecto del cual reside el problema aquí tratado, pues CALAMANDREI lo traduce como «*verosimiglianza*» o «*verosimilitud*», entendiéndolo, al inicio, como un grado más o menos aproximado a la verdad. Ello se constata, por ejemplo, cuando afirma que: «si el juicio se funda sobre una confesión que tiene toda la apariencia de ser verdadero, el margen de incerteza es menor que aquel que queda si el juicio se funda sobre simples presunciones».⁶

3. *Ibidem*, pp. 63-64.

4. Remo CAPONI. «Piero Calamandrei e la tutela cautelare». In *Rivista di diritto processuale*, p. 1251.

5. Cfr. Piero CALAMANDREI. «Verità e verosimiglianza nel processo civile». In *Rivista di diritto processuale*, p. 166.

6. *Ibidem*, p. 166.

Asimismo, más adelante vincula la suficiencia de un juicio de verosimilitud con la necesidad de emitir un proveimiento de carácter provisional y urgente, siendo posible que el juez funde su decisión en las así llamadas pruebas *leviores* o pruebas *prima facie*.⁷ En otras palabras, como dice CALAMANDREI, este juicio puede fundarse «sobre el pedestal poco resistente de una verdad, también esta interina [al igual que el proveimiento], la cual puede aparecer por una simple valoración de verosimilitud».⁸ Esto no quiere decir otra cosa, en mi criterio, que la verosimilitud, aquí, significaría un *análisis probatorio sumario para verificar la veracidad de las alegaciones de hecho*.

Pero el concepto de verosimilitud planteado por CALAMANDREI no se deja asir tan fácilmente, pues también es equiparado con las *máximas de experiencia*, o mejor, con el mecanismo lógico que se realiza para el empleo de las máximas de experiencia; esto es, que la afirmación sobre la posibilidad o imposibilidad de una alegación de hecho se realiza no precisamente por el conocimiento histórico directo que se tenga sobre la verdad o no de su producción (o no producción), sino por criterios de orden general, adquiridos con precedencia.⁹

Así, según CALAMANDREI:

Para decidir si un hecho es verosímil o inverosímil, recorreremos, sin necesidad de una investigación histórica directa sobre su concreta veracidad, a un criterio de orden general ya adquirido con precedencia mediante la observación del *quod plerumque accidit*: porque la experiencia que enseña que hechos de esa misma categoría ocurren normalmente en circunstancias similares a aquellos que se encuentran en el caso concreto, se deduce de esta experiencia que también el hecho en cuestión se presenta bajo la apariencia de ser verdadero; y viceversa se concluye que esto es inverosímil, cuando, aunque pudiendo ser verdadero, parece, sin embargo, en contraste con el criterio sugerido de la normalidad.¹⁰

Nótese aquí cómo es que CALAMANDREI ya no habla más de un análisis sumario de las pruebas, sino que relaciona la verosimilitud a un juicio que no está fundado en el caso concreto. Se trata, ahora, de una afirmación que trasciende a los hechos alegados y que su verosimilitud (aproximación a la verdad), en realidad, estaría determinado según el *quod plerumque accidit*, esto es, según lo que *normalmente* acontece. Sería esta normalidad, por tanto, lo que daría origen a la verosimilitud, y ya no precisamente un análisis sumario de los

7. *Ibidem*, p. 186.

8. *Ibidem*, p. 187.

9. *Ibidem*, p. 169.

10. *Ibidem*, pp. 169-170.

medios probatorios que, como es obvio, solo puede ser constatado en el caso concreto.

Y CALAMANDREI remata diciendo que «más arduo es establecer una precisa diferencia, que sea prácticamente utilizable en sede judicial, entre las nociones de *posibilidad*, *verosimilitud*, *probabilidad*. No es esta la sede para averiguar, a través de las etimologías y el uso de los buenos autores, la gradación [*sfumatura*] de significado que distinguen propiamente estas tres expresiones, frecuentemente utilizadas en el lenguaje común como sinónimos. *Posible* es aquello que puede ser verdadero; *verosímil* es aquello que tiene la apariencia de ser verdadero. *Probable* sería, etimológicamente, aquello que se puede probar como verdadero (...)»¹¹ siendo que quien dice que algo es probable se aproxima a quien dice que algo es verosímil, pues «comienza a admitir que existen argumentos para hacer pensar que a la apariencia corresponde la realidad».¹² Al final, CALAMANDREI afirma que se trata de gradaciones psicológicas que cada juez entiende a su modo.¹³

La pregunta que aquí queda puede ser la siguiente: el juicio que se dirige a afirmar *aquello que normalmente acontece* y el juicio que se dirige a afirmar la *mayor o menor correspondencia de un hecho concreto y específico con la realidad*, ¿son conceptos que significan lo mismo o, en todo caso, son equivalentes?¹⁴

11. *Ibidem*, pp. 170.

12. *Ibidem*, p. 171.

13. *Ibidem*, ídem.

14. La inmensa mayoría de la doctrina procesalista usa los términos verosimilitud y probabilidad como si fuesen intercambiables entre sí, por clara influencia de la exposición de CALAMANDREI. Cfr., por ejemplo, en lo tocante a la doctrina italiana, no realizan ninguna distinción entre ambas figuras: Andrea PROTO PISANI. «Appunti sulla tutela cautelare». In *Rivista di diritto civile*, pp. 127 ss. (hablando, especialmente, de la diferencia en términos de cognición entre la *tutela sommaria cautelare* y la *tutela sommaria non cautelare*); Andrea PROTO PISANI. *Lezioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., p. 657; Cécile CHAINAIS. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*, pp. 74 ss. (quien reconduce ambas figuras al *fumus boni iuris* y, posteriormente, prefiere hablar de «justificación *prima facie*»); Ferruccio TOMMASEO. *I provvedimenti d'urgenza*, pp. 164 ss.; Luigi MONTESANO. «Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare». In *Rivista di diritto processuale*, pp. 309-310. Por su parte, sí realiza la diferencia Antonio CARRATTA. *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, pp. 244 ss. La doctrina latinoamericana siguió la de cerca la lección del maestro florentino: cfr. Adolfo ALVARADO VELLOSO. *Lecciones de derecho procesal civil*, pp. 764-766; Enrique M. FALCÓN. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, tomo IV, pp. 108-111; Hugo ALSINA. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., V, p. 438. Ya la doctrina brasileña adquiere diferentes tintes. Siguen la propuesta de CALAMANDREI, entre otros: Athos GUSMÃO CARNEIRO. *Da antecipação da tutela*, 6ª ed., pp. 27-28; Cássio Scarpinella BUENO. *Tutela antecipada*, 2ª ed., pp. 38-39; Fredie DIDIER JR.; Paula Sarno BRAGA y Rafael OLIVEIRA. «Todavía sobre la distinción entre tutela anticipada y tutela cautelar». In Cavani, Renzo (coord.). *Estudios sobre las medidas cautelares*, pp. 343 ss.; João Batista LOPES. *Tutela antecipada*, 4ª ed., p. 95 (citando a MALATESTA, quien identifica ambos conceptos); José Roberto dos Santos BEDAQUE. «Estabilización de la tutela anticipada». In Cavani, Renzo (coord.). *Estudios sobre las medidas cautelares*, pp. 276 ss.; Ovídio BAPTISTA DA SILVA. *Curso de processo civil*, v. 3, 3ª ed., pp. 77-79 (también en *Do processo cautelar*, 3ª ed., pp. 76 ss.). Usando la expresión *fumus boni iuris*, pero analizando el tema de las liminares desde una perspectiva pragmática, cfr. Eduardo José da Fonseca COSTA. *O direito vivo das liminares*,

¿O es que son conceptos diferentes? Y si es que lo son, ¿no deberían acaso responder a *nomen* diferentes?

Estas preguntas permiten pasar, a continuación, a la exposición de las ideas de Michele TARUFFO, quien, poco menos que cuarenta años después del ensayo de CALAMANDREI, decidió enfrentar frontalmente este nada fácil tema.

3. MICHELE TARUFFO, LOS ESTUDIOS SOBRE PRUEBA Y LA CRÍTICA A CALAMANDREI

En 1992, Michele TARUFFO escribe una de sus obras cumbres: *La prova dei fatti giuridici - Nozioni generali*, en donde, en las primeras páginas, dedica su atención a analizar el problema de la verdad desde una perspectiva epistemológica, manifestando una opinión favorable en el sentido de que la búsqueda de la verdad en el proceso es teórica y prácticamente posible e ideológicamente oportuna.¹⁵

Un tema que está necesariamente conectado con el de la verdad y que pasa a abordar luego, son los conceptos de verosimilitud y probabilidad. Aquí es donde diverge radicalmente de CALAMANDREI, afirmando que habría incurrido en un equívoco terminológico y, además, conceptual.¹⁶ Se trata de la traducción del término alemán *Wahrscheinlichkeit* por «verosimilitud», cuando, en realidad, también tiene otro sentido: el de *probabilidad*. TARUFFO señala que existe una ambigüedad en la exposición de CALAMANDREI, puesto que él habla de verosimilitud para aludir a dos fenómenos diversos: (i) cualquier cosa que aparenta ser verdadero y (ii) a un grado no particularmente elevado de probabilidad, configurando una sustitución [*surrogato*] de la verdad.¹⁷

El punto central de la crítica reside en el hecho de que, para TARUFFO, la verosimilitud de una afirmación no puede ser reconducida a su probabilidad, ya que la primera «indica el grado de capacidad representativa de una descripción respecto a la realidad», existiendo un problema de «circularidad intrínseca del concepto de verosimilitud, porque bastaría conocer la realidad representada

pp. 39 ss. En nuestro país no ha sido diferente, pasando por alto reflexionar sobre aquellas categorías: cfr. Adolfo A. RIVAS. *Las medidas cautelares en el derecho peruano*, pp. 39-42; Eugenia ARIANO DEHO. «Situación cautelable, verosimilitud y “peligro en la demora”». In *Problemas del proceso civil*, pp. 663-664; Giovanni PRIORI POSADA. *La tutela cautelar*, pp. 72 ss.; Jorge CARRIÓN LUGO. *Tratado de derecho procesal civil*, vol. V, p. 239; Juan MONROY GÁLVEZ. «Introducción al estudio de la medida cautelar». In *Temas de proceso civil*, pp. 25-27; Juan José MONROY PALACIOS. *Bases para la formación de una teoría cautelar*, pp. 170-175; Marianella LEDESMA. *La tutela cautelar en el proceso civil*, pp. 171 ss.; Mariano PELÁEZ BARDALES. *El proceso cautelar*, 3ª ed., pp. 45-46; Martín HURTADO REYES. *Fundamentos de derecho procesal civil*, pp. 945-948-; Rolando MARTEL CHANG. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil*, pp. 82-84; Ulises YAYA ZUMAETA. *Las medidas cautelares en el derecho procesal civil peruano*, pp. 85-86.

15. Michele TARUFFO. *La prova dei fatti giuridici*, pp. 36 ss.

16. *Ibidem*, p. 159.

17. *Ibidem*, p. 160.

para establecer la verosimilitud de la representación, pero si se conoce la realidad ya no interesaría discutir si la representación es verosímil».¹⁸

Así, para TARUFFO, el juicio de verosimilitud consiste en una descripción sumada a una hipótesis sobre la eventualidad de que exista una realidad similar al objeto representado, siendo que dicha hipótesis suele estar fundada en una concepción de aquello que normalmente acontece. Por ello –dice nuestro autor– «el punto de referencia del juicio de verosimilitud puede no ser la realidad, sino una hipótesis que se formula en torno a ella y que se emplea como parámetro para valorar si una aserción es o no verosímil».¹⁹ En otras palabras, la verosimilitud no refleja una vinculación entre la representación de un enunciado frente a la realidad, sino se refiere a la «existencia de razones para pensar que la aserción sería verdadera».²⁰

Sobre la probabilidad, señala TARUFFO:

De un lado, todo aquello que atañe a la verdad o a la probabilidad de una proposición factual, o sea a su grado de fundabilidad, de credibilidad y de atendibilidad sobre la base de los elementos de prueba disponibles en un contexto dado, no tiene nada que ver con el concepto de verosimilitud. Los problemas relativos se enfrentan correctamente apenas en términos de teorías de la verdad o de teorías de la probabilidad, porque solo estas teorías pueden proporcionar las bases epistemológicas y los modelos racionales suficientes para analizar los fenómenos de la prueba y de la verificación del hecho. En este contexto el recurso a la idea de verosimilitud es inútil y dañoso: inútil porque no conviene llamar de verosimilitud a aquello que se define adecuadamente en términos de verdad/probabilidad; dañino porque el uso incorrecto del concepto de verosimilitud genera confusión insuperable.²¹

Verosimilitud y probabilidad no serían, por tanto, «gradaciones psicológicas» como afirmara CALAMANDREI, sino, por el contrario, conceptos auténticamente diversos.²²

No es posible dejar de mencionar que, para TARUFFO, el sustento de esta crítica emprendida contra CALAMANDREI reside en el entendimiento sobre la

18. *Ibidem*, p. 161. Inclusive Antonio CARRATTA. *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, pp. 250 ss., con amplia investigación de la doctrina alemana, confirma que en dicha experiencia, el término *überwiegende Wahrscheinlichkeit* es claramente entendido como *probabilidad* y no como *verosimilitud*, tanto en el *Arrest* (embargo cautelar) como en la *einstweilige Verfügungen* (*ibidem*, pp. 256-257), dando la razón, por tanto, a TARUFFO en su crítica contra CALAMANDREI (*ibidem*, p. 244, nota 154, de la p. 242).

19. Michele TARUFFO. *La prova dei fatti giuridici*, p. 161.

20. *Ibidem*, p. 162.

21. *Ibidem*, p. 163.

22. *Ibidem*, p. 160.

importancia de la búsqueda de la verdad en el proceso judicial y, por tanto, la función de la prueba. En efecto, según él, no puede invocarse la legalidad, corrección y justicia de una decisión «si es que no se reconoce a la verdad de los hechos como condición necesaria para la correcta aplicación de la norma»,²³ siendo necesario, por tanto, reconocer que «la función propia y exclusiva de la prueba es la de proporcionar elementos para la elección racional de la versión de los hechos que puede definirse como verdadera».²⁴

Años después, en 2009, TARUFFO vuelve a ofrecer una monografía sobre prueba, tan relevante como la anterior: *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*. Allí dedica algunas pocas páginas a la diferencia entre verosimilitud y probabilidad, insistiendo en su posición de que el concepto de verosimilitud no guarda relación con el de verdad.²⁵ E insiste colocando un ejemplo: si es que un profesor recibe a los alumnos por las mañanas, los miércoles, a las 10am, entonces es *verosímil* que también lo haya hecho el miércoles pasado y que también lo haga el próximo miércoles. Esto es, precisamente, el *id quod plerumque accidit*: aquello que normalmente acontece, dado que se tiene un *conocimiento preliminar sobre la normalidad* de la ocurrencia del evento respecto del cual se analiza la verosimilitud de un enunciado.²⁶

No obstante, en el ejemplo propuesto, bien puede ser que el profesor no haya estado a las 10am el miércoles pasado. En ese caso, el enunciado sería verosímil, pero falso. Inclusive un enunciado podría ser inverosímil, pero verdadero (que ese profesor haya estado el miércoles pasado a las 10am en una canoa en el Río Amazonas). Por ello –insiste TARUFFO– para determinar la veracidad o falsedad de un hecho, la verosimilitud o falta de verosimilitud son irrelevantes, ya que «solamente las pruebas pueden demostrar si aquello que parece verosímil es también verdadero, o si es falso, así como si aquello que parece inverosímil es también falso, o si es verdadero».²⁷

4. DAISSON FLACH: LOS JUICIOS DE VEROSIMILITUD COMO COMPONENTES DEL ANÁLISIS DE LA PROBABILIDAD Y UNA DEFENSA DEL VIEJO MAESTRO

Una obra de gran profundidad dedicada íntegramente al tema de la verosimilitud en el proceso apareció en 2009: se trata de *A verossimilhança*

23. *Ibidem*, p. 65. Esta vinculación entre decisión justa y verdad de los hechos fue resaltada en importantes trabajos posteriores de TARUFFO, cfr. «Idee per una teoria della giusta decisione». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile; Uma simples verdade*, pp. 140 ss.

24. Michele TARUFFO. *La prova dei fatti giuridici*, p. 159.

25. Michele TARUFFO. *Uma simples verdade*, pp. 111 ss.

26. *Ibidem*, p. 111.

27. *Ibidem*, p. 112.

no processo civil e sua aplicação prática, de autoría de DAISSON FLACH. En ella, evidentemente, el autor no se omitió de tomar partido en el vibrante debate entre CALAMANDREI y TARUFFO.

No obstante, resulta importante destacar, primigeniamente, que nuestro autor abraza como premisa de trabajo una filosofía práctica que privilegie, en el marco del proceso, la tópica y la retórica «en el ámbito de lo opinable, de lo verosímil, sin pretensión de una verdad absoluta, sino contingente y aproximativa»,²⁸ con claro apoyo en la *teoría consensual de la verdad* de HABERMAS, en donde la construcción de la verdad no depende apenas de un análisis factual, sino también de que las condiciones de una discusión libre y con igualdad de oportunidades sean satisfechas.

De allí que el autor visualice el proceso como «espacio y vehículo del embate dialéctico y de la definición de los criterios de solución de las contiendas con pretensión de corrección por la vía argumentativa»²⁹ y, además, que prefiera un *modelo clásico de la prueba*, esto es, una concepción de prueba como persuasión o argumento (y no como demostración), en donde prevalece la lógica de lo probable y de lo verosímil,³⁰ y en donde se busca «reivindicar la autoridad por la capacidad de convencimiento, de generación de consenso, busca adhesión por su razonabilidad, por su verosimilitud, y desafía una respuesta coherentemente colocada, discursiva y sistemáticamente».³¹

Estas premisas llevan a DAISSON FLACH a divergir de TARUFFO, concretamente sobre el punto en que afirmar la *total y radical* separación entre verosimilitud y probabilidad. Según el autor, «decir que algo es verosímil presupone algún saber sobre la realidad. De este modo, salvo acogiendo una concepción ontológica de la realidad, no es posible escapar a una vinculación entre lo verosímil y lo probable, entendido este último como el resultado de una depuración crítica de los conceptos a emplear».³² Afirma, además, que en caso de decisión con base en pruebas *leviores* (análisis sumario del material probatorio) es común recurrir a las máximas de experiencia para construir juicios de probabilidad; e, inclusive, faltando elementos probatorios conclusivos y para realizar conexiones entre los elementos probatorios adquiridos en el proceso, es la verosimilitud la que sustenta el juicio de probabilidad.

De ahí que FLACH concluya de la siguiente manera:

28. DAISSON FLACH. *A verossimilhança no processo civil*, p. 23.

29. *Ibidem*, p. 33.

30. *Ibidem*, p. 46.

31. *Ibidem*, p. 48.

32. *Ibidem*, p. 70.

La función pragmática del derecho exige del juez una aproximación adherente a lo “normal” como elemento de vinculación a la realidad. Ello implica un juicio de valor para que se dé preferencia, al menos tendencialmente, a la alegación verosímil (aunque potencialmente falsa), en detrimento de aquella que se muestre inverosímil (aunque potencialmente verdadera). Se trata, según fue evidenciado por Giuliani, de atribuir a la verosimilitud una función ética orientadora de la decisión en el dominio de lo probable, límite de la razón práctica.³³

La crítica, por tanto, a pesar de carecer de ejemplos que puedan ayudar a su comprensión, es clara: no puede haber una radical separación entre verosimilitud (lo que normalmente acontece) y probabilidad (grado de verdad de una alegación de hecho) porque en diversas circunstancias es el primer razonamiento el que sustenta el segundo. Los juicios de verosimilitud integrarían, por tanto, los juicios de probabilidad.

Se trata de una aproximación claramente *pragmática* a la noción de verosimilitud. No es casualidad que la premisa explicitada por FLACH haya sido la filosofía práctica, la cual, recayendo en la teoría del derecho, hace que la preocupación no resida en el esfuerzo por la construcción de un pensamiento sistemático del tratamiento de los conceptos («postulados racionalistas», contruidos con base en «premisas apodícticas»³⁴), lo cual le autoriza para continuar trabajando con una categoría de larga tradición doctrinaria y legislativa (como es el caso del CPC brasileño de 1973, vigente a la fecha), aun reconociendo su imprecisión conceptual y polisemia.

Así, según el autor, en la línea de CALAMANDREI, la verosimilitud posee una *multifuncionalidad*:³⁵ sirve para seleccionar los medios de prueba, controlando su admisibilidad (obstaculización de la actuación de los medios probatorios), relevancia (aptitud para que las alegaciones de hecho generen determinadas consecuencias jurídicas) y credibilidad (autorización de la actuación con base en la credibilidad de la alegación)³⁶ y para dinamizar la carga de la prueba.³⁷

Asimismo, la verosimilitud funcionaría, también, como modelo de constatación de los hechos de la causa, en donde aquella se muestra como un *standard* (frente al cual debe existir una adecuación de las premisas del silogismo empleado en la decisión judicial), orientando la actividad decisoria a fin de justificar la prestación de tutela, en este caso, una atenuación del módulo probatorio en función de la urgencia o de la distribución del tiempo

33. *Ibidem*, p. 73.

34. *Ibidem*, p. 21.

35. *Ibidem*, pp. 108 ss.

36. *Ibidem*, pp. 109-111.

37. *Ibidem*, pp. 112-114.

en el proceso por razones ajenas a la urgencia.³⁸ No obstante, FLACH niega que sea un *standard* autónomo; por el contrario, admite que sería un *standard* adherente al *standard probatorio que referencia para la concesión de la tutela final*, dependiendo del caso concreto.³⁹ O sea, primero habría que definir cuál *standard* correspondería al caso concreto para decidir el mérito (por ejemplo: «preponderancia de prueba», «prueba clara y convincente», «más allá de toda duda razonable», etc.) para luego determinar cuál sería el *standard* que se adecuaría a la verosimilitud, en caso de cognición sumaria.

Finalmente, a decir de Daisson FLACH, la verosimilitud viene a servir también como concepto integral de función decisoria, tomando –a diferencia del modelo de prueba moderno antes identificado y criticado por él– la cuestión de hecho y de derecho «como componentes de una unidad lógica que define su sentido y función».⁴⁰

5. DANIEL MITIDIERO: PROBABILIDAD Y VEROSIMILITUD EN LA VALORACIÓN PROBATORIA PARA LA CONCESIÓN DE LA TÉCNICA ANTICIPATORIA MEDIANTE COGNICIÓN SUMARIA

En una obra reciente,⁴¹ Daniel MITIDIERO atiza nuevamente el fuego del debate, defendiendo la crítica de TARUFFO (esto es: no hay ni puede haber confusión entre *verosimilitud* y *probabilidad*) y criticando expresamente la posición de CALAMANDREI y de Daisson FLACH. No obstante, para entender el pensamiento de este jurista, es necesario remitirnos, aunque sea brevemente, a la teorización que realiza sobre la tutela cautelar y la técnica anticipatoria.⁴²

MITIDIERO observa que tanto la tutela satisfactiva cuanto la tutela cautelar son resultados en el plano del derecho material, son *tutelas finales* aptas a generar definitividad,⁴³ siendo que la *técnica anticipatoria* es un *medio*, una herramienta

38. *Ibidem*, pp. 114-128. Al respecto, es importante resaltar que el CPC brasileño de 1973 (CPC-73), aún vigente, consagra, desde 1994, la así llamada *tutela da evidencia*, permitiendo la anticipación de tutela satisfactiva siempre que «quede caracterizado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado». Se trata de una clara influencia del *référé provision* francés. Cfr. Alessandro JOMMI. *Il référé provision - Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*; Caterina SILVESTRI. *Il référé nell'esperienza giuridica francese*.

39. *Ibidem*, pp. 120-121.

40. *Ibidem*, p. 131.

41. Se trata de *Antecipação da tutela - Da tutela cautelar à técnica antecipatória*, publicada em 2013 (2ª ed.: 2014). Por motivos de conveniencia, citaré la versión en castellano.

42. Para una exposición sobre la evolución de la materia en la experiencia brasileña, cfr. Renzo CAVANI. «¿Veinte años no es nada?». In *Gaceta Civil & Procesal Civil*, pp. 256 ss.

43. *Anticipación de tutela*, p. 42. Al respecto esta idea de que la tutela cautelar pueda generar la misma definitividad que la tutela satisfactiva, sujeta a idéntica modificación debido a la cláusula *rebus sic stantibus*, que puede aspirar a alcanzar la cosa juzgada ya que existe un *derecho material de cautela* que es

del proceso, para alcanzar esos resultados. «Anticipación de tutela», por tanto, es la propia técnica que, distribuyendo de forma isonómica la carga del tiempo en el proceso,⁴⁴ permite *anticipar* (*adelantar*), en un momento cronológico anterior, y mediante un módulo de cognición más bajo, la tutela requerida en el pedido inicial. Esto quiere decir, en primer lugar, que las decisiones liminares (estas sí son provisionales) provienen del uso de la técnica anticipatoria y, en segundo lugar, que la cognición sumaria reside no en la tutela cautelar sino, precisamente, en aquella técnica cognitiva empleada para la concesión de la *técnica anticipatoria*.⁴⁵

Respecto del punto específico, MITIDIERO se coloca en la línea de la crítica de TARUFFO, señalando que «la verosimilitud tiene como parámetro a la *normalidad*, a aquello que normalmente ocurre en *casos semejantes*, al paso que la probabilidad concierne a la correspondencia de determinada proposición con la *realidad*, con aquello que efectivamente ocurrió en *determinado caso*. El objeto de la verosimilitud es diverso del de la probabilidad». ⁴⁶ Asimismo, según nuestro autor, es correcto decir que el hecho de constatar si un enunciado es o no verosímil presupone saber algo sobre la realidad, pero ello «no significa necesariamente *saber algo sobre la alegación que se pretende probar*» ya que «*el conocimiento de la realidad histórica puede tener fuentes, objetos y suceder de formas diferentes*». ⁴⁷

Pero no todo acaba allí. Daniel MITIDIERO sostiene que es la probabilidad lógica («aquella que se apoya en la conexión lógica de las pruebas con las normas generales causales y mide inductivamente el grado de apoyo de las pruebas a las hipótesis formuladas»⁴⁸) la herramienta necesaria para la verificación de la *probabilidad* –y no de la *verosimilitud*–, lo cual implica, ciertamente, valorar *racionalmente* la prueba. Ello implica procedimientos lógicos de gran complejidad, tales como formular adecuadamente la hipótesis, individualizar analíticamente la prueba y confrontar la hipótesis y la prueba, a fin de que aquella sea

conocido mediante *cognición completa*, ya estaba presente en un trabajo anterior de MITIDIERO: «Tendências em matéria de tutela sumária». In *Revista de Processo* (trad. esp.: «Tendencias en materia de tutela sumaria»). In *Revista Jurídica del Perú*. Cfr., críticamente, Renzo CAVANI. «¿Veinte años no es nada?». In *Gaceta Civil & Procesal Civil*, pp. 264 ss.

44. Esta fue la función principal atribuida por Luiz Guilherme MARINONI a la tutela anticipada, en crítica directa y profunda a Ovídio BAPTISTA DA SILVA, quien entendía que tutela cautelar y anticipada (o anticipación de tutela) eran especies de un género mayor, cual es la tutela de urgencia, sin contar que también existe posibilidad obtener, anticipadamente, la tutela satisfactiva, por razones ajenas a la urgencia. Cfr. Luiz Guilherme MARINONI. *Antecipação da tutela*, 11ª ed., p. 23.
45. Daniel MITIDIERO. *Anticipación de tutela*, p. 49.
46. *Ibidem*, p. 88.
47. *Ibidem*, ídem.
48. *Ibidem*, p. 90.

confirmada y no refutada.⁴⁹ Es en este punto en donde, en opinión de MITIDIERO, entra a tallar la *verosimilitud*, siempre entendida ella como lo que normalmente acontece e intensamente vinculada con las *máximas de experiencia*. En efecto, la verosimilitud, junto con las pruebas ya individualizadas, es confrontada con la hipótesis antes formulada, a efectos de obtener el grado de confirmación de la hipótesis, el cual, ciertamente, será mayor si es que recibe un apoyo más sólido por las máximas de experiencia utilizadas en el raciocinio probatorio.⁵⁰

Así, para Daniel MITIDIERO, las expresiones legislativas que se remiten a la *verosimilitud* para la concesión de tutela cautelar (o, en el caso brasileño, de «tutela satisfactiva anticipada», así entendida la «anticipación de tutela» regulada en los aún vigentes arts. 273 y 461, CPC-73), se deben reconducir rigurosamente a la *probabilidad* (lógica), y no significan otra cosa que una autorización al «órgano jurisdiccional [para] decidir anticipar la tutela con base en un menor grado de probabilidad que aquel exigido para juzgar definitivamente el pedido formulado por la parte».⁵¹

Finalmente, remata diciendo que no basta la verosimilitud para la concesión de la anticipación de tutela (sea cautelar, sea satisfactiva) puesto que el análisis de lo que normalmente acontece no es suficiente para llegar al grado de corroboración de la hipótesis necesaria, o, mejor, al nivel de veracidad de las alegaciones de hecho requerida.⁵² Así, el hecho de permitir juicios de cognición sumaria (versiones unilaterales y cuadros probatorios incompletos) no implica que «el legislador haya renunciado a la confirmación –aunque en grado menor– de las alegaciones de la parte para la concesión de la tutela jurisdiccional».⁵³

6. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA OPINIÓN RESPECTO DEL DEBATE

Si este debate nos puede dejar una gran lección, esa es, precisamente, que el problema de la verosimilitud y la probabilidad va mucho más allá de tener un cariz meramente terminológico, entrando directamente al campo *conceptual*, tal como había advertido TARUFFO en su momento.

En mi opinión, la importancia de distinguir entre verosimilitud y probabilidad tal como proponen TARUFFO y MITIDIERO, está directamente vinculado con la importancia de la búsqueda de la verdad mediante racionalidad en la

49. Cfr. Jordi FERRER BELTRÁN. *La valoración racional de la prueba*, pp. 91 ss.; Marina GASCÓN ABELLÁN. *Los hechos en el derecho*, 3ª ed., pp. 140 ss. (textos con los que Daniel MITIDIERO trabaja intensamente).

50. Daniel MITIDIERO. *Anticipación de tutela*, pp. 92-93.

51. *Ibidem*, p. 93.

52. *Ibidem*, p. 94.

53. *Ibidem*, ídem.

verificación de las alegaciones de hecho. Esta preocupación es inexistente en CALAMANDREI y es relativizada, en gran medida, por Daisson FLACH.

El primero, cuando afirma que los juicios sobre verdad equivalen a juicios sobre verosimilitud (*rectius*: probabilidad), entiende que los enunciados que realiza el juez al decidir están envueltos en una certeza *subjetiva* que determina el máximo grado de verosimilitud posible⁵⁴ («certeza subjetiva» que, por tanto, dista mucho de la *objetividad* de la valoración de la prueba, *indispensable* realizar juicios de correspondencia lo más adecuados posible a la realidad) y, además, inclusive entendiendo la verosimilitud en su acepción de «aquello que normalmente acontece», acepta que en la formación del libre convencimiento del juez (lo cual, desde ya, genera nuevos problemas respecto de la controlabilidad intersubjetiva de la valoración probatoria y justificación de la premisa fáctica⁵⁵) la verosimilitud viene a ser un argumento *a posteriori* del cual el juez puede servirse para decidir. Ello ocurriría cuando la prueba es predominantemente testimonial, cuando existen indicios o cuando se trabaja con presunciones.⁵⁶

Ya en el caso de FLACH, el hecho de preferir un modelo de prueba como *argumento* o *persuasión* tampoco permite resaltar, de forma clara y suficiente, la importancia de la racionalidad de la valoración de la prueba y su justificación. En efecto, entender que la prueba se dirigiría a *persuadir* o *convencer* al juez, debido al ámbito retórico desempeñado por las partes y por el propio juez en el proceso, minimiza la importancia de que el juez tenga el deber de plasmar enunciados lo más verídicos (y no simplemente verosímiles) posibles. Pienso, además, que, en este punto, el autor incurre en contradicción cuando parte de aquella premisa, para luego afirmar que la relación entre prueba y verdad sería *teleológica*.⁵⁷ Si la prueba está dirigida a persuadir, entonces no necesariamente está dirigida a la verdad.

Nótese, sin embargo, cómo es que el discurso cambia cuando el autor entiende la verosimilitud, además, como un *modelo de constatación de los hechos de la causa*. En efecto, dice el autor que «el juez solo puede proveer si está convencido, al menos *prima facie*, de la plausibilidad de las afirmaciones del demandante, debiendo motivar su decisión, informando las razones que conducen a esa convicción. En ese sentido, es posible, de hecho, relacionar la verosimilitud con la convicción en cuanto a la plausibilidad del derecho del

54. Cfr. Piero CALAMANDREI. «Verità e verosimiglianza nel processo civile». In *Rivista di diritto processuale*, pp. 164-165.

55. Cfr., con provecho, Jordi FERRER BELTRÁN. *La valoración racional de la prueba*, esp. pp. 41-59; Roger ZAVALA. «La justificación racional de los hechos». In Grández, Pedro; Moreno, Félix (coords.). *La argumentación en el Estado Constitucional*, pp. 401-424.

56. Cfr. Piero CALAMANDREI. «Verità e verosimiglianza nel processo civile». In *Rivista di diritto processuale*, pp. 16

57. Cfr. Daisson FLACH. *A verossimilhança no processo civil*, p. 50.

demandante, siempre que haya sido ofrecida una fundamentación consistente (...). La verosimilitud como modelo de constatación tiene la función de orientar la actividad decisoria en el sentido que se pueda justificar la concesión de la tutela considerando recíprocamente los elementos probatorios disponibles, antes de agotado el contradictorio, y las razones que autorizan la pronta intervención jurisdiccional». ⁵⁸

Tomando en cuenta, además, el trabajo con los *standards* de prueba propuesto por FLACH, afirmo que el discurso cambia porque, aun hablando de «convicción», el autor pasa a preocuparse por la valoración objetiva, al punto de tratar de resolver los problemas de alcanzar el grado de corroboración de la hipótesis (o sea, *probabilidad* de un hecho a partir de un análisis sumario de las pruebas) según los parámetros proporcionados por un determinado *standard*. Esta preocupación ciertamente va más allá del modelo de la prueba como persuasión y, también, del tema de la convicción judicial, pues de nada sirve que el juez diga estar o no convencido si lo que tiene que demostrar, *objetivamente*, es si se llegó al *standard* escogido.

No obstante, según me parece, esta propuesta tiene por lo menos dos inconvenientes. El primero es que los *standards* probatorios son construcciones doctrinales –en cierta medida– arbitrarias para determinar el grado de corroboración de una hipótesis en un caso concreto o en una materia específica (patrimonial, extrapatrimonial, criminal, etc.). Así, proponer que la verosimilitud como *standard móvil*, o sea, como *modelo de referencia* como sugiere FLACH, ⁵⁹ que bien puede ser más o menos exigente según el caso concreto, llevaría a una no pequeña dificultad para saber, de antemano, cuál es el *standard* de verosimilitud que debe primar en una situación determinada. Ello puede manifestarse con mayor riesgo si es que se pide una medida provisional antes del proceso: ¿cómo saber a ciencia cierta qué *standard* usar en la hipótesis que no sea posible determinar si el caso revestirá de complejidad? ¿Deberá el juez justificar qué *standard* usará para la tutela final? ¿Estará el juez vinculado a esta elección *a priori*?

Por ello, pienso que la propuesta de Daniel MITIDIERO, partiendo de la necesidad de valoración racional de la prueba, reconociendo la necesidad de llegar a un grado menor para la corroboración de la hipótesis, es mucho más viable.

La segunda razón es insistir con el término «verosimilitud» apenas porque se trata de un uso doctrinario común y porque está plasmado en la legislación.

58. *Ibidem*, pp. 119-120.

59. *Ibidem*, p. 122.

En mi opinión, la tradición no basta para justificar, de ninguna manera, que un concepto polisémico deba mantener una gran equivocidad, principalmente por el hecho de existir otro («probabilidad») que refleja, de mejor manera, lo que se quiere expresar (un grado de verdad). De otro lado, bastaría que la legislación cambie para que el recurso al término «verosimilitud» pierda todo sentido –como, de hecho, cambió en el CPC brasileño de 2015, en el que desapareció dicho término, refiriéndose únicamente a «probabilidad».⁶⁰

No obstante, considero que la crítica más importante que puede ser dirigida tanto a CALAMANDREI como a DAISSON FLACH, sería que las máximas de experiencia –o sea, precisamente aquello que refleja *lo que normalmente acontece*– es apenas uno de los aspectos que determinan un mayor grado de confirmación de la hipótesis. Otros aspectos, como se ha visto, son la calidad epistemológica de las pruebas, la cantidad de pasos inferenciales realizados y la cantidad de pruebas que apoyan la hipótesis.⁶¹ Eso quiere decir que es perfectamente posible obtener un suficiente grado de corroboración de la hipótesis a pesar de que vaya en contra de las máximas de experiencia, esto es, de aquello que normalmente acontece. Esto es precisamente el punto central de la crítica de TARUFFO: algo puede ser verdadero (*rectius*: quedar probado) aun siendo inverosímil.

Finalmente, llegados a este punto, es posible decir algo más: desvincular «verosimilitud» de «probabilidad» y, por tanto, tomar conciencia de la necesidad de realizar una valoración racional de la prueba, seguido de una justificación racional de la premisa fáctica, *generará un impacto decisivo en la práctica judicial*. En efecto, bajo esas premisas, el análisis sumario que debe ser realizado ante el pedido de una medida provisional (sea cautelar, sea satisfactiva anticipada) ya no puede limitarse a que el juez diga que «está convencido» o que resuelva conceder la medida sin mayor examen de las pruebas o sin mediar una justificación adecuada. Ello determinaría una gravísima violación a los derechos fundamentales a la prueba y a la justificación de las decisiones judiciales.

Nótese que juzgar con base en cognición sumaria ya no puede seguir significando, para el juez, un amparo en la verosimilitud para escamotear el procedimiento de valoración de la prueba, so pretexto de una «apariencia del derecho» o la postergación del contradictorio. Emplear la cognición sumaria presupone una *valoración probatoria* precisa, en donde el juez demuestre cómo

60. En efecto, el CPC-15, que entrará en vigencia en menos de un año, dispone, en su artículo 300, lo siguiente: «La tutela de urgencia será concedida cuando haya elementos que evidencien la *probabilidad* del derecho y el peligro de daño o el riesgo al resultado útil del proceso» (resaltado agregado). ¿Y el término «verosimilitud» y afines? Pues simplemente no existe más.

61. Daniel MITIDIERO. *Anticipación de tutela*, p. 93.

es que llegó a la corroboración de la hipótesis suficiente para dar la tutela concedida. Y corresponde a la doctrina, por tanto, ilustrar a nuestros jueces para que sean capaces de tutelar los derechos de la mejor forma posible.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., V. Buenos Aires: Ediar, 1962.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo (comp. Gustavo Calvino). *Lecciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- ARIANO DEHO, Eugenia. «Situación cautelable, verosimilitud y “peligro en la demora”». In *Problemas del proceso civil*. Lima: Rhodas, 2003, pp. 659-671.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Do processo cautelar* [1996], 3ª ed. Río de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Curso de processo civil*, v. 3 – Processo cautelar (tutela de urgência) [1993], 3ª ed. revisada, actualizada y ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. «Estabilización de la tutela anticipada», trad. Renzo Cavani. In Cavani, Renzo (coord.). *Estudios sobre las medidas cautelares – Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 239-274.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela antecipada* [2004], 2ª ed. revisada, actualizada y ampliada. Sao Paulo: Saraiva, 2007.
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padua: Cedam, 1936.
- _____. «Verità e verosimiglianza nel processo civile». In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 1955, pp. 164-192.
- CAPONI, Remo. «Piero Calamandrei e la tutela cautelare». In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, set./oct. 2012, pp. 1250-1257.
- CARNEIRO, Athos GUSTÃO. *Da antecipação da tutela* [1998], 6ª ed. Río de Janeiro: Forense, 2005.
- CARRATTA, Antonio. *Profili sistematici della tutela anticipatoria*. Turín: Giappichelli, 1997.
- CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de derecho procesal civil*, vol. V. Lima: Grijley, 2009.
- CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien*. París: Dalloz, 2007.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O direito vivo das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIDIER JR., Frederico BRAGA, Paula Sarno y OLIVEIRA, Rafael. «Todavía sobre la distinción entre tutela anticipada y tutela cautelar», trad. Christian Delgado Suárez y Renzo Cavani. In Cavani, Renzo (coord.). *Estudios sobre las medidas cautelares – Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 331-348.

- FALCÓN, Enrique M. *Tratado de derecho procesal civil y comercial*, tomo IV – Sistemas cautelares. Medidas cautelares. Tutela anticipada. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho – Bases argumentales de la prueba* [1999], 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- HURTADO REYES, Martín. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Lima: Idemsa, 2009.
- JOMMI, Alessandro. *Il référé provision – Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*. Turín: Giappichelli, 2005.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La tutela cautelar en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro* [2002], 4ª ed. revisada, actualizada y ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela* [1992], 11ª ed. revisada y actualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARTEL CHANG, Rolando. *Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil* [2003], 2ª ed. Lima: APECC, 2014.
- MITIDIERO, Daniel. «Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória». In *Revista de Processo*, n. 197. São Paulo: Revista dos Tribunais, julio 2011, pp. 27-66.
- _____. «Tendencias en materia de tutela sumaria: de la tutela cautelar a la técnica anticipatoria», trad. Renzo Cavani. In *Revista Jurídica del Perú*, n 127. Lima: Normas Legales, septiembre 2011, pp. 261-287.
- _____. *Antecipação da tutela – Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Anticipación de tutela – De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria*, trad. Renzo Cavani. Madrid-Buenos Aires: Marcial Pons, 2013.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. «Introducción al estudio de la medida cautelar». In *Temas de proceso civil*. Lima: Studium, 1987, pp. 11-86.
- MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad, 2002.
- MONTESANO, Luigi. «Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare». In *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, abr./jun., 1999, pp. 309-316.
- PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El proceso cautelar – Las medidas cautelares en el proceso civil y en el proceso penal* [2005], 3ª ed. Lima: Grijley, 2010.

PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar – Su configuración como derecho fundamental*. Lima: Ara, 2006.

PROTO PISANI, Andrea. «Appunti sulla tutela cautelare». In *Rivista di diritto civile*. Padua: Cedam, 1987, n. 2, pp. 109-139.

____. *Lezioni di diritto processuale civile*, 2ª ed. Nápoles: Jovene, 1996.

RIVAS, Adolfo A. *Las medidas cautelares en el derecho peruano*. Lima: Jurista, 2005.

SILVESTRI, Caterina. *Il référé nell'esperienza giuridica francese*. Turín: Giappichelli, 2005.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milán: Giuffrè, 1992.

____. «Idee per una teoria della giusta decisione». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Padua: Cedam, 1997, n. 2, p. 315-329.

____. *Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos* [2009], trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza – Struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padua: Cedam, 1983.

YAYA ZUMAETA, Ulises. *Las medidas cautelares en el derecho procesal civil peruano – Un análisis teórico y práctico desde la judicatura*. Lima: Idemsa, 2014.

ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger. «La justificación racional de los hechos». In Grández, Pedro; Moreno, Félix. *La argumentación en el Estado Constitucional*. Lima-México DF: Palestra, 2013, pp. 401-424.