

LUIZ GUILHERME MARINONI
Profesor Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad
Federal del Paraná (Brasil)

TUTELA ANTICIPATORIA Y TUTELA INHIBITORIA

Traducción:

Christian Delgado Suárez

Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú

Palestra Editores
Lima — 2016

CONTENIDO

- I -

DERECHO DE ACCIÓN Y CONSTITUCIÓN

§1: Derecho fundamental de acción	15
1. Historia de la norma	15
2. Constituciones extranjeras	17
3. El derecho de acción y sus destinatarios	19
3.1. El derecho de acción en el Estado liberal	19
3.2. La prohibición que tiene el juez de negar respuesta al pedido de resolución del litigio	20
3.3. La prohibición que tiene el legislador de excluir de la apreciación del Poder Judicial toda lesión o amenaza a un derecho	21
3.4. La veda de imposición de óbices al ejercicio del derecho de acción	22
3.5. El derecho de acción y su dependencia de prestaciones estatales capaces de obstaculizar las diferencias sociales	23
3.6. El derecho de acción y la necesidad de una legislación infraconstitucional capaz de atribuirle efectividad	26
3.7. El derecho de acción y el deber judicial de dar efectiva tutela a los derechos	27
4. Las nuevas necesidades de tutela de los derechos y la evolución del concepto de derecho de acción	28
4.1. Efectividad de la tutela de los derechos y derecho de acción	28
4.2. El derecho de acción no es simplemente el derecho de pedir la resolución del litigio	29
4.3. La acción no se agota con la sentencia de mérito pasada en autoridad de cosa juzgada	29

4.4. El derecho a la preordenación de técnicas procesales adecuadas. La inconstitucionalidad de la ley que prohíbe la concesión de tutela anticipatoria.....	30
4.5. La regla procesal abierta como medio para la efectividad del derecho de acción	34
4.6. La insuficiente protección normativa del derecho fundamental de acción.....	36
4.7. La supresión de la insuficiencia de técnica procesal en el caso concreto	38
4.8. La importancia de las reglas del medio idóneo y de la menor restricción posible.....	39
4.9. El balance entre los derechos de acción y de defensa.....	39
4.10. La acción como garantía para la participación.....	42
§ 2: Derecho fundamental a la duración razonable del proceso	45
1. Derecho fundamental de acción y derecho fundamental a la duración razonable del proceso y a los medios que aseguren la celeridad de su tramitación	45
2. Destinatarios del derecho fundamental a la duración razonable.....	47
2.1. El Legislador (el deber de protección normativa).....	47
2.2. El Juez (el deber de tutela jurisdiccional en plazo razonable)	51
2.3. El Ejecutivo (el deber de dotación)	54
3. Derecho a la oportunidad de la tutela jurisdiccional, derecho al plazo adecuado y derecho de no ser sometido al proceso, especialmente a actos procesales gravosos, por tiempo innecesario	55
4. El derecho a la duración razonable enfrentado al derecho a la adecuada cognición del litigio	56
5. Ámbito de incidencia del derecho fundamental a la duración razonable.....	59
§ 3: La eficacia del derecho fundamental a la tutela efectiva sobre el legislador, el juez y las partes.....	65
1. Las eficacias horizontal y vertical de los derechos fundamentales	65
2. La eficacia del derecho fundamental a la tutela efectiva sobre el juez y las partes: eficacias vertical, horizontal y vertical con repercusión lateral ..	72
3. Las reglas procesales abiertas como consecuencia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional.....	80
4. La ausencia de regla procesal capaz de viabilizar la realización del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional.....	84
5. La subjetividad del juez y la necesidad de explicitación de la corrección de la tutela jurisdiccional mediante la argumentación jurídica.....	85
§ 4: Del control de la insuficiencia de la tutela normativa a los derechos fundamentales procesales	91
1. Primeras consideraciones.....	91
2. El poder de controlar la insuficiencia de tutela normativa a los derechos fundamentales	92
3. Situaciones en las que la falta de la ley es frecuentemente suprimida en la práctica.....	93
4. La eficacia de los derechos fundamentales, el deber estatal de tutela y el juez en el control de la insuficiencia de la tutela normativa	94
5. El límite judicial en la substitución de la falta de la ley necesaria a la tutela del derecho fundamental	99
6. De la insuficiencia de tutela normativa a un derecho fundamental procesal	101
7. Legitimidad del raciocinio decisorio en el acto de suprimir la ausencia de técnica procesal	108

- II -

LA TUTELA ANTICIPATORIA

§ 1: De la tutela cautelar a la tutela anticipatoria	113
1. La evolución histórica de la tutela cautelar	113
1.1. La tutela cautelar en el proceso civil del Estado liberal clásico	113
1.2. Además de no haber sido concebida para impedir la violación del derecho, la tutela cautelar no fue pensada para remover los efectos concretos del acto contrario al derecho.....	118
1.3. La prohibición de los juicios de verosimilitud (de la tutela anticipatoria) en el proceso liberal.....	120
1.4. El surgimiento de nuevas situaciones jurídicas, la inexistencia de técnicas procesales idóneas a la prestación de la tutela inhibitoria y de remoción del ilícito y la morosidad del procedimiento común de conocimiento: el uso distorsionado de la acción cautelar	124

2.	De la tutela cautelar a la tutela anticipatoria.....	131
2.1.	El art. 273 del CPC.....	131
2.2.	La tutela anticipatoria en caso de recelo fundamentado de daño irreparable o de difícil reparación.....	132
2.3.	Distinción entre tutela anticipada y tutela cautelar.....	133
2.4.	La ejecución de la tutela anticipatoria.....	136
2.5.	La cuestión de la irreversibilidad.....	138

§ 2: La tutela anticipatoria.....141

1.	Introducción.....	141
2.	Anticipación y sentencia condenatoria.....	142
3.	Anticipación y sentencia declaratoria.....	144
4.	Anticipación y sentencia constitutiva.....	145
5.	Tutela anticipada y tutela cautelar.....	146
6.	Anticipación y tutelas represiva e inhibitoria.....	151
7.	Momentos procesales en que la anticipación en el caso de “fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación” puede ocurrir.....	152
8.	Ejecución de la tutela anticipada.....	153
9.	La anticipación en el caso de abuso de derecho de defensa.....	155

§ 3: Anticipación del pago de cantidad de dinero.....161

1.	Los diferentes propósitos de la anticipación del pago de cantidad de dinero, de la ejecución provisional de la sentencia y de la aprehensión.....	161
2.	El empleo de la multa para darle efectividad a la tutela anticipada de cantidad de dinero.....	165
3.	El embargo telemático y la efectividad de la ejecución de la anticipación de suma.....	168
4.	La tutela anticipada en la acción de indemnización fundada en acto ilícito.....	170
4.1.	Justificativa.....	170
4.2.	La anticipación en la acción de indemnización fundada en acto ilícito tiene naturaleza alimenticia.....	175
4.3.	Para hacer efectiva la tutela anticipada en la acción de indemnización fundada en acto ilícito.....	176
4.4.	La ejecución de la tutela anticipada de suma de dinero, en la acción de indemnización, admite la expropiación del bien y no está sometida a la prestación de caución.....	178

§ 4: Tutela anticipatoria: prueba, convicción y justificativa.....185

1.	Prueba y convencimiento.....	185
2.	Convicción y verosimilitud.....	186
3.	La llamada convicción de “verosimilitud preponderante”.....	188
4.	La convicción de verosimilitud ante la posposición del contradictorio.....	190
5.	Convicción de verosimilitud y prueba inequívoca.....	190
6.	La racionalidad de la decisión fundada en convicción de verosimilitud.....	197
7.	La justificativa de la convicción de verosimilitud.....	198
8.	Criterios para el control de la racionalidad del discurso basado en la convicción de verosimilitud.....	201
9.	Convicción de verosimilitud y el caso concreto.....	202
10.	La importancia de identificar la tutela del derecho que se va a anticipar para la racionalización de la convicción de verosimilitud.....	203
11.	La convicción de verosimilitud ante las varias especies de tutela anticipada.....	204
12.	Dificultad de la prueba, credibilidad de las alegaciones y convicción de la verosimilitud.....	208
13.	Convicción de verosimilitud y consideración de las posiciones en disputa.....	210
14.	Convicción de verosimilitud y caución.....	214

§ 5: La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso.....217

1.	La dimensión del tiempo del proceso.....	217
2.	Las responsabilidades del sistema procesal, de la doctrina y del juez.....	220
3.	La demora del proceso siempre beneficia al demandado que no tiene razón.....	223
4.	El conflicto entre el derecho a la tutela tempestiva y el derecho al conocimiento exhaustivo y definitivo.....	225
5.	La necesidad de una distribución racional del tiempo del proceso.....	227
6.	La perspectiva de la Administración de Justicia y la necesidad de evitar el abuso del derecho de defensa.....	228

§ 6: La evolución de la técnica anticipatoria y de la tutela preventiva en Brasil.....231

1.	La tutela cautelar en el proceso civil del derecho liberal.....	231
2.	La distorsión del uso de la acción cautelar innominada.....	233

3.	La introducción de la técnica anticipatoria en el c.p.c. brasileiro	236
6.	La tutela civil contra el acto contrario al derecho. Su necesidad para la actuación de las normas de protección de los derechos fundamentales.....	242
7.	El proyecto del nuevo C.P.C. brasileiro: el intento de insertar una regla que evidencie que la acción inhibitoria exige sólo la demostración del acto contrario al derecho.....	244
8.	Sigue: la necesidad de distinguir tutela anticipatoria y tutela cautelar.....	245
9.	Sigue: la necesidad de delinear las situaciones que exigen la oportunidad de distribuir el onus del tiempo en el proceso	249
10.	Conclusión	250

- III -

LA TUTELA INHIBITORIA**§ 1: La efectividad de los derechos y la necesidad de un nuevo proceso civil.....**

1.	Los nuevos derechos y la imprescindibilidad de la tutela preventiva	253
2.	La inefectividad del proceso civil clásico para la obtención de la tutela preventiva	254
3.	La necesidad de que el proceso civil se estructure para permitir la tutela preventiva.....	256
4.	Los artículos 461 del Código de Proceso Civil y 84 del Código de Defensa del Consumidor brasileños como fuentes de un proceso civil realmente preventivo: La acción inhibitoria.....	257
5.	La necesidad de que el proceso civil se ocupe del acto contrario a derecho y no apenas del ilícito dañoso	259
6.	La urgencia de que el tema de la prueba deba ser repensado ante la necesidad de la acción inhibitoria.....	261

§ 2: La ruptura del principio de tipicidad de los medios ejecutivos.....

1.	El principio de tipicidad de los medios ejecutivos como garantía de libertad	265
2.	El agotamiento del concepto de sentencia condenatoria.....	267
	2.1 Comprensión y función de las clasificaciones	267
	2.2 El surgimiento de la sentencia “mandamental” en el derecho brasileño.....	271

2.3	La eliminación de la necesidad de instaurar el proceso de ejecución para la realización forzosa del derecho	274
2.4	Delimitación apurada de las sentencias “mandamental” y ejecutiva ante la sentencia condenatoria	277
2.5.	Sentencias y medios ejecutivos en los arts. 461 y 461-A del CPC y 84 del CDC brasileños.....	279
2.6.	La resistencia para admitir la conexión de la multa con la sentencia “mandamental”	280
2.7.	Medidas de coerción indirecta, de coerción directa y de subrogación...285	
3.	El rompimiento de la regla de congruencia entre el pedido y la sentencia en el derecho brasileño.....	287
4.	La fase ejecutiva: la posibilidad del juez modificar el valor o la periodicidad de la multa, así como determinar modalidades ejecutivas no previstas por la sentencia.....	290

§ 3: Tutelas inhibitoria y de resarcimiento en forma específica en “Anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica”

1.	Las características de los “nuevos derechos”	295
2.	La tutela inhibitoria	297
3.	Tutelas inhibitoria y de remoción del ilícito	299
4.	Presupuestos de la tutela inhibitoria y de remoción del ilícito.....	299
5.	Continúa: los medios de ejecución idóneos para la prestación de la tutela inhibitoria y de remoción del ilícito.....	300
6.	El resarcimiento en forma específica.....	305
7.	Continúa: los medios de ejecución idóneos para la prestación de la tutela resarcitoria en forma específica	307
8.	La acumulación del resarcimiento en forma específica con el resarcimiento por el equivalente pecuniario.....	309
9.	De la acción colectiva para el resarcimiento en forma específica de derechos individuales	311
10.	La acción colectiva y el cumplimiento imperfecto de la obligación	314

§ 4: La prueba en la acción inhibitoria.....

1.	Los nuevos derechos y la imprescindibilidad de la acción inhibitoria.....	319
2.	El uso no cautelar de la acción cautelar innominada. La acción cautelar ocupando el espacio de la acción inhibitoria.....	320

3.	La urgencia de repensar el tema de la prueba ante la necesidad de la acción inhibitoria y de la nueva función del procedimiento común de cognición (preventiva)	322
4.	El objeto de la prueba en la acción inhibitoria.....	323
5.	A la tutela inhibitoria le basta la probabilidad de la práctica del acto contrario al derecho, no siendo necesaria la demostración de la probabilidad de daño.....	324
6.	Las tres modalidades de acción inhibitoria	326
7.	Hecho indiciario, prueba indiciaria, raciocinio presuntivo, presunción y juicio.....	327
8.	La acción inhibitoria y el hecho indiciario.....	328
9.	“Juicio instrumental”, Presunción, “Juicio-resultado”, “Juicio-provisional” y “Juicio-final”	328
10.	El control de la admisibilidad de la prueba para la demostración del hecho indiciario	329
11.	La tutela inhibitoria anticipada, la prueba y el juicio-provisional.....	330
12.	La importancia del sentido común para el raciocinio fundado a partir de la prueba indiciaria.....	332
13.	La importancia del sentido común para la formación del juicio a partir de la presunción.....	333
14.	La necesidad de que el juez explique la razón que le llevó a admitir una presunción y a formar un juicio de procedencia	334
§ 5: Tutela contra el ilícito (Art. 497, párrafo único, CPC/2015)		337
1.	La tutela contra el ilícito en el CPC/2015	337
2.	La tutela resarcitoria por equivalente como única respuesta contra el ilícito.....	338
3.	La incompatibilidad entre el proceso civil permeado por los valores del derecho liberal clásico y la tutela contra el ilícito (acto contrario al derecho)	340
4.	Primeros pasos en la percepción de la necesidad de tutela contra el ilícito (acto contrario al derecho).....	343
5.	La norma de protección de los derechos fundamentales y la tutela de los derechos transindividuales.	346
6.	La tutela jurisdiccional contra el ilícito (no lesivo)	347
8.	Significado de la prohibición de discutirse el daño en la acción destinada a la tutela contra el ilícito	352