

LA EVOLUCIÓN DE LA TÉCNICA ANTICIPATORIA Y DE LA TUTELA PREVENTIVA

LUIZ GUILHERME MARINONI

PROFESOR CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL EN LA UNIVERSIDAD FEDERAL DEL PARANÁ (BRASIL). POST-DOCTOR EN LA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO. VISITING SCHOLAR EN LA COLUMBIA UNIVERSITY

La suposición de que la jurisdicción debería dar atención sólo a los derechos patrimoniales, susceptibles de conversión en dinero, aliada a la necesidad de garantizarse la libertad de cara al ejercicio del poder judicial, hizo surgir un proceso civil en el que el juez solamente debería prestar tutela contra el daño o emitir sentencias constitutivas o declaratorias.

El juez no podía comprometer la voluntad del demandado y no violar un derecho no sólo porque eso no era necesario para la tutela de los derechos que podían ser convertidos en dinero¹, pero también porque el principio de la autonomía de la voluntad y el concepto de libertad entonces vigentes le impedían de actuar de tal forma². No es por otro motivo que la sentencia declaratoria, al regular formalmente una relación jurídica determinada por la autonomía de las partes, es vista como el modelo típico del proceso civil del derecho liberal³.

¹ Mazzamuto, Salvatore. *L'attuazione degli obblighi di fare*. Napoli: Jovene, 1978, p. 37 y ss.

² Di Majo, Adolfo. *La tutela civile civile dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 156.

³ La relación entre la sentencia declaratoria y tutela preventiva, que fue puesta a la luz por la doctrina chiovendiana, derivó, en primer lugar, de una exigencia de construcción sistemática. No importaba, de hecho, si la sentencia declaratoria ejercía función realmente preventiva pero sí que la sentencia declaratoria, al ser pensada en contraposición a la sentencia de condena, demostraba el principio de autonomía de la acción, el cual se ligaba a la marca nítidamente publicista que Chiovenda imprimió a la jurisdicción. No es posible olvidar que la escuela sistemática se formó bajo la influencia de un modelo de Estado de Derecho de matriz liberal lo que significa que la doctrina chiovendiana de cierta forma estaba bajo la influencia de la orientación que inspiró a los juristas del siglo XIX. Ese modelo institucional de Estado, marcado por una acentuación de los valores de libertad individual en relación a los poderes de intervención estatal, se reflejó sobre la concepción de la sentencia declaratoria siendo sentencia que regula sólo formalmente una relación jurídica ya determinada en su contenido por la autonomía privada. No parece

Si el bien jurídico a ser protegido es la “cosa” dotada de un valor de cambio y el juez debe tener sus poderes limitados en nombre de la autonomía privada, el proceso no necesita y no puede dar tutela preventiva a los derechos. El proceso de conocimiento, dotado con una sentencia ligada a la ejecución forzada y de sentencias declaratorias y constitutivas, es incapaz de atender adecuadamente a los “nuevos derechos”.

La tutela cautelar, al pertenecer a esa misma dimensión del proceso civil, fue instituida porque la violación del derecho, objeto de la sentencia del proceso de conocimiento, puede traer consecuencias que pueden constituir perjuicios irreparables por medio de la tutela final⁴. Así, es ciertamente contradictorio admitir una tutela que, pensada como un instrumento, pueda tener un alcance mayor en relación a aquel que el proceso desea garantizar la utilidad. Una tutela preventiva que garantice una tutela represiva es una contradicción de términos.

En Brasil, el actual Código de Proceso Civil (de 1973) posee, al lado de los libros que tratan sobre los procesos de conocimiento y de ejecución, un libro para regular el proceso cautelar⁵. El Libro III del Código brasileiro, dedicado enteramente al proceso cautelar, posee procedimientos cautelares especiales y la previsión de la acción cautelar innominada⁶. El art. 806⁷ del Código afirma

equivocado afirmar, así, que la contraposición sentencia declaratoria-tutela inhibitoria expresa diferentes necesidades y valores, estando la primera marcada por el deseo de no permitir la intervención del Estado en las relaciones de los particulares y la segunda por una exigencia prácticamente opuesta, o sea, por una real necesidad de impedir la violación de derechos considerados fundamentales dentro de un contexto de Estado que, dejando de lado la necesidad de sólo preservar la libertad del ciudadano, pasa a apostar no sólo en la consagración formal, pero sobretodo, en la tutela efectiva y concreta de derechos imprescindibles para una organización social más justa y ecuánime. Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*, 3ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 242. V. Denti, Vittorio. *Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale. L'informazione e i diritti della persona*. Napoli: Jovene, 1983, p. 267; Rapisarda, Cristina. *Profili della tutela civile inhibitoria*, Milano: Giuffrè, 1987, p. 67-68.

⁴ V. en ese sentido, Di Majo, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Cit., p. 144.

⁵ El Código brasileiro posee libros destinados a los procesos de conocimiento, de ejecución y cautelar, además de un libro destinado a los procedimientos especiales.

⁶ CPC, art. 798. “Además de los procedimientos cautelares específicos que este Código regula en el Capítulo II de este Libro, el juez podrá determinar las medidas provisionales que juzgara adecuadas cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes del juzgamiento de la litis, cause al derecho grave lesión y de difícil reparación”.

expresamente la relación de instrumentalidad de la acción cautelar con una acción considerada como principal, dejando claro que la acción cautelar no puede ser vista como una acción autónoma, sino, como un instrumento de los procesos de conocimiento y ejecución.

No obstante, delante de la evolución del Estado y del surgimiento de nuevos derechos, la práctica forense se vio en la necesidad de admitir la distorsión del uso de la acción cautelar innominada para permitir la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos. La elaboración dogmática del derecho constitucional a la tutela jurisdiccional adecuada⁸, además de las presiones sociales por una tutela jurisdiccional efectiva y tempestiva, obligó al abogado a requerir, mediante una vestidura de una medida liminar de la acción cautelar, la tutela que, en principio, sólo podría ser alcanzada al final del proceso de conocimiento⁹.

Eso ocurrió fundamentalmente por dos razones: en virtud de la demora inherente al proceso de conocimiento y en razón de tal proceso no permitir la obtención de una tutela preventiva. Delante de eso, la acción cautelar innominada pasó a funcionar como técnica de sumarización del proceso de conocimiento y para suprimir su ineptitud para alcanzar la tutela preventiva de los derechos. Gracias al uso distorsionado que la práctica le impuso, la tutela cautelar perdió el carácter de instrumentalidad.

⁷ CPC, art. 806. "Cabe a la parte proponer la acción en el plazo de 30 (treinta) días, contados desde la fecha de la efectuación de la medida cautelar cuando esta fuere concedida en procedimiento preparatorio".

⁸ Proto Pisani, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, p. 575 y ss.; Proto Pisani, Andrea. Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria. *Foro Italiano*, 1983, p. 128 y ss.; Taruffo, Michele. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, p. 635 y ss.; Comoglio, Luigi Paolo. *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca). Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1981, p. 1 y ss.; Tommaseo, Ferruccio. *Appunti di diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 169 y ss.

⁹ Marinoni, Luiz Guilherme, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992; Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da Tutela*. 12^a. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

En el momento en el que surgió la necesidad de impedir la violación de los derechos de la personalidad, la acción cautelar innominada fue utilizada como antecedente de la acción declaratoria, demostrándose la necesidad de un procedimiento de conocimiento en el que fuese posible la obtención de tutela inhibitoria en la forma anticipada¹⁰. Se evidenció la necesidad de una acción inhibitoria autónoma, dotada de una técnica anticipatoria y un proveimiento final capaces de obligar al demandado a realizar un no hacer.

En otras varias situaciones, como en las que el jurisdicionado necesitaba retirar valores depositados en cuentas corrientes que fueron bloqueadas por actos del gobierno federal, llevaron no sólo al uso de la acción cautelar innominada para desde luego obtenerse la tutela del derecho material, pero también permitió que

¹⁰ Lorian Zanuttigh, escribiendo sobre el uso de la tutela cautelar atípica en la protección de los derechos de la persona, afirma que *gracias a la progresiva alteración de la estructura y de la función de la tutela cautelar innominada, se creó un modelo de protección más avanzado y eficaz*, “con resultados de nítida adherencia a la especificidad de los derechos de la persona”. Zanuttigh, Lorian. *La tutela cautelar atípica. L'informazione e i diritti della persona*. Napoli: Jovene, 1983, p. 281. Vittorio Denti, luego de recordar que el art. 700 del CPC italiano permitió que los tribunales suprimiesen la *ausencia de tutela jurisdiccional adecuada*, advierte que también emergió la necesidad de una “*tutela de urgencia con función no cautelar*”, o sea, no vinculada *instrumentalmente* con la tutela que el art. 700 define como ordinaria”. Denti, Vittorio. *Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale. L'informazione e i diritti della persona*. Napoli: Jovene, 1983, p. 263. Denti admite que el punto de partida de esa evolución de la utilización del art. 700 fue indudablemente la reconocida viabilidad de un posible efecto anticipatorio de la tutela cautelar en relación a la sentencia de mérito, característica esta que – según él – habría inducido Calamandrei en su clásico estudio sobre las medidas cautelares (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936) “al tratar de estas medidas de urgencia juntamente con las declaraciones con predominante función ejecutiva”. La necesidad de una tutela efectiva de los derechos no patrimoniales llevó a Proto Pisani (*La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*. Foro Italiano, 1990, p. 17 y ss) a insistir por la oportunidad de un procedimiento sumario no cautelar lo que, según Denti, superaría “el equívoco que vicia la actual aplicación del art. 700 sometido a exigencias de tutela que no tienen la características de la instrumentalidad propia de las medidas cautelares”. Así, se reconoce no sólo que la tutela inhibitoria sumaria no es marcada por la instrumentalidad, sino, también, que la admisión de esa forma de tutela con base en el art. 700 del CPC deriva de la necesidad de una “*tutela de urgencia con función no cautelar*” lo que da soporte a la tesis de que la tutela inhibitoria debe ser diferenciada de la tutela cautelar y, todavía, advierte que la categoría de la “*decisión anticipada y provisoria de mérito*”, elaborada por Calamandrei, se aproxima más a las declaraciones con predominante función ejecutiva de lo que a la tutela cautelar. Ver sobre la importancia de la obra de Calamandrei para el desarrollo de la teoría cautelar, Caponi, Remo. Piero Calamandrei e la tutela cautelare. *Rivista di Diritto Processuale*. Settembre-ottobre, 2012, p. 1250 y ss.

los tribunales dispensasen al demandante de proponer la acción que sería la de conocimiento. En realidad, el jurisdiccional nuevamente invocó la acción cautelar innominada para obtener inmediatamente la tutela de su derecho, pues el procedimiento común de conocimiento no le daba la oportunidad de requerir tutela anticipada, aunque los hechos pudiesen ser demostrados mediante una prueba documental y el derecho, por tal razón, estuviese a kilómetros más allá de un mero *fumus boni iuris*.

La percepción de que la acción cautelar innominada, en todas esas situaciones, bastaba y era suficiente para conceder la única tutela pretendida por el jurisdiccional, hizo surgir falsas discusiones acerca de la autonomía y de la “satisfactividad” de la acción cautelar. Eso porque la acción, aunque sea llamada de cautelar, en verdad constituía una acción de conocimiento pleno en el que era posible la obtención de la anticipación de la tutela final.

Por lo tanto, las necesidades de tutela adecuada de las situaciones de derecho sustancial evidenciaron la necesidad de instituirse, en el procedimiento común de conocimiento, una técnica de anticipación de la tutela. No sólo porque únicamente el procedimiento cautelar admitía un proveimiento liminar y siempre dependía de una acción de conocimiento, como también porque los tribunales se negaban a admitir una tutela anticipada del derecho material a partir del pedido de la tutela cautelar.

En 1994, la reforma del Código de Proceso Civil instituyó la llamada tutela anticipatoria, o sea, la posibilidad de el juez, mediante un proveimiento liminar, anticipar la tutela final en el procedimiento común de conocimiento¹¹. La norma del artículo 273 del Código de Proceso Civil pasó a admitir la anticipación de la tutela en dos hipótesis: i) delante de un fundado peligro de daño irreparable y de difícil

¹¹ En 1990 defendí la tesis que dio origen a la institución de la tutela anticipatoria en el Brasil. El libro, fruto de la tesis defendida en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo fue publicado en 1992 bajo el título de “Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória” por la Editorial Revista dos Tribunais. El libro fue objeto de reseña en Argentina por el Prof. Roberto Berizonce (*Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, 1995) y en Italia por el Profesor Angelo Dondi (*Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996) .

reparación y, ii) en caso de “abuso de defensa o manifiesto propósito dilatorio del demandado”¹².

El jurisdiccional fue muy beneficiado por la posibilidad de el juez poder anticipar la tutela con base en peligro o temor de daño¹³. Ya a partir de 1994 la

¹² He aquí la redacción del art. 273, en la versión de 1994: “Art. 273 – El juez podrá, a requerimiento de la parte, anticipar total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre que existiendo prueba inequívoca se convenza de la verosimilitud de la alegación y;

- I. Haya fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; o
- II. quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado.

§ 1° En la decisión que anticipara la tutela, el juez indicará de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento.

§ 2° No se concederá la anticipación de la tutela cuando hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado.

§ 3° La ejecución de la tutela anticipada observará, en lo que quepa, lo dispuesto en los incisos II y III del art. 588.

§ 4° La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier momento, en decisión fundamentada.

§ 5° Concedida o no la anticipación de tutela, proseguirá el proceso hasta el final del juzgamiento”.

¹³ Sobre el tema de la tutela anticipatoria, en el derecho brasilero, ver por todos, Marinoni, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, 12ª ed., cit., Marinoni, Luiz Guilherme. *Abuso da Defesa e Parte Incontroversa da Demanda*, 2ª ed., cit., da Silva, Ovidio Baptista. *Curso de Processo Civil*, v. 3, 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000; da Silva, Ovidio Baptista, *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1979; Fux, Luiz, *Tutela de segurança e tutela da evidência*, São Paulo: Saraiva, 1996; Mitidiero, Daniel, *Antecipação da Tutela*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. En Argentina, ver Oteiza, Eduardo. *Las tutelas cautelares y anticipadas – informe argentino*. In: *Derecho procesal contemporáneo – ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo I. Santiago: Puntolex, 2010; De los Santos, Mabel; Calmon, Petrônio, Informe general sobre tutelas urgentes y cautela judicial, In: *Derecho procesal contemporáneo – ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo I. Santiago: Puntolex; Peyrano, Jorge Walter, “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia – medidas autosatisfactorias”, *Revista de Direito Processual Civil* 9; Peyrano, Jorge Walter, “Régimen de las medidas autosatisfactorias, nuevas propuestas”, *Revista de Direito Processual Civil* 7; Morello, Augusto, *Anticipación de la Tutela*, La Plata, Platense, 1996; Berizonce, Roberto, Bermejo, Patricia y Amendolara, Zulma, *Tribunales y Proceso de Familia*, La Plata, Platense, 2001, p. 50-59; Rojas, Jorge, “Los límites de la tutela anticipada”, in *Sentencia Anticipada*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001; Carbone, Carlos Alberto, “Los procesos urgentes y la anticipación de la tutela”, *Revista de Direito Processual Civil* 21; Vargas, Abraham Luis, “Teoría general de los procesos urgentes”, in *Medidas Autosatisfactorias*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999; En el derecho uruguayo: Greif, Jaime, “Las medidas anticipativas”, in *Temas de Derecho Procesal Civil*, Montevideú, Cauce Editorial, 2000; En el derecho peruano, ver Monroy Palacios, Juan José, *Bases para la formación de una*

práctica forense asimiló la novedad y hoy es imposible pensar la justicia brasilera sin tal instrumento de tutela de los derechos. Se trata, sin duda alguna, no sólo de una técnica procesal que resultó de la delicada y creativa tarea dogmática, sino, de un mecanismo que trajo gran contribución para un mejor rendimiento de la justicia civil y para la realización de las necesidades de tutela de los derechos.

La nueva técnica pasó a ser utilizada, inclusive, para la anticipación de suma de dinero, admitiéndose su ejecución mediante el embargo *on line* y la sanción coercitiva pecuniaria. Se demostró que la ejecución de la tutela anticipada de suma no podría someterse a los medios de ejecución de la sentencia de condena no sólo porque la urgencia que legitima su concesión es incompatible con la demora inherente a la ejecución forzada, como también porque no hay motivo alguno para que se pueda impedir la coerción de la voluntad del deudor que posee patrimonio para la realización de un crédito pecuniario, especialmente cuando este se muestra imprescindible para el atendimiento de un derecho no patrimonial o de una necesidad primaria¹⁴.

No obstante, los abogados brasileiros todavía no supieron hacer uso de la tutela anticipada basada en el “abuso del derecho de defensa”, lo que retiró de los tribunales la posibilidad de colaborar para el desarrollo de esa imprescindible técnica de distribución de la carga del tiempo del proceso.

La tutela anticipada con base en el abuso del derecho de defensa sólo puede ser comprendida por quien tiene sensibilidad para intuir que el tiempo del proceso es una carga que, así, no puede ser destinado al demandante, como si él fuese culpable por la demora inherente a la investigación de los hechos y a la sedimentación del juicio decisorio¹⁵.

teoría cautelar. Lima: Comunidad. 2002; Priori Posada, Giovanni, *La tutela cautelar*, Lima: Ara, 2006.

¹⁴ Marinoni, Luiz Guilherme, *Antecipação da Tutela*. 12^a. ed., cit., p. 219 y ss.

¹⁵ Marinoni, Luiz Guilherme, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997; Marinoni, Luiz Guilherme, *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. 2^a. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

Esa forma de tutela anticipada tiene racionalidad especialmente cuando parte del pedido o uno de los pedidos acumulados, se torna incontrovertido en el curso del procedimiento que debe caminar adelante para la dilucidación de la otra parte o de las otras pretensiones de la demanda¹⁶, bien como en la situación en que la única controversia del proceso reside en la “defensa del mérito indirecta”. Si los hechos articulados por el demandante son incontrovertidos, sea por haber sido aprobados mediante documento o por no haber sido contestados y el demandado alega hechos impeditivos, modificativos o extintivos que se muestran infundados, no hay racionalidad en obligar al demandante a pagar por la demora que sirve únicamente para el demandado poder intentar desvincularse de su carga de probar¹⁷. Bien vistas las cosas, se trata de pensar en el aspecto dinámico del propio onus de probar, o sea, en el tiempo necesario a la producción de la prueba, proponiéndose la distribución del tiempo del proceso con base en el mismo criterio establecido para la repartición de la carga de probar¹⁸.

También es posible pensar en un abuso del derecho de defensa cuando se da la debida relevancia a los precedentes de las Cortes Supremas. Si cabe a ellas atribuir sentido al derecho¹⁹, definiéndolo mediante las “mejores razones”²⁰, la

¹⁶ Para esclarecer esa posibilidad, la Ley 10.444/2002 insertó en el art. 273 del CPC el siguiente dispositivo: “§ 6°. La tutela anticipada también podrá ser concedida cuando uno o más de los pedidos acumulados o parte de ellos, se mostrara incontrovertido”

¹⁷ De acuerdo con Proto Pisani, “la técnica que puede satisfacer la exigencia de *evitar el abuso del derecho de defensa* es la condena con reserva de las excepciones. Con base en ella, el juez, una vez reconocidos sólo los hechos constitutivos del derecho, emite un proveimiento jurisdiccional sobre el mérito, dejando a una fase procesal sucesiva la cognición de las excepciones del demandado”. Proto Pisani, Andrea, *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994, p. 627.

¹⁸ Scarselli, Giuliano. *La condanna con riserva*. Milano: Giuffrè, 1989, p. 560-561.

¹⁹ La función de garante de la interpretación adecuada de la ley, como observa Elisabetta Silvestri, puede ser vista como perteneciente al “patrimonio genético” de las Cortes Supremas en general – de casación, de revisión, etc. – toda vez que su colocación en el ápice de la pirámide judicial necesariamente comporta el ejercicio de poderes de control sobre la actividad interpretativa realizada por los jueces inferiores. Silvestri, Elisabetta. *Corti Supreme Europee: Accesso, filtri e selezione*. In *Le Corti Supreme*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 110.

²⁰ Taruffo, Michele, La Corte di Cassazione e la legge. *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna: Il Mulino, 1991, p. 105. V. Chiassoni, Pierluigi, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna: Il Mulino, 2007, p. 16; Wróblewski, Jerzy, Legal syllogism and rationality of judicial decision. *Rechtstheorie*, v. 5, parte 1, cit., p. 40 y ss.

defensa que no demuestra que el caso bajo juzgamiento no se encuadra en el molde de un precedente o no trae relevantes y específicas razones para evidenciar la necesidad de su revocación no puede demorar la parte del derecho que, por cuenta de eso, se muestra evidente en el curso del proceso, pero que, en virtud de la regla de la “unità e unicità della decisione”, en principio, tendría que esperar el encerramiento de la instrucción probatoria que dice respecto a los hechos controvertidos relativos a la otra parte de la demanda.

La misma reforma que instituyó la tutela anticipatoria introdujo en el Código de Proceso Civil técnicas procesales destinadas a permitir lo que llamó de “tutela específica” ahí comprendidas las tutelas que garantizan la integridad del derecho material, sea evitando su violación, sea propiciando la reintegración del derecho violado o el resarcimiento en la forma específica²¹. El artículo 461 del Código de Proceso Civil²², además de nuevamente repetir la posibilidad de tutela anticipatoria de cara al fundado temor de daño, prevé la posibilidad de el juez utilizar el medio ejecutivo que reputara necesario para la efectividad de la tutela específica. Se

²¹ Marinoni, Luiz Guilherme, *Tutela Específica*. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002; Marinoni, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*, 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

²² He aquí la redacción del art. 461 en su versión actual: “Art. 461. En la acción que tenga por objeto el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o, si el pedido es fundado, determinará las providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento.

§ 1° La obligación solamente se convertirá en daños y perjuicios si el autor lo requiriera o si fuese imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico equivalente.

§ 2° La indemnización por daños y perjuicios se dará sin perjuicio de multa (art. 287).

§ 3° Siendo relevante el fundamento de la demanda y habiendo justificado temor de ineficacia del proveimiento final, le es lícito al juez conceder la tutela liminarmente o mediante justificación previa, citando al demandado. La medida liminar podrá ser revocada o modificada, a cualquier tiempo, en decisión fundamentada.

§ 4° El juez podrá, en la hipótesis del párrafo anterior o en la sentencia, imponer multa diaria al demandado, independientemente del pedido del demandante, si fuere suficiente o compatible con la obligación, fijándole plazo razonable para el cumplimiento del precepto.

§ 5° Para la efectución de la tutela específica o la obtención del resultado práctico equivalente, podrá el juez, de oficio o a requerimiento, determinar las medidas necesarias, tales como la imposición de multa por tiempo de atraso, búsqueda y aprehensión, remoción de personas y cosas, destrucción de obras e impedimento de actividad nociva, si es necesario con requerimiento de fuerza policial.

§ 6° El juez podrá, de oficio, modificar el valor o la periodicidad de la multa, en caso verifique que se tornó insuficiente o excesiva”.

confiere también al juez el poder de ordenar, bajo pena de sanción pecuniaria, en valor que entendiera suficiente para obligar al demandado a un no hacer y a un hacer, así como a utilizar medio ejecutivo no requerido por el demandante, siempre que fuese adecuado a la tutela del derecho en vista de las reglas del medio idóneo y de la menor restricción posible²³.

La institución de esa nueva modalidad de ejecución abrió oportunidad para la generalización de la ejecución indirecta delante de cualquier acción en la que no se pide tutela pecuniaria y, consecuentemente, a la elaboración teórica de un modelo adecuado a la tutela inhibitoria. Antes de todo, no obstante, se demostró la necesidad de deshacer la vieja asociación, de origen romano, entre ilícito y daño, o mejor, entre tutela contra el ilícito y responsabilidad civil. La confusión entre ilícito y daño es resultado de la idea de que el bien jurídico a ser tutelado es la *res* dotada de valor de cambio, para lo que sería suficiente la tutela resarcitoria por el equivalente²⁴.

²³ Se quebró la regla de la tipicidad de los medios ejecutivos, dada la necesidad de otorgar mayor poder de ejecución al juez. El control del poder ejecutivo, entretanto, pasó a ser realizado mediante la regla de la proporcionalidad, especialmente mediante las reglas del medio idóneo y de la menor restricción posible. Es evidente que el medio ejecutivo debe ser adecuado e idóneo para la tutela del derecho. El problema está en la selección del “medio más suave”, esto es, de aquel que, además de adecuado e idóneo a la tutela jurisdiccional, es menos perjudicial al demandado. Sólo las circunstancias del caso concreto pueden indicar la medida ejecutiva necesaria o más suave, vale decir, aquella que, siendo buena para el demandante, es también la mejor para el demandado. No obstante, las reglas del medio idóneo y de la menor restricción no tendrían importancia si no fuese por la necesidad de el juez justificar su decisión. El equívoco, revelado por la justificativa, es que evidenciará la ilegitimidad del medio de ejecución. Sin la racionalidad de la justificativa, la legitimidad del ejercicio de poder de ejecución quedaría comprometida y no sería posible concretizar el derecho constitucional de las partes de participar adecuadamente del proceso. Para comprender la racionalidad del control del nuevo poder ejecutivo del juez, conviene analizar la doctrina de Karl Larenz: “Entre los principios con forma de proposición jurídica pueden contarse también los principios del ‘medio más idóneo’ y de la ‘restricción menor posible’ que, como vimos, sirven muchas veces a los tribunales de pautas de ‘ponderación de bienes’. Son ‘en forma de proposición jurídica’, mientras exista un medio ‘más idóneo’, sólo una restricción ‘menor posible’ – la que protege suficientemente el bien preferido – del bien postergado, no requiriéndose, por lo tanto, una ulterior concretización de la pauta”. Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 585.

²⁴ V. Mòcciola, Michele, Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, p. 367 y ss; Salvi, Cesare,

La distinción entre ilícito y daño o la demostración de que el hecho dañoso es una consecuencia no necesaria²⁵ del acto contrario al derecho surgió al lado de la percepción de que la tutela civil contra el acto contrario al derecho se había tornado imprescindible para la actuación de las normas legales de protección a los derechos fundamentales²⁶. Quedó claro que la realización del contenido de esas normas dependería de tutelas capaces de inhibir la violación, la repetición o la

Legittimità e 'razionalità' dell'art. 844 Codice Civile. *Giurisprudenza italiana*, 1975, p. 591; Giorgianni, Michele, Tutela del creditore e tutela "reale". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1975, p. 853 y ss; Scognamiglio, Renato, Il risarcimento del danno in forma specifica. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 201 y ss.

²⁵ Se imaginó que la ley, al obligar la indemnización a alguien que cometió un daño, se consideró al daño como elemento esencial y necesario de la *fattispecie* constitutiva del ilícito. No obstante, el daño no es una consecuencia necesaria del acto ilícito, sino, un requisito para el surgimiento de la obligación de resarcir. Si el daño no es elemento constitutivo del ilícito, pudiendo el último existir independientemente del primero, no hay razón para no admitir una tutela que tome en consideración sólo el ilícito, dejando de lado al daño. De la misma forma que se puede pedir la cesación de un ilícito sin aludir al daño, es posible requerir que un ilícito no sea practicado sin la demostración de un daño futuro. Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 92 y ss. V. Frignani, Aldo. Azione in cessazione. *Novissimo Digesto Italiano*, 1980, p. 655; Rapisarda, Cristina. Profili della tutela civile inibitoria, cit; Taruffo, Michele; Rapisarda, Cristina, Inibitoria. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17.

²⁶ Cuando el Estado asume nuevas preocupaciones sociales y así pasa a importarse con la protección del medio ambiente, de la salud, de la educación y de la posición del consumidor en el mercado, además de un enfoque de los derechos de la personalidad a la luz de la evolución de las técnicas de comunicación, surgen normas que, objetivando realmente tutelar esas situaciones de derecho sustancial, pasan a imponer deberes, conscientes de que su observancia es fundamental para la consagración de esos "nuevos derechos". Eso es obtenido no sólo a través de normas que consagran un no hacer, sino, también, por medio de las normas que determinan una acción positiva. Tales normas parten de la premisa de que determinados actos deben ser vedados o necesariamente practicados, poco importando los efectos concretos de su violación, si son lesivos o no. En realidad, se parte del presupuesto de que la violación de la norma es causadora de perjuicio. O sea, la preocupación es con la simple observancia de la norma y no con el efecto concreto de su violación no importando más la idea que asociaba el ilícito a la responsabilidad civil. En los casos en que la tutela de los derechos fundamentales, deseada por la ley, exige la proposición de una acción judicial, hay tutela jurisdiccional que realiza la conducta impuesta por la ley. En ese sentido, la acción inibitoria revela preocupación con las normas que establecen comportamientos fundamentales para el adecuado desarrollo de la vida social. La posibilidad de requerirse una tutela independientemente de la existencia de daño tiene relación con el propio concepto de norma jurídica, toda vez que si la única sanción contra el ilícito fuese la obligación de resarcir en virtud del daño, la propia razón de ser de la norma estaría comprometida. Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*, 5ª ed., cit., p. 54-55.

continuación de la violación de la norma y de restablecer la situación que existiría en caso la norma no hubiese sido violada.

Tales tutelas no dependen de la discusión sobre el daño o su probabilidad, toda vez que se destinan a impedir el acto contrario al derecho o suprimir los efectos concretos de este. Así, por ejemplo, la acción inhibitoria para tutela derechos difusos, puede ser prestada para impedir la violación de una norma que prohíbe una conducta para la protección del derecho fundamental al medio ambiente. Mientras eso, todavía, por ejemplo, la acción de remoción del ilícito puede ser propuesta para retirar del mercado algún producto con contenido nocivo a la salud o incluso en desacuerdo con las reglas que dan protección al consumidor. Nótese que, tanto en la acción inhibitoria cuanto en la acción de remoción del ilícito, no es necesario invocar, respectivamente, probabilidad de daño a la salud o daño al consumidor. A propósito, el “descubrimiento” de las acciones contra el ilícito evidencia, todavía, que la tutela contra la competencia desleal, de la patente de invento o de marca comercial también nada tienen que ver con el daño o con la probabilidad, exigiendo sólo la demostración del acto contrario al derecho o de su probabilidad.

La percepción teórica de la relevancia de la distinción entre acto contrario al derecho y hecho dañoso para la tutela civil de los derechos hizo ver el absurdo de pensar en una acción cautelar innominada para las situaciones antes descritas. La acción cautelar no escapa del viejo presupuesto del fundado temor de daño, delineado en todas las leyes y obras doctrinarias que tratan de la tutela cautelar y, por consecuencia, da a los abogados mal formados o que actúan de mala fe la posibilidad de insertar la discusión del daño en el ámbito de la cognición judicial de una acción objetivada sólo contra el acto contrario al derecho, confundiendo al juez y demorando el proceso. Hoy es muy común la discusión del daño, inclusive con equivocada producción de prueba sobre este en acciones destinadas a la tutela de los interés difusos en el que se alega sólo la violación de una norma de protección a un derecho fundamental.

En el presente momento, en el que se discute el proyecto de un nuevo Código de Proceso Civil para el Brasil se intenta insertar en este reglas que denoten que las acciones inhibitoria y de remoción del ilícito exijan apenas la demostración del acto contrario al derecho, excluyendo la discusión del hecho dañoso. La Cámara de los Diputados, influenciada por lobistas de intereses privados, rechazó la propuesta de inserción de una acción inhibitoria en el proyecto del Código, bajo el argumento que, bien evidencia la mala comprensión del instituto y la no percepción de su imprescindibilidad para la tutela de los derechos, de que su uso podría colocar en riesgo la libertad de prensa. Es realmente impresionante, pero es verdad, lo cual demuestra la falta de preparación de los procesalistas y de los parlamentarios que prefieren circular en torno a discusiones irrelevantes sobre institutos procesales seculares, tal vez no para fugar de la lógica de que la alteración de la legislación es la mejor forma de conservar el *status quo*.

Interesa recordar, además, que posterior a la introducción de la tutela anticipatoria en el Código de Proceso Civil (en 1994), la tutela cautelar *incidental* continuó dependiendo de la *acción* cautelar. Por eso y por ser más fácil al jurisdiccional obtener la tutela cautelar mediante mero requerimiento en el proceso de conocimiento, no hubo preocupación en distinguir la tutela anticipatoria de la tutela cautelar. Eso quedó claro delante de las acciones declaratorias y constitutivas, dada la imposibilidad técnico-jurídica de declarar o constituir de forma sumaria o provisoria²⁷.

Sin embargo, cualquier observador sabe que la dificultad de diferenciación entre las tutelas anticipatorias resultó de una maniobra de la práctica forense, dirigida a permitir la obtención de la tutela cautelar mediante requerimiento en el proceso de conocimiento. Solamente en el año 2002, una nueva alteración en el Código de Proceso Civil estableció la posibilidad de también requerirse tutela

²⁷ Marinoni, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, 12ª ed., cit., p. 46 y ss. Sobre el punto en el derecho italiano, ver Tommaseo, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: Cedam, 1983, p. 257-259; Samori, Gianpiero. *La tutela cautelare dichiarativa*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1995, p. 949 y ss.; Carpi, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 59 y ss.

cautelar en el proceso de conocimiento²⁸. Esta alteración del Código, mientras tanto, no delineó el significado de la tutela anticipatoria delante de la tutela cautelar, lo que es necesario para evitar el uso indebido de esas formas de tutela que, inclusive, exigen justificativas dotadas de racionalidad completamente diversas²⁹.

Ahora, la historia del proceso civil muestra que la tutela cautelar fue pensada para garantizar la efectividad de la tutela del derecho material³⁰. La tutela

²⁸ Se insertó un § 7 al art. 273: “§ 7.- Si el autor, a título de anticipación de tutela, requiriera providencia de naturaleza cautelar, el juez podrá, cuando estuvieren presentes los respectivos presupuestos, otorgar la medida cautelar en carácter incidental del proceso juzgado”.

²⁹ El equívoco en suponerse que las categorías del derecho procesal pueden ser tratadas y conceptualizadas sin considerar el derecho sustancial, trae como consecuencia, la suposición de que no sería necesario identificar las peculiaridades y los presupuestos de las diferentes tutelas fundadas en peligro, bastando conceptualizarlas como tutelas “de urgencia” – que, así, dejaría de ser un género que engloba varias realidades, pero sí una realidad homogénea. Sucede que la idea de tutela de urgencia solamente puede explicar algo que es interno al proceso y no como algo preocupado con el derecho material y de los casos concretos. La falta de identificación de las tutelas que dan composición al género “tutela de urgencia” elimina la posibilidad de explicarse la convicción de verosimilitud y la justificación de la decisión anticipatoria, pues esas *no* son uniformes, contrariamente con el concepto de urgencia. La circunstancia de la tutela anticipatoria, en la perspectiva procesal, de poder ser conceptualizada como urgente, oscurece el hecho de que la tutela urgente pueda ser represiva y preventiva (inhibitoria) y las importantes implicancias que esa constatación tiene para el asunto que aquí interesa. Cf. Marinoni, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, 12^a ed., cit., p. 181 y ss.

³⁰ La distinción entre tutela cautelar y tutela anticipatoria es evidente. Como advirtió Giovanni Verde, “sería señal de escasa honestidad intelectual o de ingenuidad no excusable, pensar que el pago que satisface un crédito alimentario, no obstante fundado en un proveimiento cautelar, no implique satisfacción del derecho de crédito *pero sirva meramente para cautelarlo*”. Verde, Giovanni, L’attuazione della tutela d’urgenza. *La tutela d’urgenza*. Rimini: Maggioli, 1985, p. 92. “Nel tirare le somme, avviandomi a concludere, mi accorgo di avere tenuto un discorso confuso, disarticolato e in qualche parte incoerente. *Ma la verità è che sono stato travolto dalla stessa maniera disorganica con la quale l’istituto del provvedimento d’urgenza si è venuto modificando e adattando alle concrete esigenze*. E mi pare che le indicazioni fornite, dalle quali si sono volutamente tralasciate le ricchissime serie di provvedimenti a tutela dei diritti della personalità (in senso tradizionale) e della concorrenza, che rappresentano il campo naturale di applicazione dei provvedimenti in esame, abbiano confermato che non ci sia stata vicenda di qualche rilievo (...) che non sia passata per tale forma di giustizia. *Ne è venuta fuori una tipologia assai varia e che forse meriterebbe di essere organizzata secondo criteri sistematici, che non sono stato in grado di elaborare. Si potrebbero, così, isolare accertamenti sommari con prevalente funzione cognitiva, accertamenti sommari con prevalente funzione esecutiva, ingiunzione, inibizione oltre che meri provvedimenti cautelari*”. Verde, Giovanni. Considerazioni sul procedimento d’urgenza – come è e come

cautelar nunca fue o podría haber sido pensada para dar tutela al derecho material y, mucho menos, para inhibir la violación del derecho o remover sus efectos concretos. Admitir que la tutela del derecho material mediante cognición sumaria sería lo mismo que admitir la ejecución antes del agotamiento del ejercicio del derecho de defensa, algo incompatible con el principio de la *nulla executio sine titulo*, uno de los principios que sustentó la lógica de la estructura del derecho procesal del siglo XX. Por otro lado, la comprensión de la historia de las doctrinas también evidencia que la tutela cautelar no podría, cuando fuese delineada, prestar una tutela contra el acto contrario al derecho no sólo porque se suponía que eso atentaría contra la libertad, sino, también, porque las categorías del ilícito y de la responsabilidad civil eran asociadas.

Por ende, para no fugar del compromiso con la teoría del proceso civil y, especialmente, para no atentarse contra el concepto básico de teoría del derecho, de que un instituto no debe ser *desfigurado* para mantenerse una nomenclatura o de que un *nuevo instituto* no debe ser designado con un nombre que siempre sirvió y sirve a otro³¹, la doctrina debería haber advertido al legislador sobre la importancia de dejarse claro que la tutela anticipatoria anticipa la tutela final al paso que la tutela cautelar asegura el resultado útil del proveimiento final³².

si vorrebbe che fosse. *I processi speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*. Napoli: Jovene, 1979, p. 458-460.

³¹ Una misma palabra no puede tener significados diversos cuando se pretende un real desarrollo de la ciencia. Dejar de elaborar la distinción entre tutela cautelar y tutela anticipatoria es no permitir la identificación de diferentes realidades. O peor que ello: es permitir que ellas sean confundidas. V. Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 98.

³² Edoardo Ricci, en un trabajo en el que analizó específicamente la tutela anticipatoria brasilera, observó de esta forma: “Al exponer mis reflexiones sobre el tema, privilegiaré de forma comparada la experiencia italiana. Eso, sobretudo porque el derecho italiana es aquel de mi país y, por lo tanto, lo conozco mejor. Pero el cotejo entre el derecho brasilero y el derecho italiano también tiene otra justificación: una comunión de lenguaje, de problemas y de ideas que las respectivas doctrinas enfrentan bajo el punto de vista científico. *Desde hace mucho tiempo la doctrina brasilera y la doctrina italiana son hermanas: a veces se tiene la impresión de que se trata de una misma doctrina no obstante ser diversos los ordenamientos estudiados por una y por otra*. Y así, es imposible para italianos y brasileros intentar una visión de conjunto, que sobrepase los límites del propio ordenamiento jurídico, si el primer paso no fuese dado en dirección a la doctrina vecina; y al considerar la nueva tutela anticipatoria brasilera, sobretudo en

Lo más curioso y absurdo es que parte de la doctrina brasilera alega que no hay mayor razón para distinguir tutela anticipatoria de la tutela cautelar bajo el argumento de que ambas están basadas en fundado temor de daño. Se olvida que, mientras la tutela cautelar tiene como presupuesto el temor de daño, la más importante forma de tutela anticipada, en el derecho contemporáneo, es la que se destina a inhibir el acto contrario al derecho o a remover sus efectos concretos, sin

relación a la experiencia de mi país, casi no me siento un verdadero y propio extranjero. Me siento en una posición intermedia entre la propia de los juristas brasileños y la de los juristas extranjeros. (...) La nueva tutela anticipatoria brasilera, para mí, tiene un mérito fundamental: ofrecer la mejor solución del problema de *iure condendo*, en el sentido de la tutela anticipada ser orgánicamente insertada en el núcleo del procedimiento ordinario o de ser estructurada como una forma de tutela autónoma, destacada del proceso ordinario bajo el punto de vista formal. (...) El legislador brasilero siguió, desde luego, la mejor vía mediante el nuevo art. 273 del CPC. Con esa norma, el derecho brasilero, *bajo el aspecto estructural, se impone al mundo como un ejemplo de la mejor solución*. Los fundamentos, con base en los cuales debe ser concedida o negada la tutela anticipada son los mismos que deberán ser considerados para la sentencia. Esos fundamentos y argumentos son acogidos bajo las garantías típicas del proceso civil ordinario: y es en esa tutela anticipatoria que es necesario tener confianza. Para mí, visto que siempre me desviví por una solución estructural semejante, verificar que el legislador brasilero escogió ese rumbo constituye un motivo de particular satisfacción. (...) La cuestión de saber si la tutela anticipada integra o no la vasta categoría de la tutela cautelar es debatida en Brasil y suscita una señal de discusión también en Italia. Y no falta para el surgimiento del problema una específica justificación. *Cuando nace un nuevo instituto es prácticamente inevitable preguntar si él puede o no puede ser sistematizado en el ámbito de las categorías ya conocidas*; y el instituto nuevo de la tutela anticipatoria parece vecino a la ya conocida categoría de la tutela cautelar, dada su característica muy peculiar: la provisoriedad. Todo depende de los límites más o menos amplios que se pretende atribuir al concepto de la tutela cautelar; las dudas atinentes que la aptitud de la tutela cautelar encierra en su propio ámbito a la tutela anticipatoria emergen sobretudo de un dato típico de la tutela cautelar, consistente en la instrumentalidad en relación a la tutela de mérito. Esa instrumentalidad puede variar en su aspecto positivo. *Pero ofrece seguramente un aspecto negativo: sólo puede ser instrumental en relación a la tutela de mérito una tutela que no coincida con esta. La tendencia de la tutela anticipatoria poder encontrar sistematización en una categoría propia y autónoma no reconducible a la categoría de la tutela cautelar, deriva exactamente de su carácter anticipatorio: entre la tutela anticipatoria y la tutela de mérito, en rigor, no debería haber diferencia.* (...) En suma y para concluir: la autonomía de la tutela anticipatoria en relación a la tutela cautelar debe también ser conquistada y sustentada con *determinadas opciones de derecho positivo*. Se trata de las mismas selecciones de derecho positivo por las cuales la tutela anticipatoria puede lograr toda la utilidad de la que es capaz: *opciones, por ende, que, además de afirmar etapas de un camino que tiende a la efectividad de la tutela jurisdiccional, tienen todavía más valor teórico y conceptual digno de nota. Es ese uno de los temas en que la aspiración a la mejor disciplina posible y el refinamiento de las categorías científicas deben andar juntos.* Ricci, Edoardo. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano, *Revista de Direito Processual Civil*, Genesis Editora, v. 6, p. 222 y ss.

pensar respecto del acto lesivo. Además, ni toda tutela anticipatoria es fundada en temor de daño; la tutela anticipada también se destina a distribuir el tiempo del proceso y, en esa dimensión, no tiene alguna relación con el *periculum in mora*. Fuera de ello, hay una evidente distinción entre la tutela que realiza un derecho mediante cognición sumaria y la tutela que asegura la utilidad del proveimiento final. Por último, la idea de asimilar las tutelas a partir del requisito de la urgencia contradice la historia de la práctica forense y del orden normativo brasilero toda vez que la tutela anticipada fue introducida en el Código de Proceso Civil en razón de las presiones sociales por tutela jurisdiccional adecuada y especialmente en virtud de la negación de los jueces en concederla bajo el manto protector de la tutela cautelar. Por lo tanto, pretender “regresar” constituye algo despojado de cualquier racionalidad.

Por otro lado, no hay cómo dejar de recordar que, en cualquier proceso civil, existe una disputa por un bien de la vida, en relación al cual el tiempo incide de modo inverso conforme la posición en la que esté la parte. El tiempo del proceso perjudica al autor en la exacta proporción en que beneficia al demandado y, por tal motivo, no puede dejar de ser visto como una carga. Como las hipótesis de tutela anticipatoria en nombre de la distribución del tiempo procesal constituyen elaboraciones dogmáticas creadas a partir del concepto de “abuso de derecho de defensa”, es necesario que el nuevo Código de Proceso Civil brasilero no pierda la oportunidad de delinear las situaciones que abren oportunidad a la distribución de la carga del tiempo. Eso ofrecerá criterios para visualizar los casos en los que el tiempo no debe ser soportado por el autor y facilitará el control de la racionalidad de las decisiones judiciales, evidenciando que la técnica anticipatoria hoy también imprescindible para tutelar la igualdad en el proceso mediante la distribución de la carga del tiempo procesal.

En resumen: el proceso civil brasilero partió de la tutela cautelar para llegar a la técnica anticipatoria y a la tutela contra el acto contrario al derecho. Se delineó, en los Códigos de Proceso Civil de 1939 y 1973, la acción cautelar cuya función fue la de garantizar la utilidad del proceso destinado a la tutela del derecho

material. Con el surgimiento de los nuevos derechos y delante de la intolerancia en relación a la demora de la justicia civil, la acción cautelar innominada pasó a ser utilizada como instrumento de sumarización del proceso de conocimiento, viabilizando la obtención inmediata y mediante cognición sumaria, de la tutela del propio derecho material. Delante de eso, se instituyó en el Código de Proceso Civil la técnica anticipatoria cuyos resultados para el rendimiento de la justicia brasilera fueron extraordinarios. La misma reforma procesal instituyó la técnica anticipatoria contra el abuso del derecho de defensa que, a partir de la elaboración dogmática, se convirtió en una técnica de distribución de la carga del tiempo del proceso, independientemente de la existencia de *periculum in mora*. Finalmente, teniendo en vista las técnicas procesales también instituidas con la reforma de 1994 y en razón de una creativa elaboración teórica, se demostró la imprescindibilidad de admitirse una tutela civil contra el acto contrario al derecho, cuando quedó claro que no se podía confundir la acción cautelar con la acción inhibitoria no sólo porque la primera tiene como presupuesto la probabilidad del daño y la segunda el acto contrario a derecho, sino, también, porque la acción inhibitoria confiere tutela al derecho material y, por tal razón, no guarda el carácter de la instrumentalidad.