

TUTELA INHIBITORIA: LA TUTELA DE PREVENCIÓN DEL ILÍCITO

DR. LUIZ GUILHERME MARINONI

(Profesor Titular de la Cátedra de Derecho
Procesal Civil de la "Universidade Federal do
Paraná")

1. INTRODUCCIÓN

En primer lugar gustaría rendir mi homenaje al Profesor René A. Padilla, notable jurista, que mucho contribuyó para el engrandecimiento del Derecho en Argentina y en América Latina. Quisiera también agradecer a los doctores René Padilla (hijo) y Rodrigo Padilla, que coordinan estas importantes jornadas. Agradezco igualmente a mi amigo Álvaro Pérez Ragone, joven estudioso de promisorio futuro, agradeciendo especialmente por el recuerdo de mi nombre para la participación en este evento, participación que mucho me honra y me trae alegría, marcada notoriamente por tener la oportunidad de conocer a los ilustres profesores y juristas que aquí se encuentran.

El tema de la Tutela Inhibitoria¹, que me fue conferido, se relaciona básicamente con la necesidad de garantizar la integridad de los derechos, principalmente de aquellos de contenido no patrimonial o prevalentemente no patrimonial, que no pueden ser adecuadamente tutelados a través de la vía resarcitoria y del procedimiento ordinario clásico, conceptuando a éste como el procedimiento que no contiene tutela anticipatoria y que puede culminar apenas en una de las tres sentencias de la clasificación clásica (declarativa, constitutiva y condenatoria).

Para que tales derechos puedan ser adecuadamente tutelados, es preciso la superación de la idea de que la única tutela contra el ilícito es la de reparación del daño, es también necesaria la construcción de un procedimiento autónomo y capaz de garantizar la prestación de una tutela susceptible de inhibir la práctica, la repetición o la continuación del ilícito. Tal procedimiento, como es obvio, debe ser munido y dotado de tutela anticipatoria y de una modalidad de sentencia que ordene y disponga bajo

¹ Sobre el tema, ver, no direito brasileiro, Luiz Guilherme Marinoni, Tutela inibitória (individual e coletiva), São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

pena de multa. Especie de sentencia que no se encuadra en las definiciones de sentencia declarativa, constitutiva o condenatoria, y que justamente por esto es definida como "Mandamental-Ordenatoria" (en el sentido de ser una orden judicial).

2. EL PROCESO CIVIL CLÁSICO Y LA AUSENCIA DE UNA TUTELA CAPAZ DE IMPEDIR LA PRÁCTICA DEL ILÍCITO:

El procedimiento de cognición plena y exhaustiva, complementado por las tres sentencias de la triple clasificación, es absolutamente incapaz de garantizar una tutela preventiva adecuada.

Este modelo de "proceso", que puede ser llamado como "proceso civil clásico", además de reflejar, sobre el plano metodológico, las exigencias de la escuela sistemática, basada en la necesidad de aislar el proceso del derecho material, refleja los valores del derecho liberal, fundamentalmente la pretendida neutralidad del Juez, la autonomía de la voluntad, la no injerencia del Estado en las relaciones de los particulares y la incoherencia del hacer.

Uno de los grandes obstáculos de la tutela preventiva está presente en la propia clasificación trinaría, ya que ninguna de las sentencias de esta clasificación tienen la virtud de propiciar la tutela preventiva.

Como es sabido, el estado liberal hace surgir un juez desprovisto de poder de *imperium* y que debería apenas proclamar las palabras de la ley. Las sentencias de la clasificación trinaría, todas ellas lato sensu declarativas, reflejan esta idea, ya que no permiten al juez dar órdenes.

Debe notarse que no es apenas la tutela declarativa *stricto sensu* que está comprometida con los valores del estado liberal; la sentencia condenatoria igualmente obedece a esos valores, pues también actúa en el plano únicamente normativo².

El juez, a través de la sentencia condenatoria, además de declarar, aplica la sanción, abriendo las puertas a la ejecución forzada. Lo que interfiere, en concreto, en el plano de la realidad social, es solamente la ejecución. Sin la acción de ejecución la sentencia condenatoria quedaría reducida a una especie de sentencia declarativa.

² Ovídio Baptista da Silva, discorrendo sobre o "mundo jurídico" e a sua neutralidade (ao menos pretendida) quanto a valores, diz o seguinte: "Não é de estranhar, portanto, que o direito esteja hoje separado do fato, e as únicas ações que a doutrina reconheça sejam aquelas que operam exclusivamente no mundo normativo, as declaratórias, condenatórias e constitutivas, considerando meras conseqüências do ato jurisdiccional as eventuais repercussões fáticas da sentença, como **meras sentenças executivas e mandamentais que, sendo, fáticas, para a doutrina, não seriam jurídicas**". (Ovídio Baptista da Silva, *Jurisdição e execução*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1996, pág. 157).

No hay duda de que la idea de jurisdicción, como función meramente declaratoria, está nítidamente comprometida con el principio de división de poderes, y principalmente con la relevancia institucional que fue dada por el derecho liberal al Poder Legislativo. La tutela *lato sensu* declarativa, en este sentido, apenas reafirmaría la voluntad de la ley y la autoridad del Estado-Legislador; el Juez sería, en otras palabras, y como deseó Montesquieu, apenas la boca de la ley³.

Alguien dirá que el Juez, al ordenar, también declara. Nótese, mientras tanto, que cuando se dice que hay una relación entre el principio de la separación de los poderes y la función declaratoria de la jurisdicción, no se niega que el Juez tenga que investigar la existencia del derecho afirmado para después declararlo. El problema está en reducir la función del Juez a la declaración –según el principio de que “la orden ya estaría contenida en la ley”⁴–, privándolo de la posibilidad de dar órdenes o de ejercer *imperium*, lo que haría retomar, por el contrario, y de acuerdo a parte de la propia doctrina francesa, el papel que era atribuido al Juez anterior a la Revolución Francesa⁵.

Es importante, en efecto, recordar que la propia doctrina francesa llegó a afirmar que las *astreintes* invocan el papel que era reservado al pretor romano y que, por tanto, harían surgir un juez que no sería aquél que mejor se adaptaría al principio de división de los poderes⁶.

El temor de conferir al juez poder para dar órdenes, puede ser explicado a través de una comparación entre nuestro sistema y el del *common law*. Hay en el *common law*, y en particular en la disciplina del *contempt of Court*, algo que no se concilia con las bases del derecho liberal, ya que el juez armado del *contempt power* para sancionar sus propias órdenes pasa a ejercer un importante papel creativo, dejando de ser un mero burócrata.

³ Ver GIOVANNI TARELLO. *Storia della Cultura Giuridica Moderna*. Bologna, Mulino, 1976, ps. 287-291.

⁴ “Houve quem dissesse que na sentença condenatória se contém, além da declaração da existência do direito, a ordem ao devedor de cumprir a sua obrigação. Todavia, esta ordem já existe na lei, e o juiz, em todos os casos, não faz mais do que a declarar. (...) Não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente. Idêntico é, neste terreno, o conteúdo da sentença declaratória e da condenatória”. (ENRICO TULLIO LIEBMAN. *Processo de execução*. São Paulo, Saraiva, 1968, p. 14).

⁵ GEORGES RIPERT e JEAN BOULANGER. *Traité de droit civil*. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1957, p. 591.

⁶ “Par sa nature, la théorie des astreintes se rattache à la matière des voies d'exécution: si ce n'est pas à proprement parler une voie d'exécution, c'est tout au moins un moyen indirect d'assurer l'exécution d'un jugement. En s'en servant, les juges font usage, non de leur *jurisdictio*, mais de leur *imperium*” (GEORGES RIPERT e JEAN BOULANGER. *Traité de droit civil*. Cit., p. 591).

Además de eso, las figuras de las sentencias declarativa y condenatoria tiene una íntima relación con un Estado marcado por una extremada acentuación de los valores de la libertad individual en relación a los poderes de intervención estatal, revelando una nítida opción por la incoercibilidad de las obligaciones.

El proceso liberal, permeado por los principios de la abstracción de los sujetos y de la equivalencia de los valores, no estaba preocupado en asegurar el cumplimiento *in natura* o en asegurar al acreedor el bien que le era debido, sino apenas en garantizar un natural funcionamiento de la economía del mercado, bastando por tanto la sentencia condenatoria⁷.

No importaba para el derecho liberal la diferencia entre las personas y los bienes que deberían ser tutelados mediante la vía jurisdiccional. A esa abstracción, a esa indiferencia, correspondía, en el plano de la sanción, la tutela resarcitoria, que al expresar en términos económicos el valor equivalente al de la lesión, perseguía apenas garantizar el natural funcionamiento de la economía del mercado⁸.

El derecho liberal no tenía preocupación alguna por la tutela de las posesiones sociales económicamente más débiles⁹, ni con la protección de determinados bienes que hoy merecen, en razón de su imprescindibilidad para la inserción del ciudadano en una sociedad más justa, tutela jurisdiccional diferenciada¹⁰. Como resultado de eso, la tutela no precisaba ser específica, bastando apenas el restablecimiento del valor económico de la lesión, esto es, la tutela resarcitoria.

Hay una íntima relación entre la ideología liberal y la transformación del proceso económico, o una estrecha relación entre la igualdad formal de las

⁷ ADOLFO DI MAJO. *La tutela civile dei diritti*. Milano, Giuffrè, 1993, p. 156.

⁸ Ver SALVATORE MAZZAMUTO. *L'attuazione degli obblighi di fare*. Napoli, Jovene, 1978, p. 37.

⁹ Como explica Adolfo di Majo, "Le dottrine giuridiche dell'Ottocento, dopo la parentesi medioevale, recuperano appieno il principio romanistico (della prevalenza) della condemnatio pecuniaria, dovendo apparire, questa prevalenza, come la più funzionale alle esigenze del mercato. Nel mercato, com'è noto, non contano le qualità dei soggetti né quelle dei valori od interessi in esso presenti (astrattezza dei valori). In presenza di atti e/o di fatti che comportano inadempimento di obblighi e/o violazioni di diritti, la linea tendenziale è di imporre al responsabile il mero 'costo economico' di siffatti comportamenti, tendendosi in tal modo a riprodurre i meccanismi di mercato alterati". (ADOLFO DI MAJO. *La tutela civile dei diritti*. Cit., p. 156).

¹⁰ Como diz Mazzamuto, "l'imposizione di un costo economico dell'inadempimento ancorché spogliato dalle connotazioni equitative tipiche del diritto medioevale ed adeguato alle nuove esigenze di riproduzione del capitale, ripristina, infatti, i meccanismi di mercato ma non presuppone alcun programma di sostegno del soggetto economicamente o socialmente più debole: anzi ha uno spiccato carattere eguagliante, ignora le caratteristiche ed i bisogni socialmente diversificati dei contraenti, si limita ad esprimere, a livello della sanzione, l'equivalenza delle merci". (SALVATORE MAZZAMUTO. *L'attuazione degli obblighi di fare*. Cit. p. 37).

personas, la concepción liberal del contrato y el resarcimiento del daño como sanción manifestadora de una determinada realidad de mercado¹¹. Si los hombres son iguales y de este modo libres para auto-determinarse en el contrato, no cabe al Estado, en el caso de incumplimiento, interferir en la relación jurídica asegurando el cumplimiento *in natura*. Los límites impuestos por el ordenamiento a la autonomía privada son de contenido negativo, gozando de esta naturaleza la tutela resarcitoria.

La sentencia condenatoria, comprendida como una sentencia que se relaciona con la ejecución por subrogación, se aleja de la idea de coerción sobre la voluntad del obligado. La correlación entre la condena y la ejecución por subrogación, lleva implícito en el concepto clásico de sentencia condenatoria¹² un evidente compromiso con la ideología liberal, ya que evidencia que el juez no puede actuar sobre la voluntad del demandado mediante el uso de la coerción, privilegiando así el valor de la libertad individual.

La sentencia declarativa, en cuanto tutela que regula apenas formalmente (sin interferir en la esfera del particular) una relación jurídica, ya determinada en su contenido por la autonomía privada, también refleja la idea de una rígida delimitación de los poderes de intervención estatal en la esfera privada¹³.

En realidad, tanto la sentencia declarativa como la sentencia condenatoria reflejan no solo las doctrinas que inspiraron el artículo 1142 del Código de Napoleón, por el cual toda obligación de hacer o no hacer, en caso de incumplimiento, se resuelve en pérdidas y daños, sino también la ideología que dio origen al dogma de que la coherabilidad de las obligaciones constituye un atentado contra la libertad y la dignidad de los hombres¹⁴.

La tutela declarativa, precisamente porque no determina un hacer o un no hacer, es impotente para permitir la prevención del ilícito, y principalmente

¹¹ SALVATORE MAZZAMUTO. *L'attuazione degli obblighi di fare*. Cit. p. 37.

¹² "Innanzitutto: è chiaro che se, con la dottrina di gran lunga prevalente, chiamiamo condanna quel provvedimento giudiziario che, con l'accertare un diritto, **ne accerta l'ulteriore esigenza di tutela mediante esecuzione forzata**, accertando altresì i presupposti della concreta eseguibilità di quel diritto, **la suddetta correlazione necessaria è già implicita in questa definizione**; più precisamente, è implicita la correlazione tra condanna e titolo esecutivo, nel senso che non può essere definito condanna quel provvedimento al quale la legge non attribuisca quell'efficacia esecutiva che dall'articolo 474 C.P.C. è chiaramente individuata nella attitudine a fondare uno dei procedimenti esecutivi disciplinati nel libro terzo del codice". (CRISANTO MANDRIOLI. *Sulla correlazione necessaria tra condanna e eseguibilità forzata*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. 1976, p. 1.344).

¹³ Cf. CRISTINA RAPISARDA. *Profili della tutela civile inhibitoria*. Cit., p. 70/72. V. VITTORIO DENTI. *Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale*, in *L'informazione e i diritti della persona*. Napoli, Jovene, 1983, p. 267.

¹⁴ SERGIO CHIARLONI. *Misure coercitive e tutela dei diritti*. Milano, Giuffrè, 1980, p. 83.

la tutela de las nuevas situaciones jurídicas que no raramente detentan contenido no patrimonial.

Todo esto revela que el sistema clásico no fue pensado para permitir la tutela preventiva, o más aún que la doctrina clásica no se preocupaba por la tutela preventiva de los derechos, o que ciertamente tenía relación con la idea de que la única tutela contra el ilícito se constituía mediante la reparación del daño.

Si la tutela declarativa no es idónea para permitir la prevención, y si la tutela condenatoria tiene un nítido ámbito represivo, no hay posibilidad de encontrar, dentro de la clasificación trinaría de las sentencias, una vía adecuada para la tutela de los derechos no patrimoniales, lo que revela una total incapacidad del proceso civil clásico para tratar las relaciones más importantes de la Sociedad Contemporánea.

3. LA TUTELA INHIBITORIA: PREMISA

Si es imprescindible una tutela dirigida únicamente contra la probabilidad de la práctica del ilícito, es también necesaria la construcción de un procedimiento autónomo y suficiente para la prestación de esta modalidad de tutela.

Es preciso construir, en otras palabras, un procedimiento que culmine en una sentencia que ordene, bajo pena de multa, y que admita una tutela anticipatoria de la misma naturaleza.

Además de esto, como es necesario separar una tutela contra el ilícito, se requiere la reconstrucción de este concepto (lo ilícito), que no puede ser más comprendido como sinónimo de hecho dañoso.

La tutela inhibitoria, destinándose a impedir la práctica de un ilícito, su repetición o continuación, es esencialmente preventiva, ya que siempre mira para el futuro¹⁵.

Se trata de una forma de tutela jurisdiccional imprescindible dentro de la sociedad contemporánea, en que se multiplican los ejemplos de derechos que no pueden ser adecuadamente tutelados por la vieja forma del equivalente pecuniario. La tutela inhibitoria, en otras palabras, es absolutamente necesaria para la protección de los llamados nuevos derechos, como lo reconocen en el Derecho Argentino Noemí Lidia Nicolau y Ricardo Luis Lorenzetti¹⁶.

¹⁵ Ver CRISTINA RAPISARDA. *Profilii della tutela civile inibitoria*. Milano, Giuffrè. 1987, ps. 88 e ss.

¹⁶ "É importante ressaltar que a *Constitución de la Nación Argentina*, após a reforma ocorrida em 1994, passou a afirmar que 'toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta

4. LA TUTELA INHIBITORIA Y SUS PRESUPUESTOS

La inhibitoria no tiene el daño entre sus presupuestos. Su objetivo, tal como fue dicho, es el ilícito.

Es preciso dejar claro que el daño es una consecuencia meramente eventual del acto ilícito. El daño es requisito indispensable para la configuración de la obligación resarcitoria, mas no para la constitución del ilícito.

Si el ilícito no depende del daño, debe haber una tutela contra el ilícito en sí, y así una tutela preventiva que tenga por presupuesto apenas la probabilidad del ilícito, comprendido como acto contrario al derecho.

La doctrina más moderna entiende que la inhibitoria prescinde de los posibles efectos concretos del ilícito, o más precisamente, que tal especie de tutela debe tomar en consideración apenas la probabilidad del ilícito¹⁷.

No hay duda de que el ilícito, en la mayoría de los casos, se torna visible en la faz del daño, que es su consecuencia concreta. La inhibitoria, por tanto, en gran número de casos, aun cuando pensada como tutela dirigida contra el ilícito, acaba de hecho por impedir la efectivización de un daño. Esto no quiere decir, sin embargo, que no sea posible una tutela inhibitoria dirigida apenas contra el ilícito.

Cuando se piensa en el ilícito mirando hacia el daño, se exige un elemento subjetivo –culpa o dolo– para la configuración de la responsabilidad propia

Constitución, un tratado o una ley...' (artículo 43). A doutrina argentina, considerando a atual regulamentação do *amparo*, afirma que é possível se postular uma *inhibitoria* quando não haja 'outra via judicial idónea' para a tutela de um direito. A doutrina argentina, em outras palavras, encontra no referido artigo 43 o ancoradouro de uma forma atípica de tutela inibitória, destinada a tutelar preventivamente os direitos do cidadão ameaçados por atos de autoridade pública ou de particular, quando não haja a previsão de uma tutela jurisdicional capaz de proporcionar igual resultado preventivo. É interessante notar que na Argentina também houve discussão sobre a admissibilidade do amparo contra o particular e, mais do que isso, que a doutrina argentina reconhece que a teorização da inibitória a partir do amparo só foi possível após a sua extensão aos atos dos particulares. É o que afirma, em recente e importante ensaio sobre o tema. Noemi Lidia Nicolau: 'La admisibilidad del amparo contra los particulares es uno de los aspectos más importantes de la norma. Fue tema hartó discutido en el Derecho argentino, pues, por ejemplo, la ley nacional de amparo 16.986 (Adla, XXVI-C, 1491) sólo lo admitía contra actos de la autoridad pública. Por entonces no era posible relacionar el amparo con la inhibitoria'. Reconhece-se na Argentina, a grande importância de inibitória para a tutela dos direitos não patrimoniais; afirma Nicolau que 'donde mayor cabida tiene la inhibitoria es en materia de derechos de contenido extrapatrimonial, especialmente en los personalísimos, en los cuales tiene sus despliegues más importantes: La protección del nombre, la imagen, la intimidad y el derecho moral de autor'". (LUIZ GUILHERME MARINONI. *Tutela inibitória*. Cit. ps. 290 e ss.). Ver NOEMI LIDIA NICOLAU. *La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional*. La Ley, 1996-A, p. 1246; RICARDO LUIS LORENZETTI. *La tutela civil inhibitoria*. La Ley, 1995-C, p. 1217 e ss.

¹⁷ Ver CRISTINA RAPISARDA. *Profili della Tutela Civile Inibitoria*. Cit., ps. 108 y ss.; ALDO FRIGNANI. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano, Giuffrè, 1974, ps. 417 e ss.

por el ilícito. El ilícito, comprendido en la perspectiva de la responsabilidad civil, no requiere solo la presencia del daño, sino también exige –al menos como regla– la presencia del elemento subjetivo.

Con todo, comprendido el ilícito como acto contrario al derecho, no hay razón para exigir el elemento subjetivo para su configuración. Tratándose de la tutela inhibitoria, forma de tutela jurisdiccional que nada tiene que ver con el daño, sino apenas con la probabilidad de la práctica de un ilícito, no hay razón para pensar en la culpa. La culpa es un criterio para la imputación de la sanción por el daño¹⁸, siendo totalmente descartable cuando se piensa en impedir la práctica, la continuación o repetición de un acto contrario al derecho. Si alguien está en la inminencia de cometer un ilícito cabe la acción inhibitoria, importando poco si la culpa está presente.

Es correcto concluir, así, que la tutela inhibitoria no tiene entre sus presupuestos al daño y a la culpa, limitándose a exigir la probabilidad de la práctica de un ilícito, de su repetición o continuación.

5. LA TUTELA INHIBITORIA COMO COROLARIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCESO A LA JUSTICIA

Afirma el artículo 5º, XXXV, de la Constitución Federal Brasileña, que ninguna ley excluirá de la apreciación del poder judicial la lesión o amenaza al derecho. Tal norma, según la doctrina, garantiza a todos una tutela jurisdiccional adecuada y efectiva; por tal razón es correcto decir que esta norma constitucional también garantiza la tutela inhibitoria.

Si el ordenamiento jurídico afirma determinados derechos –como el derecho a la honra, el derecho a la imagen, a la pureza del medio ambiente, etc.–, y estos, por su naturaleza, no pueden ser violados, el legislador infraconstitucional está obligado a predisponer una tutela jurisdiccional capaz de impedir la práctica del ilícito. En verdad, si la existencia del derecho material, en el nivel de la efectividad, depende de la efectividad del proceso, no hay como negar que la institución de derechos que no pueden ser tutelados a través de la técnica resarcitoria, hacer surgir, por consecuencia lógica, un derecho a una tutela que sea capaz de evitar la violación del derecho material.

Además, si la única sanción del ilícito fuera la resarcitoria, el propio concepto de norma jurídica estaría comprometido, ya que el derecho no estaría siendo garantizado adecuadamente por la sanción presente en la propia norma jurídica¹⁹.

¹⁸ CRISTINA RAPISARDA SASSOON, *Inibitoria, digesto delle discipline privatistiche*. V. 9. p. 479.

¹⁹ MARIO ROTONDI, *Diritto industriale*. Padova, Cedam, 1965, p. 519.

Es por esto que no tenemos duda alguna en afirmar que el principio general de prevención es inherente a cualquier ordenamiento jurídico preocupado en efectivamente garantizar, y no solo apenas en proclamar, los derechos.

6. LA TUTELA INHIBITORIA NEGATIVA Y LA TUTELA INHIBITORIA POSITIVA

En algunos ordenamientos, como el italiano, en que la tutela inhibitoria no existe en la dimensión que es propuesta en el derecho brasileño, se acostumbra a asociar a la tutela inhibitoria a una obligación de no hacer.

La tutela inhibitoria, con todo, no se prevé apenas para impedir un hacer, o sea un ilícito comisivo, sino que se destina a combatir cualquier especie de ilícito, sea el comisivo u omisivo. El ilícito, conforme a la especie de la obligación violada, puede ser comisivo u omisivo, lo que abre, por consecuencia, la oportunidad a una tutela inhibitoria negativa –que imponga un no hacer– y a una tutela inhibitoria positiva –que imponga un hacer–.

Hay algo semejante en el derecho anglo-americano, que conoce las llamadas *prohibitory injunction* y *mandatory injunction*, consistiendo la primera en una orden que impone una obligación de no hacer y la segunda en una orden que impone un hacer²⁰. Como es sabido, el éxito de la *injunction* deviene de la flexibilidad que la caracteriza, permitiendo su adaptación a los más diversos casos carentes de tutela. Así, si una determinada situación concreta requiere la imposición de un hacer, se impone la *mandatory injunction*, en la hipótesis inversa, concluyéndose por la necesidad de una orden de no hacer, se determina la *prohibitory injunction*.

7. LOS ARTÍCULOS 461 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y EL 84 DEL CÓDIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

De acuerdo con el artículo 461 del Código Procesal Civil, “en la acción que tiene por objeto el cumplimiento de obligación de hacer o de no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o, si procedente el pedido, determinará providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento”. Según el párrafo cuarto de este artículo, el juez podrá, en la sentencia o en la tutela anticipatoria, “imponer una multa diaria al demandado, independientemente del pedido del actor, si fuera suficiente o compatible con la obligación, fijándole plazo razonable para el cumplimiento del precepto”.

²⁰ Como explicam BAKER e LANGAN, “an injunction restraining the doing or continuance of some wrongful act is called prohibitory or restrictive. An injunction to restrain the continuance of some wrongful omission is called mandatory”. (P. V. Baker e P. St. J. Langan, Snell's principles of equity. London, Sweet & Maxwell Ltd., 1982, p. 625).

Como está claro, el artículo 461 permite que el juez ordene so pena de multa, en la sentencia o en la tutela anticipatoria. El artículo 461, en otras palabras, hace surgir un procedimiento que desemboca en una sentencia que ordena so pena de multa, denominada por nosotros sentencia mandamental, y que viabiliza una tutela anticipatoria de la misma naturaleza. Como la tutela inhibitoria, para ser prestada, necesita de un procedimiento de este tipo, es correcto afirmar que el artículo mencionado constituye el fundamento –en términos de instrumentos de tutela– de la tutela inhibitoria individual.

El artículo 84 del Código de Defensa del Consumidor, aplicable a la tutela de todos los intereses difusos y colectivos, tiene una redacción prácticamente idéntica al artículo 461 del Código Procesal Civil. Tal norma funda por tanto la acción inhibitoria colectiva, permitiendo una tutela preventiva adecuada en nivel “colectivo”.

En otros términos, hay en el Derecho brasileño medios procesales idóneos para la construcción de un procedimiento capaz de viabilizar la tutela inhibitoria de los derechos individuales, difusos y colectivos.

La Constitución de la Nación Argentina afirma “Toda persona puede interponer **acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo**, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o **de particulares**, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o **amenace**, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...”.

Entiéndese que la “inhibitoria” puede ser requerida cuando “no hubiere otra vía judicial idónea” para la tutela de un derecho.

Reconócese la gran importancia de la inhibitoria para la tutela de los derechos no patrimoniales; afirmase que “donde mayor cabida tiene la inhibitoria es en materia de derechos extrapatrimoniales, especialmente en los personalísimos, en los cuales tiene sus despliegues más importantes: la protección del nombre, la imagen, la intimidad, y el derecho moral de autor”.

El Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998 para la República Argentina afirma en su artículo 1586 que “el tribunal tiene atribuciones para disponer, conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción de daño futuro”. Este artículo, según lo que parece viene a reafirmar la idea ya presente en el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina, de que existe la necesidad de otorgar a todos los ciudadanos una modalidad de tutela jurisdiccional que sea capaz de evitar el ilícito.

8. TUTELA INHIBITORIA Y PRINCIPIO DE LA DEMANDA

De acuerdo con el artículo 400 del Código Procesal Civil brasileño, “es prohibido al juez pronunciar sentencia, en favor del actor, de naturaleza diversa de la pedida, así como condenar al demandado en cantidad superior

o en objeto diverso del que le fue demandado". Con todo, el artículo 461 –así como el artículo 84 del Código de Defensa del Consumidor– permite que el juez imponga una multa, en la sentencia o en la tutela inhibitoria, de oficio.

Además de eso, el artículo 461²¹ afirma que el juez puede conceder a la tutela específica o determinar "providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento". Se admite expresamente, así, que el juez deje de atender al pedido formulado por el actor para determinar y emitir una providencia diversa, desde que mira a la tutela efectiva del derecho material. En este sentido, se posibilita al juez, envés de ordenar so pena de multa la paralización de las actividades de una fábrica que está produciendo una polución al medio ambiente, ordenar la instalación de una tecnología capaz de evitar la continuación de la polución. Vice-versa, y cuando no fuera suficiente el uso de tecnologías capaces de contener la polución, el juez puede determinar la paralización de las actividades, aun cuando esta no haya sido pedida.

Una vez que se confiere al juez una amplia gama de poderes, teniendo en cuenta la obtención de una adecuada tutela del derecho material, se aplican los principios de la efectividad y de la necesidad.

Los artículos 461 del Código Procesal Civil y el 84 del Código de Defensa del Consumidor, son nada más que dos de las respuestas del legislador infraconstitucional a la necesidad de una efectiva y adecuada tutela de los derechos que no pueden ser tutelados a través de la técnica resarcitoria. Tales normas fueron diseñadas a partir de la toma de conciencia de que el proceso está sometido al principio de efectividad y que, así debe proporcionar una tutela efectiva a aquellos que necesitan recurrir al poder judicial para tener sus derechos protegidos.

Admitir el desarrollo de un procedimiento que evidencia la existencia de una situación ilícita y negar al juez el poder de conferir la tutela jurisdiccional adecuada para el respectivo fin, es desconsiderar el hecho de que las normas ya referidas persiguen evitar, inclusive en nombre de la garantía de importantes derechos protegidos constitucionalmente, la degradación de la tutela efectiva del derecho material en resarcimiento pecuniario. Si el juez puede declarar el ilícito, y la tutela requerida no es suficiente para impedir su continuación, negar la posibilidad de la concesión de una tutela adecuada es sustraer de la jurisdicción la posibilidad de impedir la transformación del **derecho en dinero**. Es el principio de efectividad, por tanto, que ilumina las normas que confieren al juez la posibilidad de conceder tutela diversa de la pedida para que un derecho pueda ser efectivamente tutelado²².

²¹ Bem como o artigo 84 do CDC.

²² LUIZ GUILHERME MARINONI. *Tutela inibitória*. Cit., ps. 129/130.

Si el principio de efectividad es relevante, no es de menor importancia, para la adecuada prestación de la tutela inhibitoria, el principio de la necesidad. En el derecho brasileño no es posible requerirse una tutela inhibitoria, que aun cuando tienda a evitar el ilícito, acabe causando un daño excesivo al demandado. La tutela debe ser solicitada dentro de los límites de cada situación concreta, evitando la imposición de un no-hacer o de un hacer que pueda provocar en la esfera jurídica del demandado una interferencia "injusta", porque excede la necesidad concreta de tutela. La inhibitoria, en otras palabras, debe ser impuesta al demandado dentro de los límites necesarios a la prevención del ilícito.

El principio de necesidad, que se desdobra en los principios de la menor restricción posible y del medio más idóneo, y que sería, según Karl Larenz, una modalidad especial del principio de proporcionalidad, se relaciona con el principio de "prohibición de exceso". Pensándose en "prohibición de exceso" surgen las ideas de "equilibrio" y de "justa medida", que se destinan a evitar que el derecho sea tutelado mediante una imposición de medidas excesivas al demandado²³.

Como afirma Larenz, la idea de "justa medida" tiene una relación muy íntima con la idea de justicia, tanto en el ejercicio de los derechos, como en el de imposición de deberes y cargas, de equilibrio de intereses recíprocamente contrapuestos en la línea del menor perjuicio posible²⁴.

El actor de la acción inhibitoria, así, debe requerir la orden que imponga la consecuencia menos gravosa al demandado, precisamente para que sea preservada la idea de "justa medida", que está indisolublemente ligada a la de justicia²⁵.

9. LA EJECUCIÓN DE LA TUTELA INHIBITORIA

En la ejecución de la tutela inhibitoria interesa que la multa sea impuesta en valor suficiente para instar al demandado a cumplir. Así, debe ser tomada en consideración a la capacidad económica del demandado. Vale la pena recordar, además, que esta preocupación está presente en el Derecho francés, donde la Corte de Casación ya llegó a afirmar que el valor de la astreinte debe ser fijado de acuerdo con el potencial económico de quien debe soportarla.

De acuerdo con el artículo 644, caput, del Código Procesal Civil del Brasil, "en la ejecución en la que el acreedor pide la ejecución de la obligación de

²³ KARL LARENZ. *Metodología da ciência do direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian. 1989. p. 585.

²⁴ KARL LARENZ. *Metodología da ciência do direito*. Cit., p. 514.

²⁵ KARL LARENZ. *Metodología da ciência do direito*. Cit., p. 585.

hacer o no hacer, determinada en título judicial, el juez, si incumple la sentencia, fijará una multa por día de atraso y el día a partir del cual ella será debida". Por otro lado, el parágrafo único de este artículo afirma que *"el valor de la multa podrá ser modificado por el juez de la ejecución, verificando que se tornó insuficiente o excesivo"*.

Tal norma, como se ve permite que el valor de la multa, sea aumentado o disminuido, lo que da a la multa una mayor flexibilidad, permitiendo que ella sea adecuada a las reales necesidades del caso concreto.

Si la propia norma procesal permite al juez, que altere para más o para menos, el valor de la multa, sin exigir para ello cualquier condición, a no ser que la tutela se haya mostrado insuficiente o excesiva, es evidente que la ley aleja el valor de la multa de la incidencia de la cosa juzgada material. El legislador procesal, en otras palabras, intencionadamente excluyó el valor de la multa del ámbito de cobertura de la cosa juzgada material.

El objetivo del legislador es permitir que el juez, modificando el valor de la multa, la torne más adecuada a las diversas situaciones concretas. La técnica prevista en el artículo 644 tiene relación con la propia naturaleza de la astreinte, figura que tiene una conformación nítidamente provisoria, vale decir, susceptible de ser alterada apenas para que sea asegurada la efectividad de la decisión del juez.

Considerándose la naturaleza de la multa, es fácil percibir la razón por la cual su fijación es hecha siempre con carácter provisoria; la fijación del valor de la multa tiene el objetivo de asegurar la efectividad de las decisiones judiciales, y no de dar al actor un derecho de crédito o igualmente persigue dejar claro que el demandado, aun cuando incumpliente, no debe pagar un valor superior de aquel que fue establecido.

Si la imposición de la multa, no consigue el fin al que se destina, puede el juez determinar, de oficio o a requerimiento, las llamadas "medidas necesarias", nos referimos a los artículos 461 del Código Procesal Civil y artículo 84 del Código de Defensa del Consumidor del Brasil.

El artículo 461 en su parágrafo quinto, afirma que *"para la efectivización de la tutela específica o para la obtención del resultado práctico equivalente, el juez podrá de oficio o a petición de parte, determinar las medidas necesarias, tales como la individualización y secuestro, la remoción de personas o cosas, destrucción de obras, impedir actividades nocivas, además de la requisición de la fuerza policial"*.

Como las medidas ejecutivas referidas, en el parágrafo que acaba de ser descrito, son apenas ejemplificativas, estando el juez autorizado a determinar otras, más compatibles con la situación concreta a él ofrecida,

no hay razón para descartarse la posibilidad de, por ejemplo, el juez designar un interventor o un administrador, para asegurar el hacer o no hacer que esté a cargo de una empresa.

Como se ve, el derecho brasileño consagra, en lo que trata respecto a la ejecución de la tutela de las obligaciones de hacer y no hacer, el principio de concentración de los poderes de ejecución del juez. Se quiebra, en otras palabras, el principio de la tipicidad de las formas ejecutivas, que quiere decir que la esfera jurídica del demandado solamente puede ser invadida a través de los medios, o de acuerdo con los procedimientos, típicamente previstos en la ley procesal.

10. TUTELA INHIBITORIA Y TUTELA DE REMOCIÓN DEL ÍLÍCITO

Si no hay duda de que hay derecho a una tutela capaz de impedir la práctica del ilícito, también no debe haber discusión acerca de la posibilidad de una tutela destinada a remover un ilícito o a eliminar una situación de ilicitud, aun cuando el daño no haya sido producido²⁶.

Una vez aceptada la diferencia conceptual entre ilícito y hecho dañoso, siendo este último una mera consecuencia del primero, es fácil percibir que en algunos casos hay necesidad de una tutela que tenga en vista remover un ilícito o eliminar una situación de ilicitud.

Es el caso del secuestro de productos nocivos para la salud del consumidor. La exposición para la venta de un producto nocivo para la salud del consumidor configura un ilícito, no obstante los eventuales daños que puedan ser provocados a varios consumidores por ventas ilegales. Esta tutela se destina a remover el ilícito, y no a evitarlo, tarea que, como se ha visto, incumbe a la inhibitoria.

En el caso de venta de productos perjudiciales para la salud, pueden ser propuestas, a través de los legitimados a la acción colectiva²⁷, las siguientes acciones: a) Colectiva de remoción del ilícito, en la cual el juez debe determinar secuestro de las mercaderías; b) colectiva inhibitoria, en la cual el juez debe ordenar que el producto no sea más expuesto a la venta; c) y, si los daños fueron provocados a los consumidores, colectiva para la tutela resarcitoria de los derechos individuales homogéneos, en la cual el juez determinará el deber de indemnizar, surgiendo como necesaria una faz subsiguiente para determinar la existencia y el valor de los daños ocasionados a cada uno de los consumidores²⁸.

²⁶ V. LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Inibitoria*, Cit., pp. 112 e ss.

²⁷ Artículo 82, CDC.

²⁸ Artículo 91 e ss., CDC.

Como se ve, existe al lado de la inhibitoria una tutela destinada a la remoción del ilícito, y no solo a inhibirlo. Esta tutela, como es evidente, no se confunde con la resarcitoria, pues no tiene por fin resarcir un daño, sino eliminar una situación de ilicitud, que puede o no haber generado un daño.

En el derecho brasileño, el juez, en la sentencia, o en la tutela anticipatoria, está autorizado a determinar las medidas necesarias²⁹, para que el ilícito sea removido. Tales medidas, determinadas en la propia sentencia, deben ser complementadas por un tercero o por un auxiliar del juez, independientemente de que se interponga una acción de ejecución. La sentencia, en el caso, ya tiene ejecutividad intrínseca, permitiendo al tercero o al auxiliar del juez que practiquen los actos necesarios para que el ilícito sea removido. En este caso la sentencia es definida como ejecutiva, y no como condenatoria.

11. CONCLUSIÓN

Finalizando, me gustaría agradecer nuevamente a los coordinadores de estas jornadas, diciendo que es una gran satisfacción estar aquí al lado de colegas y amigos argentinos, que tanto han contribuido para el perfeccionamiento del Derecho en América Latina. Muchas gracias.

²⁹ Artículos 461, § 5º, C.P.C. e artículo 84, § 5º, CDC.

