

LUIZ GUILHERME MARINONI

TUTELA INHIBITORIA

Traducción de
Laura Criado Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	11
PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA	15
I. INTRODUCCIÓN	17
1. EL PROCESO CIVIL CLÁSICO Y LA AUSENCIA DE TUTELA JURISDICCIONAL PREVENTIVA	17
2. CONSIDERACIONES INICIALES ACERCA DE LA TUTELA INHIBITORIA ATÍPICA	20
II. LA TUTELA INHIBITORIA ANTE LA DISTINCIÓN ENTRE ILÍCITO DAÑOSO Y ACTO CONTRARIO A DERECHO	25
1. LA TUTELA INHIBITORIA Y LA CUESTIÓN DEL ILÍCITO.....	25
2. LA TUTELA INHIBITORIA Y EL ACTO CONTRARIO A DERECHO	29
3. LA TUTELA INHIBITORIA Y EL PRESUPUESTO DE LA CULPA...	31
4. LA IMPORTANCIA DE LA TUTELA INHIBITORIA FRENTE A LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	33
III. LA ACOTACIÓN DE LA TUTELA INHIBITORIA FRENTE A LAS TUTELAS DECLARATIVA, CAUTELAR Y LA CONDENA DE FUTURO	35
1. TUTELA INHIBITORIA Y TUTELA DECLARATIVA	35
2. TUTELA INHIBITORIA Y TUTELA CAUTELAR.....	37
3. TUTELA INHIBITORIA Y CONDENA DE FUTURO.....	49
IV. FUNDAMENTOS Y ASPECTOS ESTRUCTURALES Y FUNCIONALES DE LA TUTELA INHIBITORIA	55
1. LA TUTELA INHIBITORIA ESTÁ FUNDADA EN UN PRINCIPIO GENERAL DE PREVENCIÓN	55

	Pág.
2. DERECHO A LA TUTELA INHIBITORIA Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA PREDETERMINACIÓN DE LAS TÉCNICAS PROCESALES NECESARIAS PARA SU OBTENCIÓN	62
3. TUTELA INHIBITORIA FRENTE A LA AMENAZA DE COMISIÓN, REPETICIÓN Y CONTINUACIÓN DEL ILÍCITO.....	64
4. TUTELA INHIBITORIA NEGATIVA Y TUTELA INHIBITORIA POSITIVA	67
5. TUTELA INHIBITORIA QUE IMPONE UN HACER FUNGIBLE ...	71
6. LA PLASTICIDAD DE LA TUTELA INHIBITORIA Y LOS LÍMITES PARA LA IMPOSICIÓN DEL HACER Y DEL NO HACER.....	73
A) Breve observación inicial	73
B) Los principios del medio idóneo y la menor restricción posible como vectores para el adecuado uso de la tutela inhibitoria.....	73
7. TUTELA INHIBITORIA CONTRA EL ILÍCITO CONTINUADO Y TUTELA DE REMOCIÓN DEL ILÍCITO	77
8. LA FUNGIBILIDAD DE LA TUTELA INHIBITORIA.....	79
A) Breves observaciones sobre el principio de congruencia entre las pretensiones y la sentencia	79
B) Los arts. 461 del CPC y 84 del CDC como excepciones del principio de que la sentencia debe ajustarse a las pretensiones	80
C) La subrogación de una obligación en otra para la obtención de la tutela específica o el resultado práctico equivalente al del cumplimiento	81
D) El poder decisorio del juez y el principio de efectividad.....	83
E) El poder decisorio del juez y el principio de necesidad.....	85
F) Fungibilidad de la tutela inhibitoria y fungibilidad de la tutela de seguridad	86
9. LA SOLICITUD DE TUTELA INHIBITORIA Y LAS VIOLACIONES DE EFICACIA INSTANTÁNEA SUSCEPTIBLES DE REPETICIÓN EN EL TIEMPO.....	87
V. LA PRUEBA EN LA ACCIÓN INHIBITORIA.....	91
1. LÍMITES DE LA COGNICIÓN JUDICIAL Y DE LA PRUEBA EN LA ACCIÓN INHIBITORIA.....	91
2. «JUICIO INSTRUMENTAL», PRESUNCIÓN, «JUICIO RESULTADO», «JUICIO PROVISIONAL» Y «JUICIO DEFINITIVO».....	93
3. EL CONTROL DE LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA PARA DEMOSTRAR EL HECHO INDICIARIO.....	94
4. LA IMPORTANCIA DEL SENTIDO COMÚN EN EL RAZONAMIENTO FUNDADO EN LA PRUEBA INDICIARIA	95
5. LA IMPORTANCIA DEL SENTIDO COMÚN EN LA FORMACIÓN DEL JUICIO A PARTIR DE LA PRESUNCIÓN	95
VI. TUTELA INHIBITORIA ANTICIPADA	97
1. CONSIDERACIONES PREVIAS	97
2. EL MENOSCABO DE LA REGLA DE LA <i>NULLA EXECUTIO SINE TITULO</i>	98

	Pág.
3. FUNDAMENTO Y PRESUPUESTOS DE LA TUTELA INHIBITORIA ANTICIPADA EN LA ACCIÓN INHIBITORIA	103
4. LA PRUEBA Y LA TUTELA INHIBITORIA ANTICIPADA	104
5. MOMENTO DE LA CONCESIÓN DE LA TUTELA INHIBITORIA ANTICIPADA.....	105
6. JUSTIFICACIÓN PREVIA Y TUTELA INHIBITORIA ANTICIPADA.	107
7. LA TUTELA INHIBITORIA ANTICIPADA Y EL PRINCIPIO DE PROBABILIDAD. LA CUESTIÓN DE LA IRREVERSIBILIDAD	108
8. LA FUNGIBILIDAD DE LA TUTELA INHIBITORIA ANTICIPADA.	110
9. LA POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN DE LA TUTELA INHIBITORIA ANTICIPADA.....	111
10. POSIBILIDAD DE QUE LA TUTELA INHIBITORIA ANTICIPADA MANTENGA SU EFICACIA EN CASO DE SENTENCIA DESESTIMATORIA.....	112
11. LA EVIDENTE DISTINCIÓN ENTRE TUTELA INHIBITORIA ANTICIPADA Y TUTELA CAUTELAR.....	113
VII. SENTENCIA Y TUTELA INHIBITORIA	117
1. CONSIDERACIONES PREVIAS	117
2. LA FINALIDAD REPRESIVA DE LA SENTENCIA CONDENATORIA	118
3. LA SENTENCIA CONDENATORIA Y SU CORRELACIÓN CON LA EJECUCIÓN FORZOSA.....	123
4. MOTIVACIONES CULTURALES DE LA SENTENCIA CONDENATORIA	127
A) El principio <i>nemo ad factum praecise cogi potest</i>	127
a) Observaciones previas	127
b) La tesis que relaciona la diversidad del trato que se da a la no comparecencia a juicio con la diferente evolución del uso de las medidas coercitivas para garantizar el cumplimiento de la sentencia en Alemania y Francia	128
c) El sistema feudal y su reflejo en el uso de los medios de coerción sobre la persona	130
d) La preservación de la autoridad del Estado como fundamento del uso de las medidas de coerción.....	131
e) El <i>Code Napoléon</i> y su influencia sobre el concepto de sentencia condenatoria	135
f) Los valores ocultos en el art. 920 del CC de 1916.....	137
B) La concepción liberal de jurisdicción como función meramente declarativa y su reflejo en el concepto de sentencia condenatoria	140
C) La expansión del concepto de obligación y la universalización de la sentencia condenatoria.....	143
5. LA NATURALEZA DE LA SENTENCIA VINCULADA A LA COERCIÓN INDIRECTA.....	148
6. LA SENTENCIA EJECUTIVA, LA TUTELA DE LOS DERECHOS REALES Y LA TUTELA CONTRA EL ACTO CONTRARIO A DERECHO	154

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
7. LA INEFECTIVIDAD DE LA SENTENCIA CONDENATORIA PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS ABSOLUTOS. LA CORRELACIÓN ENTRE LA TUTELA INHIBITORIA Y LA ESTRUCTURA DEL DERECHO SUSTANCIAL: CRÍTICA	158
8. LA RELATIVIZACIÓN DEL BINOMIO DERECHO-PROCESO Y LA VUELTA SOBRE EL TEMA DE LA «TUTELA DE LOS DERECHOS»	162
9. CLASIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS Y DE LAS TUTELAS.....	170
10. PREMISAS PARA UNA CLASIFICACIÓN DE LAS TUTELAS IMPREGNADA POR EL DERECHO MATERIAL	173
11. ESBOZO DE UNA CLASIFICACIÓN DE LAS TUTELAS IMPREGNADA POR EL DERECHO MATERIAL.....	180
VIII. CONCLUSIONES.....	199
BIBLIOGRAFÍA	201

PRÓLOGO

Desde la publicación de Tutela cautelar e tutela anticipatoria (San Pablo, 1992), el profesor Luiz Guilherme MARINONI construyó una sólida doctrina sobre los mecanismos necesarios para lograr una efectiva protección de los derechos. Prueba de ello es que su obra Antecipação da Tutela (San Pablo, 1995) cuenta con doce ediciones.

El merecido reconocimiento que despiertan las obras del profesor MARINONI entre los lectores de lengua portuguesa, se ha proyectado en América Latina y en España debido a la traducción al castellano de sus libros: Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (Lima, 2007), Abuso de defensa y parte incontrovertida de la demanda (Lima, 2007), Decisión de inconstitucionalidad y cosa juzgada (Lima, 2008), Tutela específica de los derechos (Lima, 2008), Fundamentos del proceso civil, hacia una teoría de la adjudicación (Santiago de Chile, 2010, en colaboración con PÉREZ RAGONE y NÚÑEZ OJEDA), Precedentes obligatorios (Lima, 2013), Bases para un sistema de precedentes judiciales (El Salvador, 2013) y Derecho procesal constitucional brasilero - Efectos de las decisiones de inconstitucionalidad y control de la inconstitucionalidad por omisión (México, 2014).

El libro que me toca el honor de prologar es similar a la obra Tutela Inibitória. Individual e Colectiva, que cuenta con cinco ediciones y fue la tesis con la que MARINONI venció en el concurso llamado para cubrir el cargo de profesor titular de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Paraná (Curitiba). En el prólogo a la primera edición (1998) el profesor MONIZ DE ARAGÃO destaca que la obra de MARINONI se adscribe a las ideas de efectividad en la protección de los derechos que dieron relevancia a la noción de acceso a la justicia, que brillantemente inscribieron en su dimensión social en los años setenta doctrinarios de la talla de Mauro CAPPELLETTI y Vittorio DENTI. Volveré sobre la línea de trabajo de MARINONI y el nuevo relieve que su obra brinda a aquellas ideas que se hicieron fuertes en la segunda mitad del siglo XX, con su impronta social y de rescate de la importancia de dar una respuesta concreta al ser humano como destinatario primario de la protección

que debe brindar el Derecho procesal. Antes, no puedo dejar de desatacar que he utilizado la palabra similar al mencionar la obra Tutela Inibitoria Individual e Colectiva en comparación con el libro puesto a consideración del lector para destacar una diferencia clave entre ambos. Explico por qué. Cuando el profesor MARINONI aceptó la posibilidad de publicar en la Colección Proceso y Derecho nuestro pedido fue que construyera sobre la base de Tutela Inibitoria Individual e Colectiva una versión que relativizara, en la medida de lo posible, el dato normativo del Derecho brasileño, a los efectos de constituir una propuesta atrayente para el tratamiento del problema jurídico de la tutela inibitoria, más allá del Derecho positivo. El objetivo del pedido era contar con un libro que permitiera indagar sobre las soluciones y los problemas que presenta la tutela inibitoria en una dimensión diversa, prescindente —en la medida que ello fuera posible— de la regulación dada en Brasil al instituto. Desde ese punto de vista el libro Tutela Inibitoria es similar pero al mismo tiempo diferente a su precedente en lengua portuguesa. Representa uno de los anhelos de la Colección, consistente en brindar propuestas que se ocupen del Derecho procesal desde una visión abarcadora de realidades nacionales diversas, pero paralelamente semejantes en muchos aspectos.

Vuelvo ahora a referirme al rescate que realiza el profesor MARINONI sobre las ideas que tanta fuerza tuvieron desde la década del setenta. Una de las vigas maestras del pensamiento de MARINONI es la efectividad de la tutela jurisdiccional entendida desde una perspectiva material y no formal. Sus esfuerzos están dirigidos a que el proceso cumpla con la finalidad de garante de los derechos, a los efectos de resguardar a las personas ante las violaciones potenciales o concretas que las afecten. Desde esa perspectiva su preocupación radica en ampliar la finalidad de las vías procesales poniéndolas a tono con las demandas sociales sobre la protección que debe otorgar la jurisdicción en un Estado constitucional. Considera que las soluciones del que ha dado en llamar Derecho procesal clásico son insuficientes para permitir una tutela preventiva y adecuada de los derechos. Entiende que la orientación liberal caracterizada por la neutralidad del juez, la soberanía de la autonomía de la voluntad y la no injerencia del Estado, han sido algunas de las notas que determinaron que las respuestas se concentraran en la reparación de los daños, abandonando el resguardo de situaciones en las cuales la jurisdicción debe exigir actividades concretas de las partes, mediante tutelas diferenciadas. En ese sentido MARINONI destaca que ha existido una confusión entre ilícito y daño, basada en la errada suposición de que el bien jurídicamente protegido es la cosa o mercancía, dotada de valor de cambio, que justifica el resarcimiento por el equivalente al valor económico de la lesión, pero olvida o no se ocupa de modo preferente de un importante conjunto de derechos humanos esenciales que van más allá de los meramente patrimoniales. Subraya que la tutela preventiva requiere de un procedimiento autónomo que impida la comisión, la repetición o la continuación del ilícito, basado en una técnica anticipatoria que prevenga la consumación del obrar ilegítimo. Así las tutelas sumarias analizadas prolijamente en la obra de MARINONI parten de una posición relativista en el plano formal, que hace hincapié en la interconexión que ellas deben evidenciar con el Derecho material.

PRÓLOGO

El esfuerzo doctrinario de MARINONI invita a pensar el Derecho procesal y sus instituciones con la mirada en las extraordinarias mutaciones del mundo jurídico en las últimas décadas. Nocións y categorías que antes eran, al menos aparentemente, nítidas como el Derecho público y el privado, son interdependientes. Sus fronteras son permeables ya que desde los planos constitucional y transnacional se intenta dar solidez al resguardo de los derechos por parte de las sociedades democráticas.

Eduardo OTEIZA

Marzo de 2014

PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

El tema de la «tutela inhibitoria» encierra una preocupación que traspasa las fronteras de los ordenamientos jurídicos nacionales. Los «nuevos derechos», en particular los transindividuales y, por ende, pertenecientes a toda la sociedad, con frecuencia, son tutelados mediante normas de protección que imponen conductas de hacer y no hacer. Por ello, surgió la necesidad de pensar en tutelas jurisdiccionales destinadas a evitar la violación de las normas y remover los efectos concretos derivados de su violación. Estas tutelas jurisdiccionales exigen la reelaboración del concepto clásico de ilícito civil —de cuya fattispecie forma parte el hecho dañoso—. Es bien sabido que durante mucho tiempo hubo una íntima relación entre las categorías de la ilicitud y la responsabilidad civil, al punto que se llegó a pensar que la única tutela contra el ilícito civil era la resarcitoria por equivalente. Sin embargo, como la tutela frente al ilícito ya no se confunde con la tutela contra el daño (ni con la tutela contra el temor del daño), puesto que es sólo tutela contra el acto contrario a Derecho, el Derecho procesal tiene que reelaborar sus categorías, pues ni siquiera las sentencias de la tradicional clasificación ternaria y la tutela cautelar son suficientes para incorporar o explicar las técnicas procesales que derivan de las necesidades de la nueva tutela contra el ilícito.

Escribir sobre el tema de la tutela inhibitoria brinda la especial oportunidad de dialogar sobre un tema que es relevante en varios países, al respecto de cuestiones similares y categorías dogmáticas para las que los argumentos tienen un valor independiente de la especificidad del derecho positivo de cada país. Me produce una inmensa alegría poder publicar este libro en castellano, tanto por la amistad y el respeto que siento por los colegas españoles y de lengua española, como por la oportunidad, infrecuente y muy gratificante, de poder ofrecer un texto a la crítica de estudiosos y operadores del Derecho de tantos países de tan relevante tradición. Imagino que además de establecer contacto con el Derecho español, entablaré diálogo con varios países de América Latina, lo que me produce un gran orgullo y satisfacción.

También tengo la oportunidad de agradecer la generosa acogida de los profesores Jordi NIEVA FENOLL, Michele TARUFFO, Eduardo OTEIZA y Daniel

PRÓLOGO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

MITIDIERO, coordinadores de la colección Proceso y Derecho, que me han dado la oportunidad de publicar este libro en español, por Marcial Pons, casa editora de gran prestigio. Finalmente, mi agradecimiento a Laura CRIADO SÁNCHEZ, que con tanta dedicación asumió la traducción del texto.

En Curitiba, enero de 2014.

Luiz Guilherme MARINONI

I. INTRODUCCIÓN

1. EL PROCESO CIVIL CLÁSICO Y LA AUSENCIA DE TUTELA JURISDICCIONAL PREVENTIVA

El procedimiento de cognición plena y exhaustiva, junto con las tres sentencias de la clasificación ternaria, es absolutamente incapaz de proporcionar una tutela preventiva adecuada.

Este modelo de «proceso», que puede denominarse «proceso civil clásico», además de reflejar, sobre el plano metodológico, las exigencias de la escuela sistemática¹, basadas en la necesidad de aislar el proceso del derecho material², irradia los valores del derecho liberal, esencialmente la neutralidad del juez, la autonomía de la voluntad, la no injerencia del Estado en las relaciones de los particulares y la incoercibilidad del *facere*.

El procedimiento ordinario, que se caracteriza por ser un procedimiento ajeno al derecho material, es la mayor prueba de que aislar el proceso no conduce a buenos resultados, dada la creciente preocupación con las llamadas tutelas jurisdiccionales diferenciadas³, imprescindibles para la protección efectiva de determinadas situaciones de derecho sustancial y, por ende, alternativas a la neutralidad impuesta por dicho procedimiento.

La tutela anticipada, al permitir un tratamiento diferenciado de los derechos evidentes, en cierta forma enmendó el procedimiento ordinario, desterrando de él la prohibición del juicio de verosimilitud, con el que la doctrina interesada en ver al juez como a *bouche de la loi* no estaría de acuerdo⁴.

¹ Vid. F. CARNELUTTI, «Scuola italiana del processo», *Rivista di Diritto Processuale*, 1947, pp. 233 y ss.; P. CALAMANDREI, «Gli studi di diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio», *Opere Giuridiche*, Napoli, Morano, 1965, v. 1, pp. 523 y ss.; A. GIANNINI, «Gli studi di diritto processuale civile in Italia», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1949, pp. 103 y ss.

² Vid. C. RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., pp. 51 y ss.

³ Vid., fundamentalmente, A. PROTO PISANI, «Sulla tutela giurisdizionale differenziata», *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, pp. 536 y ss.

⁴ MONTESQUIEU afirmó que: «*Podéria acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juizes de uma nação não são, como dissemos,*

Sin embargo, la existencia de tutela anticipada no es suficiente para viabilizar la tutela preventiva, incluso porque la tutela anticipada no tiene que ver con la necesidad de prevención del ilícito, sino con la necesidad de distribuir la carga del tiempo del proceso.

Uno de los grandes obstáculos para la tutela preventiva está presente en la propia clasificación ternaria, ya que ninguna de las sentencias de esta clasificación es capaz de proporcionar una tutela preventiva.

La teoría chiovendiana, al tratar la acción declarativa, se preocupaba más de llevar a cabo la exigencia de una construcción sistemática que de la eventual función preventiva que podría ejercerse mediante la simple declaración, pues la acción declarativa se constituyó como un importante elemento para demostrar la autonomía de la acción con relación al derecho sustancial⁵.

Además, no podría ser de otra forma, pues la escuela chiovendiana se formó bajo la influencia de un modelo de Estado de corte liberal, marcado por un innegable énfasis en los valores de la libertad individual sobre los poderes de intervención del Estado. Esto se refleja claramente en el concepto de sentencia declarativa, entendida como una sentencia que se limita a regular formalmente una relación jurídica ya determinada en su contenido por la autonomía privada⁶.

No obstante, la sentencia declarativa, justamente porque no prescribe un hacer o un no hacer, es incapaz de prevenir el ilícito y, máxime, la tutela de los derechos no patrimoniales.

No sólo la sentencia declarativa, sino también la sentencia condenatoria, por definición relacionada con la ejecución por subrogación, demuestran el valor que la doctrina procesal clásica dio al principio de incoercibilidad del *facere*. Es innegable que tras el concepto de condena se esconde una opción por la incoercibilidad del hacer, lo que es absolutamente comprensible cuando se considera el entorno cultural en el que se conformó el concepto de sentencia condenatoria.

El concepto de condena recibió la influencia de las doctrinas que inspiraron el *Code Napoléon*, que señalaba que «en caso de incumplimiento por parte del deudor, toda obligación de hacer o no hacer se resuelve en daños y perjuicios e intereses» (art. 1.142).

La correlación de la condena con la ejecución por subrogación, además de expresar los valores liberales, revela que el sistema clásico de tutela de los derechos no fue pensado para permitir la tutela preventiva, así como que la doctrina clásica no se preocupaba con la tutela preventiva de los derechos, lo que en realidad tenía relación con la idea de que la única tutela contra el ilícito era la reparación del daño.

mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor» (Do espírito das leis, São Paulo, Abril Cultural, 1973, p. 157).

⁵ C. RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, Cedam, 1987, pp. 67-68.

⁶ *Idem, ibid.*, pp. 70-72.

I. INTRODUCCIÓN

Además, la tutela resarcitoria por equivalente, al contrario de la tutela preventiva, permite que la «tutela jurisdiccional» se mantenga a distancia del derecho material. En la tutela resarcitoria, en la que únicamente importa la realización del derecho de crédito correspondiente a la lesión del derecho, la técnica subrogatoria puede actuar de forma completamente independiente de la naturaleza del derecho material tutelado, lo que no sucede cuando se trata de la tutela específica del derecho material ni, evidentemente, en la tutela preventiva⁷.

Si la sentencia declarativa no es adecuada para permitir la prevención y la sentencia condenatoria tiene un claro fin represivo, no se puede encontrar, en la clasificación ternaria de las sentencias, una vía apta para tutelar los derechos no patrimoniales. Esto revela una total incapacidad del proceso civil clásico para tratar las relaciones más importantes de la sociedad contemporánea.

Ante esta situación, hay que pensar en un nuevo modelo procesal. El proceso civil debe estructurarse de modo que permita la adecuada tutela de los derechos. En este sentido, no se puede confundir el modelo procesal (esto es, los procedimientos) con la tutela que éstos reconocen. Los procedimientos son diferentes justamente porque deben amoldarse a las distintas clases de derechos que obligan al ciudadano a acudir ante la judicatura. Los procedimientos varían de acuerdo con la cognición que les sea inherente, al permitir la celeridad de los actos procesales y la anticipación de la tutela, así como al trabajar con sentencias y medios de ejecución diversificados.

Hay que comprender que el derecho de acción ya no puede verse como un simple derecho a la sentencia, sino como un derecho al modelo procesal capaz de propiciar la tutela del derecho afirmado en juicio. Si el ciudadano debe acudir ante el poder judicial y éste tiene la obligación de garantizarle la tutela efectiva de su derecho, es evidente que, por medio de la acción, el derecho afirmado debe encontrar el camino para que, cuando sea reconocido, pueda ser efectivamente tutelado. Por tanto, el ejercicio del derecho de acción no se agota con la presentación de la demanda, sino cuando finaliza el proceso, incluso, si es necesario, cuando se realizan los medios de ejecución.

Cuando se analizan las medidas procesales que reconocen el derecho afirmado (sentencia estimatoria o decisión que anticipa la tutela), hay que considerar las diferentes formas de tutela que las diversas situaciones de derecho material exigen (tutela inhibitoria, etc.). La necesidad de tutela preventiva exige la estructuración de un procedimiento autónomo, que desemboque en una sentencia que pueda impedir la comisión, la repetición o la continuación del ilícito. Además, la tutela de prevención del ilícito requiere un procedimiento estructurado a través de la técnica anticipatoria, pues hay una probabilidad muy alta de que el derecho que se pretende proteger mediante la tutela preventiva resulte lesionado durante el proceso. De otro modo, la tutela preventiva puede transformarse en tutela resarcitoria, o el derecho en

⁷ Vid. C. RAPISARDA, «Inibitoria», *Digesto delle discipline privatistiche*, v. 9, p. 476.

dinero, mediante una injusta expropiación impuesta por el tiempo requerido por el Estado para tutelar el derecho que él mismo consagra.

Asimismo, para la efectividad de la tutela preventiva, hay que saber cuáles son sus presupuestos (distinguiendo entre acto contrario a derecho y daño), con el fin de evitar que el procedimiento se vea plagado de cuestiones improcedentes.

Un procedimiento de este tipo es absolutamente imprescindible en el marco de un ordenamiento jurídico comprometido con dar efectividad a los derechos en él consagrados, en especial, los derechos no patrimoniales, que, como es evidente, no pueden tutelarse de forma adecuada mediante procedimientos estructurados a partir de valores de otra época.

La imprescindibilidad de un nuevo modelo procesal, que se caracterice por la posibilidad de anticipar la tutela y de obtener una sentencia que no se enmarque en la clasificación ternaria, es el reflejo de la toma de conciencia de que los derechos deben tutelarse de forma preventiva, en especial, porque la Constitución Federal, que se funda en la dignidad de la persona (art. 1, III), no sólo garantiza una serie de derechos no patrimoniales, sino que afirma expresamente el derecho de acceso a la justicia en caso de «amenaza a derecho» (art. 5, XXXV). Por tanto, sobre la doctrina procesal, pesa el grave e importante cometido de elaborar, en teoría, un modelo de tutela jurisdiccional acorde con los valores actuales.

2. CONSIDERACIONES INICIALES ACERCA DE LA TUTELA INHIBITORIA ATÍPICA

En el Derecho brasileño no hay ninguna incursión teórica dirigida a establecer una tutela jurisdiccional preventiva atípica que pueda garantizarse en el proceso de conocimiento. No obstante, si los ciudadanos deben tener a su disposición instrumentos procesales adecuados para la tutela de sus derechos, habrá que elaborar una tutela jurisdiccional idónea que prevenga el ilícito.

Dicha tutela puede denominarse inhibitoria, a semejanza de lo que sucede en el Derecho italiano, en el que existen intentos —aunque reducidos— de poner de relieve una tutela inhibitoria atípica⁸. Ya en este momento es oportuno señalar que el Derecho italiano, al igual que el brasileño, conoce casos típicos de tutela inhibitoria, pero entre la doctrina italiana se duda seriamente de la existencia de una tutela inhibitoria atípica.

⁸ *Vid.*, básicamente, A. FRIGNANI, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1974; A. FRIGNANI, «Inibitoria (azione)», *Enciclopedia del diritto*, v. 21, pp. 559 y ss.; A. FRIGNANI, «Azione in cessazione», *Novissimo Digesto Italiano* (appendice I), 1980, pp. 639 y ss.; A. FRIGNANI, «Inibitoria (azione)», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, pp. 1 y ss.; C. RAPI SARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, Cedam, 1987; C. RAPI SARDA, «Inibitoria», *Digesto delle discipline privatistiche*, v. 9, pp. 475 y ss.; C. RAPI SARDA y M. TARUFFO, «Inibitoria», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, pp. 1 y ss.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque en el Derecho italiano haya dudas sobre la atipicidad de la inhibitoria, la doctrina ha destacado los puntos comunes de las inhibitorias típicas, lo que representa un importante trabajo, en la medida en que define los límites de la tutela inhibitoria, con lo que da seguridad a los operadores jurídicos a la hora de utilizar el instrumento adecuado que prevenga el ilícito⁹.

El objetivo del estudio de la inhibitoria debe ser construir sus propios elementos —y no sólo evidenciar la necesidad de prevenir el ilícito—, que permitan ver con claridad su fisonomía frente a otras formas de tutela, como la tutela cautelar.

La tutela inhibitoria, configurada como tutela preventiva, busca prevenir el ilícito y culmina presentándose como una tutela anterior a su realización y no como una tutela orientada al pasado, como la tradicional tutela resarcitoria.

Cuando se piensa en tutela inhibitoria, se imagina una tutela cuyo fin es impedir la comisión, la continuación o la repetición del ilícito y no una tutela dirigida a reparar el daño. Por tanto, el problema de la tutela inhibitoria es prevenir la comisión, la continuación o la repetición del ilícito, mientras que el de la tutela resarcitoria es saber quién debe soportar el coste del daño, con independencia del hecho de que el daño resarcible se haya producido o no con culpa¹⁰.

La tutela inhibitoria no se puede confundir con la tutela resarcitoria porque la primera no es una tutela contra el daño, por lo que no tiene los mismos presupuestos que la tutela resarcitoria.

Como ya se puede percibir, la configuración de una tutela genuinamente preventiva implica el quebranto del dogma —de origen romano— de que la única y verdadera tutela contra el ilícito es la reparación del daño o la tutela resarcitoria, aunque de forma específica¹¹.

La confusión entre ilícito y daño es el reflejo de un arduo proceso de evolución histórica que culminó en la idea de que —mediante la suposición de que el bien jurídicamente protegido es la mercancía, esto es, la *res* dotada de valor de cambio— la tutela privada del bien es el resarcimiento por el equivalente al valor económico de la lesión¹². La identificación entre ilícito y daño no permite que la doctrina vea otras formas de tutela contra el ilícito. Por esta razón, además, el gran ejemplo de tutela inhibitoria, en el Derecho brasileño, se encuentra en el interdicto prohibitorio, que refleja valores liberales clásicos y privatistas.

⁹ Sobre la tutela inhibitoria en el Derecho italiano, *vid.*, además de la bibliografía ya referida en la nota anterior, U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, Giuffrè, 1987; M. LIBERTINI, «La tutela civile inibitoria», *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, Jovene, 1989, pp. 315 y ss.; L. MONTESANO, «Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1995, pp. 775 y ss.

¹⁰ M. MÖCCIOLA, «Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza», *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 367.

¹¹ C. RAPISARDA, «Inibitoria (azione)», *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, p. 1.

¹² C. SALVI, «Legittimità e “razionalità” dell’art. 844 Codice Civile», *Giurisprudenza italiana*, 1975, p. 591.