

LA TUTELA ANTICIPADA

LUIZ GUILHERME MARINONI



LUIZ GUILHERME MARINONI

LA TUTELA ANTICIPADA



ARA EDITORES

Biblioteca de Derecho Procesal Civil  
Luiz Guilherme Marinoni  
Director  
N° 1 *La tutela anticipada*

*Antecipação da Tutela*, Editora Revista dos Tribunais,  
São Paulo, 2007

- © LUIZ GUILHERME MARINONI
- © De la traducción  
LUIS ENRIQUE ALVAREZ ARANDA
- © ARA Editores E.I.R.L.  
Géminis 701 Dpto. 301-B Lima 39 - Perú  
Telefax: (511) 522-8060  
E-mail: araeditores@yahoo.com  
Web site: <http://www.araeditores.com>

ISBN: 978-9972-238-20-8

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional  
del Perú N° 2007-

Diseño de Carátula: Rolando Bartolo Mesías  
Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

# ÍNDICE GENERAL

## CAPÍTULO 1 INTRODUCCIÓN

.....	15
-------	----

## CAPÍTULO 2 EFECTIVIDAD DEL PROCESO Y TÉCNICA PROCESAL

2.1. La prohibición de la autotutela y la necesidad de efectividad del proceso .....	25
2.2. La tutela jurisdiccional de los derechos .....	30
2.3. Técnica procesal y tutela de los derechos .....	31
2.4. La técnica de la cognición y la construcción de procedimientos diferenciados .....	32
2.4.1. La técnica de la cognición parcial .....	32
2.4.2. La técnica de la cognición sumaria .....	36
2.4.3. La técnica de la cognición completa «secundum eventum probationis» .....	38
2.4.4. La técnica de la cognición completa en cuanto no definitiva .....	42
2.4.5. La técnica de la cognición completa por ficción legal conjugada con la técnica de la cognición completa «secundum eventum defensionis» .....	43
2.4.6. La técnica de los títulos ejecutivos extrajudiciales....	44
2.5. La técnica de las sentencias diferenciadas .....	46
2.6. La técnica de la anticipación .....	47
2.6.1. Consideraciones previas .....	47

2.6.2.	Anticipación y sentencia condenatoria .....	49
2.6.3.	Anticipación y sentencias declaratoria y constitutiva .	51
2.6.3.1.	Consideraciones iniciales .....	51
2.6.3.2.	La cuestión de la «ejecución inmediata» de las sentencias declaratoria y constitutiva en el derecho italiano .....	52
2.6.3.3.	La tutela anticipada, mediante los provvedimenti d'urgenza, en Italia .....	55
2.6.3.4.	Consideraciones críticas al respecto de la tutela anticipada en las acciones declaratoria y constitutiva (v. ítem 3.3.11) .....	57
2.6.3.5.	El problema de la naturaleza de la tutela urgente de cognición sumaria en las acciones declaratorias y constitutivas (v. ítem 3.3.11) ..	64
2.6.4.	Anticipación y sentencias ejecutivas y mandamental .	69
2.6.5.	La anticipación de la tutela y la cuestión de la fungibilidad entre las providencias jurisdiccionales finales (v. ítem 3.3.12) .....	71
2.7.	La anticipación de la tutela y la técnica de actuación de los derechos .....	73

### CAPÍTULO 3

#### TUTELA CAUTELAR Y TUTELA ANTICIPADA

3.1.	Tutela inhibitoria, tutela cautelar y tutela anticipada .....	79
3.1.1.	Los nuevos derechos, el uso distorsionado de la acción cautelar y la acción inhibitoria a partir de los artículos 461 del Código de Proceso Civil y 84 del Código de Defensa del Consumidor .....	79
3.1.2.	La tutela inhibitoria y la cuestión del ilícito .....	84
3.1.3.	Finalidad y clasificación de la tutela inhibitoria .....	86
3.1.4.	Presupuesto de la acción inhibitoria .....	88
3.1.5.	La acción inhibitoria que tiene por objetivo prevenir «tout court» el ilícito y la tutela inhibitoria que gira a impedir su continuación o repetición. La cuestión probatoria .....	90
3.1.6.	La inefectividad de la sentencia condenatoria para la prestación de la tutela inhibitoria .....	92

3.1.7.	La importancia de la tutela inhibitoria para la efectividad de la tutela de los derechos .....	93
3.1.8.	Fundamento de la tutela inhibitoria .....	97
3.1.9.	El artículo 461 del Código de Proceso Civil como fuente de la acción inhibitoria .....	101
3.1.10.	Acción inhibitoria, acción cautelar y tutela anticipada .....	104
3.1.11.	La tutela inhibitoria anticipada .....	106
3.2.	Las demás tutelas que pueden ser prestadas a partir de los artículos 461 del Código de Proceso Civil y 84 del Código de Defensa del Consumidor y las tutelas cautelar y anticipada .....	108
3.2.1.	Tutela reintegradora (de remoción del ilícito) .....	108
3.2.2.	Tutela resarcitoria en la forma específica .....	111
3.2.3.	Tutela del cumplimiento de la obligación en la forma específica .....	113
3.2.4.	Tutela inhibitoria y obligación contractual .....	116
3.2.5.	Tutelas inhibitoria, reintegradora, resarcitoria en la forma específica, del cumplimiento en la forma específica y tutelas cautelar y anticipada .....	117
3.2.6.	La falta de percepción de que el acto contrario al derecho puede ser objeto de una acción única y su repercusión en la ausencia de distinción entre acción contra o acto contrario al derecho y acción cautelar .	120
3.3.	Tutela anticipada y tutela cautelar .....	121
3.3.1.	La evolución de la tutela sumaria satisfactiva en el Derecho brasilero .....	121
3.3.2.	La consagración de la tutela sumaria satisfactiva en la reforma del Código de Proceso Civil .....	126
3.3.3.	Tutela sumaria satisfactiva y tutela cautelar (diferencia básica) .....	127
3.3.4.	La tutela cautelar no tiene contenido satisfactivo ....	127
3.3.5.	La referibilidad al derecho acautelado como presupuesto necesario de la tutela cautelar .....	131
3.3.6.	La influencia carneltuttiana en el sentido de que es la sentencia que compone la lid .....	134
3.3.7.	El mito de la «nulla executio sine titulo» .....	136
3.3.8.	El mito de la «búsqueda de la verdad» .....	140

3.3.9. La ceguera para la pérdida de la instrumentalidad ....	142
3.3.10. La no-percepción de la superación de la relación entre «tutela del derecho» y cosa juzgada material ....	151
3.3.11. Tutela anticipada en cara del «periculum in mora» y tutela anticipada interinal en cara del «periculum in mora». La cuestión de la naturaleza de la tutela que puede ser concedida en la capacidad del proceso de conocimiento en que se pide sentencia declaratoria o sentencia (des) constitutiva (v. ítems. 2.6.3.4 y 2.6.3.5). .....	152
3.3.12. El problema de la naturaleza de la tutela que puede ser concedida en la capacidad del proceso de conocimiento en que el juez no está vinculado al principio de la congruencia entre el pedido y la sentencia «v.g.», artículo 461 del Código de Proceso Civil (v. ítem 2.6.5) .....	155
3.3.13. El significado de fungibilidad presente en el nuevo § 7º del artículo 273 .....	157
3.4. El derecho a la tutela anticipada .....	158
3.4.1. La tutela anticipada como corolario del derecho a la adecuada tutela jurisdiccional .....	158
3.4.2. La tutela anticipada es garantizada por el principio de la inseparabilidad .....	161

## CAPÍTULO 4

### LA TUTELA ANTICIPADA CONTRA EL PELIGRO

4.1 El artículo 273 corrigió el problema de la duplicación de los procedimientos para el juzgamiento de una única litis .....	173
4.2. La tutela sumaria satisfactiva no puede más ser obtenida a través de acción fundada en el artículo 798. La tutela sumaria satisfactiva aún puede ser obtenida a través de acción sumaria especial .....	174
4.3. Legitimados a requerir la tutela anticipada .....	176
4.3.1. La tutela anticipada solicitada por el reo .....	176
4.3.2. Tutela anticipada y denunciada de la lid .....	179
4.3.3. Tutela anticipada y oposición .....	179
4.3.4. Tutela anticipada y llamamiento al proceso .....	180

4.4. Procedimientos compatibles con la tutela anticipada .....	180
4.5. La tutela anticipada en el procedimiento monitorio .....	184
4.6. La cuestión de recelo de daño irreparable o de difícil reparación .....	186
4.6.1. El recelo de daño, el recelo de acto contrario al derecho y la probabilidad de haber ocurrido acto contrario al derecho con efectos continuados .....	186
4.6.2. Daño irreparable y daño de difícil reparación .....	189
4.6.3. Daño irreparable en caso de derecho patrimonial con función no patrimonial .....	190
4.7. Momento de la concesión de la tutela basada en fundado recelo de daño irreparable o de difícil reparación .....	191
4.7.1. La concesión de la tutela antes de ser oída por el reo .....	191
4.7.2. Otros momentos oportunos para la anticipación ...	193
4.8. El agravio de instrumento y la posibilidad de concesión, revocación o modificación de la tutela anticipada .....	197
4.9. Eficacia temporal de la tutela anticipada .....	200
4.10. Prueba, convicción y justificativa delante de la tutela anticipada .....	202
4.10.1. Prueba y convencimiento .....	202
4.10.2. Convicción y verosimilitud .....	203
4.10.3. La llamada convicción de «verosimilitud preponderante» .....	205
4.10.4. La convicción de verosimilitud frente a la postergación del contradictorio .....	207
4.10.5. Convicción de verosimilitud y prueba inequívoca ....	207
4.10.6. La racionalidad de la decisión fundada en convicción de verosimilitud .....	214
4.10.7. La justificativa de la convicción de verosimilitud ...	215
4.10.8. Criterios para el control de la racionalidad del discurso basado en la convicción de verosimilitud .	218
4.10.9. Convicción de verosimilitud y caso concreto .....	219
4.10.10. La importancia de la identificación de la tutela del derecho a ser anticipada para la racionalización de la convicción de verosimilitud .....	220
4.10.11. La convicción de verosimilitud frente a las varias especies de tutela anticipada .....	221

4.10.12. Dificultad de la prueba, credibilidad de las alegaciones y convicción de la verosimilitud .....	225
4.10.13. Convicción de verosimilitud y consideración de las posiciones en disputa .....	227
4.10.14. Convicción de verosimilitud y caución .....	231
4.11. La irreversibilidad de la provisión y la irreversibilidad de los efectos fácticos de la provisión .....	232
4.12. La irreversibilidad de los efectos fácticos de la provisión no puede constituir obstáculo para la tutela anticipada ...	238
4.13. La decisión sobre la concesión de la tutela anticipada en el caso de colisión de derechos fundamentales .....	244
4.14. La efectivación de la tutela anticipada .....	250
4.14.1. Ejecución provisional: ¿ejecución incompleta o ejecución fundada en cognición no definitiva? .....	250
4.14.2. ¿Ejecución o efectivización de la tutela anticipada? ....	252
4.14.3. La efectivización de la tutela anticipada en los casos en que se desea obtener un hacer, un no hacer, la entrega de cosa o suma en dinero .....	255
4.14.4. La prisión como medio de coerción indirecta .....	259
4.14.5. Un mayor ahondamiento de la cuestión de la anticipación del pago de suma de dinero .....	267
4.14.5.1. Los diferentes objetivos de la anticipación del pago de suma de dinero, de la ejecución provisional de la sentencia y del arresto ..	267
4.14.5.2. El empleo de la multa para dar efectividad a la tutela anticipada de suma de dinero .....	270
4.14.5.3. El embargo on line y la efectividad de la ejecución de la anticipación de suma .....	274
4.14.5.4. La tutela anticipada en la acción de indemnización fundada en acto ilícito .....	276
4.14.5.4.1. Justificativa .....	276
4.14.5.4.2. La anticipación en la acción de indemnización fundada en acto ilícito tiene naturaleza alimentaria .....	280
4.14.5.4.3. La efectivización de la tutela anticipada en la acción de indemnización fundada en acto ilícito .....	281

4.14.5.4.4. La ejecución de la tutela anticipada de suma de dinero, en la acción de indemnización, admite la expropiación del bien y no está sometida a la prestación de caución .....	284
4.15. Control del poder ejecutivo del juez .....	289
4.15.1. La racionalidad de la tutela anticipada parcial .....	289
4.15.2. El principio de la tipicidad de los medios ejecutivos ....	291
4.15.3. El principio de la tipicidad como previsión de medios de ejecución por subrogación .....	292
4.15.4. Las nuevas necesidades del derecho material y la insuficiencia de los medios ejecutivos tipificados en ley .....	294
4.15.5. Del principio de la tipicidad al principio de la concentración de los poderes de ejecución .....	295
4.15.6. La influencia del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva sobre el principio de la concentración .....	296
4.15.7. Las cláusulas generales ejecutivas como respuestas al derecho al medio ejecutivo adecuado .....	298
4.15.8. Principio de la concentración, ruptura de la regla de la congruencia y posibilidad de alteración del medio ejecutivo .....	300
4.15.9. La omisión legal y el deber del juez determinar el medio ejecutivo adecuado como derivación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva ....	301
4.15.10. El control del poder ejecutivo frente de las cláusulas generales .....	306
4.15.11. El control del poder ejecutivo tras el trámite en juzgado.	310
4.15.12. El control de la alteración de la modalidad ejecutiva en la tutela anticipada .....	312
4.15.13. El control de la determinación de la modalidad ejecutiva adecuada en la anticipación de suma .....	312
4.15.14. La justificativa como forma de racionalizar el uso del poder de ejecución y de viabilizar la participación de las partes en el proceso .....	315
4.16. La tutela anticipada contra la Hacienda Pública .....	317
4.17. La restitución de las cosas en el estado anterior y la indemnización por los daños .....	328
Bibliografía .....	331