TUTELA CONTRA EL ILÍCITO

(Art. 497, parágrafo único, CPC/2015)

Luiz Guilherme Marinoni

Profesor Catedrático de la Universidad Federal del Paraná

Sumario: 1. La tutela contra el ilícito en el CPC/2015; 2. La tutela resarcitoria por equivalente como única respuesta contra el ilícito; 3. La incompatibilidad entre el proceso civil permeado por los valores del derecho liberal clásico y la tutela contra el ilícito (acto contrario al derecho); 4. Primeros pasos en la percepción de la necesidad de una tutela contra el ilícito (acto contrario al derecho); 5. La norma de protección de los derechos fundamentales y la tutela jurisdiccional de los derechos transindividuales; 6. La tutela jurisdiccional contra el ilícito (no lesivo); 7. La tutela contra el ilícito y los presupuestos de la culpa y del dolo; 8. Significado de la prohibición de discutirse el daño en la acción destinada a la tutela contra el ilícito.

1. La tutela contra el ilícito en el CPC/2015

La más importante forma de tutela jurisdiccional en el nuevo Código de Proceso Civil está prevista en su artículo 497, parágrafo único. Esta norma indica: "Art. 497. En la acción que tenga por objeto la prestación de hacer o no hacer, el juez, si es que el pedido es fundado, concederá la *tutela específica* o determinará las providencias que aseguren la obtención de tutela por el resultado práctico equivalente. Parágrafo único: Para la concesión de la tutela específica destinada a *inhibir la práctica, la reiteración o la continuación de un ilícito, o su remoción, es irrelevante la demostración de la ocurrencia del daño o de la existencia de culpa o dolo".*

El art. 497, parágrafo único, del nuevo Código de Proceso Civil consagra la necesidad de regular la tutela jurisdiccional contra el acto contrario al derecho o, mejor, de establecer la tutela jurisdiccional contra el ilícito. La norma enumera dos formas de tutela jurisdiccional contra el ilícito: i) la tutela inhibitoria, que puede ser destinada contra la práctica, repetición o continuación de un ilícito y; ii) la tutela de remoción del ilícito, dirigida a la remoción de los efectos concretos de la conducta ilícita.

Más que eso, la norma afirma la disociación entre el acto contrario al derecho y el hecho lesivo, dejando claro que tales tutelas no tienen como presupuesto el daño y los criterios para la imputación de la sanción resarcitoria o sea, la culpa o el dolo.

2. La tutela resarcitoria por equivalente como única respuesta contra el ilícito.

Existe un dogma – de origen romano – en el sentido de que la tutela resarcitoria es la única forma de tutela contra el ilícito. Eso quiere decir que la unificación entre las categorías de la ilicitud y de la responsabilidad civil, ya realizadas en el derecho romano, recorrió la historia del derecho, inclusive del derecho procesal civil, sin suscitar mayor inquietud de parte de la doctrina. Peor que eso: se llegó a identificar el ilícito con el resarcimiento en dinero.

Por lo tanto, es necesario percibir no sólo los motivos que condujeron a la unificación entre el ilícito civil, el hecho dañoso y el resarcimiento en dinero, sino también cómo es que ellos repercutieron sobre el proceso civil. Aunque esa historia sea bastante antigua, es oportuno considerar la cuestión a partir del derecho liberal clásico. En esa época, delante de la idea de la equivalencia de las mercaderías, el bien objeto de litigio era visto como una "cosa" dotada de valor de cambio. Así, como el valor de la lesión era pasible de valoración en dinero, se entendía que los derechos podían ser adecuadamente tutelados por medio del resarcimiento en dinero[1].

Es cierto que el art. 1.142 del Código Napoleón – según el cual toda obligación de hacer y no hacer se resuelven en daños y perjuicios en caso de incumplimiento del deudor – constituye un reflejo de los principios de libertad y de defensa de la personalidad, propios del ius naturalismo y del racionalismo iluminista[2]. No obstante, si no hay cómo negar que exista una relación entre la incoercibilidad de las obligaciones y la preservación de la "libertad del hombre", no se puede dejar de percibir que, dentro de la lógica del liberalismo, existe también un nexo entre la tutela por equivalente y el principio de la abstracción de las personas y de los bienes.

Si los bienes son equivalentes y, de tal forma, no merecen un trato diversificado, la transformación del bien debido en dinero está de acuerdo con la lógica del sistema, cuyo objetivo es apenas sancionar al infractor, restableciendo los mecanismos del mercado. Por otro lado, si el juez no puede dar tratamiento distinto a las necesidades sociales, nada más natural que unificar tal forma de tratamiento, dando al lesionado el valor en dinero.

Si todos son iguales – esa igualdad debe ser preservada en el plano del contrato – no hay razón para admitir una intervención más incisiva del juez frente al incumplimiento para que, entonces, sea asegurado el cumplimiento *in natura*. Si el principio de igualdad formal actúa de la misma forma delante del contrato y del proceso, bastaría al juez otorgar al lesionado la tutela pecuniaria. La sanción pecuniaria tendría la función de "igualar" los bienes y las necesidades, pues si todo es igual, inclusive los bienes – los cuales pueden ser transformados en dinero – no existiría motivo para pensar en una tutela judicial específica. En el derecho liberal, los límites impuestos por

[1] Cesare Salvi, Legittimità e "razionalità" dell'art. 844 Codice Civile, *Giurisprudenza Italiana*, 1975, p. 591 y ss.
[2] Salvatore Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, Jovene, 1978, p. 36.

el ordenamiento a la autonomía privada son de contenido *negativo*, gozando de esa misma naturaleza la tutela por equivalente[3].

Los daños y perjuicios serían necesarios no sólo para conservar el dogma de la "neutralidad" del juez, como también para mantener en funcionamiento los mecanismos del mercado. En el "mercado" poco importan las cualidades del sujeto y la de los bienes, de modo que la tutela por equivalente, al expresar apenas el costo económico del valor de la lesión, mantenía íntegros los mecanismos del propio mercado, sin alterar su lógica[4].

Siendo el principio de la igualdad formal imprescindible para la manutención de la libertad y del buen funcionamiento del mercado, no hay cómo pensar en forma de tutela que tome en consideración determinados intereses socialmente relevantes – o en una "técnica procesal diferenciada" – para revelar la necesidad de otorgar "trato diferenciado", a situaciones y posiciones sociales diversas. La tutela resarcitoria por equivalente no tiene en cuenta las diferentes necesidades y especies de bienes o incluso tampoco presupone cualquier programa de protección de las posiciones sociales más frágiles. Esta forma de tutela jurisdiccional, en la medida en que deseaba apenas conservar en funcionamiento el mercado en la perspectiva del principio de la igualdad formal, ignoraba las características y las necesidades socialmente diversificadas, limitándose a extraer la equivalencia de las mercaderías[5].

Si las personas son iguales, y no necesitan ser tratadas de forma diferenciada, tampoco hay razón para pensar en una tutela preventiva – y, menos, en una tutela contra el acto contrario al derecho – que asume importancia apenas en un contexto de Estado preocupado en cuidar de manera diferenciada determinadas situaciones tomadas en consideración por el derecho material. Recuérdese que los derechos fundamentales, en el constitucionalismo liberal-burgués, eran vistos solamente como derechos de defensa y contra el Estado. El derecho liberal se preocupaba con la defensa de la libertad del ciudadano contra las eventuales agresiones de autoridad estatal y no con las diferentes necesidades sociales de grupo. El Estado no dirigía una política destinada a garantizar determinadas necesidades sociales, no interfiriendo en la sociedad y en el proceso económico de modo a tutelarlas.

---

[3] Salvatore Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, p. 37.

[4] Como observa 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 sifatti comportamenti, tendendosi in tal modo a riprodurre i meccanismi di mercato alterati" (Adolfo di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano: Giuffrè, 1993, p. 156).

[5] Salvatore Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, p. 38.

3. La incompatibilidad entre el proceso civil permeado por los valores del derecho liberal clásico y la tutela contra el ilícito (acto contrario al derecho).

Entretanto, es interesante percibir que lo que equiparaba las necesidades sociales era la forma de tutela – por equivalente – entregada al sujeto lesionado. A partir de esa forma de tutela, perfecta dentro de la lógica del derecho liberal, es que el *procedimiento e, inclusive, las sentencias eran diseñadas.*

Si el proceso como instrumento sirve a un fin, su función y estructura ciertamente dependen de su objetivo. Eso quiere decir que la función y la estructura del proceso de conocimiento del inicio del siglo XX – que todavía están presentes en varios países de América Latina y de Europa – son consecuencias de la finalidad que le fue atribuida por aquellos que la moldearon. El derecho liberal del siglo XIX además de ser eminentemente patrimonialista, estaba marcado por la preocupación fundamental de delimitar rígidamente los poderes de interferencia del Estado en la esfera jurídica de los particulares. Ahora, cuando se parte de la suposición de que la cualidad del bien litigioso no importa al proceso y que el juez debe tener sus poderes limitados para no interferir en la esfera jurídica privada, el proceso civil *no necesita y no puede* ejercer una función preventiva.

Recuérdese que la condena fue pensada para el caso del daño[6], al paso que la sentencia declaratoria, que no depende de la ejecución y no necesita interferir en la realidad de los hechos, es completamente incapaz de evitar el ilícito o el daño[7]. Para

[6] Para comprenderse el concepto de sentencia condenatoria es necesario tomar en cuenta los valores del momento en el que fue concebido. El derecho liberal, para impedir la interferencia del Estado en algo que no le correspondía, prohibió al juez emitir órdenes bajo pena de multa. La correlación entre la condena y los medios ejecutivos demuestra la forma por la cual la sentencia puede actuar para modificar los hechos. Si el Poder Judicial estaba prohibido de imponer un hacer o un no hacer – no sólo porque esto constituiría un atentado contra la libertad, sino porque no era deseado por los valores de la época – la sentencia no tendría motivo para garantizar la tutela preventiva o la tutela específica del derecho. Bastaría una sentencia capaz de garantizar un valor en dinero, o sea, una sentencia indiferente al derecho material tutelado. Nótese que, así, la "abstracción" de los bienes y de las personas refleja sobre la "neutralidad" de los procedimientos y de las sentencias. Si todo es igual, y así no habría necesidad de tutela diferenciada o específica, basta un único procedimiento, una única sentencia y, lógicamente, apenas los medios ejecutivos tipificados en la ley. De ahí deriva la *imprescindibilidad de la perspectiva histórico-crítica para la comprensión del concepto de condena.*

[7] La sentencia declaratoria posee lazos visibles con el modelo del Estado de Derecho de matriz liberal, pues no incide sobre la voluntad del demandado, limitándose apenas a declarar algo sobre una relación jurídica ya formada por la autonomía de las voluntades. Si la sentencia que ordena bajo pena de multa hace que el juez actúe sobre la voluntad del demandado para, por ejemplo, asegurar la no violación del derecho, la sentencia declaratoria se limita a regular, formalmente, la relación jurídica que fue creada a partir de la libre voluntad de los particulares. Vittorio Denti también reconoce el vínculo d la tutela declaratoria, como remedio de carácter preventivo, con el modelo institucional liberal: "Altro punto che va tenuto fermo è il carattere preventivo dell'azione inibitoria. La dottrina processualistica ha, per lunga tradizione, risolto la tutela giurisdizionale preventiva nel mero accertamento, con una scelta che non ha avuto – come è stato recentemente dimostrato – soltanto carattere concettuale, poiché era condizionata dalla tendenza a delimitare rigidamente i poteri di ingerenza statale nella sfera giuridica privata. Si trattava, quindi, della adesione al modello istituzionale liberale, chiaramente presente nel maggiore teorizzatore dell'azione di mero accertamento e della sua funzione preventiva, Giuseppe

que la función preventiva fuese posible – si es que eso era deseado, claro – sería necesario dar al juez el poder de ordenar mediante la coerción indirecta, lo que no sólo fue expresamente vedado por el Código Napoleón, sino que por mucho tiempo fue visto por la doctrina europea como un atentado al principio de libertad.

Pero si las sentencias del proceso de conocimiento eran evidentemente incapaces de otorgar prevención, sería posible preguntarse sobre la tutela cautelar, frente a su conocida relación con el *periculum in mora*. La doctrina siempre vio en la tutela cautelar una garantía de efectividad del proceso de conocimiento. De ahí haber afirmado su naturaleza *instrumental*. Entretanto, si la tutela del proceso de conocimiento no es preventiva, la cautelar obviamente no puede asumir tal función. No sólo porque ahí la tutela cautelar estaría ejerciendo exactamente la función *no deseada y permitida por los valores liberales*, sino también porque una *providencia instrumental* no puede ser utilizada para alcanzar algo (prevenir) que la propia tutela jurisdiccional final está imposibilitada de propiciar.

Aunque la tutela cautelar esté destinada a tutelar las amenazas de peligro, fue diseñada para impedir que la demora del proceso pudiese retirar la utilidad de la tutela jurisdiccional final. La tutela cautelar no podría tener el fin de evitar la violación del derecho, pues ni siquiera el proceso de conocimiento fue pensado y estructurado para tanto. Ahora, si el proceso de conocimiento no tenía como fin evitar la violación del derecho, no hay cómo admitir, por simple lógica, que una tutela que le pudiese servir podría superar su función, otorgando una tutela preventiva.

Como está claro, el proceso civil marcado por los valores del Estado liberal, que dio origen al proceso de conocimiento de las sentencias condenatoria, declaratoria y constitutiva y a la tutela cautelar que se destina a garantizar la efectividad del proceso de conocimiento, no es nada más que una estructura técnica marcada por la imposibilidad de la interferencia del Estado en la esfera del particular e idealizada para permitir la tutela de los derechos patrimoniales. Ese proceso civil tiene íntima relación con la asociación entre las categorías de ilicitud y de responsabilidad civil y, por lo tanto, es evidentemente inadecuado para la tutela contra el acto contrario al derecho.

4. Primeros pasos en la percepción de la necesidad de tutela contra el ilícito (acto contrario al derecho)

Uno de los temas que llevó a la doctrina a evidenciar la necesidad de distinción entre el ilícito y el daño para efecto de la tutela jurisdiccional adecuada fue, sin duda, el de la tutela contra la competencia desleal. Para que se comprenda la razón por la cual la doctrina italiana fue obligada a estudiar el ilícito de modo a comprender mejor esa

---

Chiovenda" (Vittorio Denti, Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale. *L'informazione e idiritti della persona*. Napoli: Jovene, 1983, p. 267). V. también Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova: Cedam, 1986, p. 52.

forma de tutela es necesario percibir la estructura normativa italiana de la tutela contra la competencia desleal, que hizo surgir, en realidad, diversas especies de tutelas destinadas a la protección del empresario[8].

El Código Civil italiano, al tratar del asunto, además de establecer cuáles son los actos que configuran la competencia desleal, prevé tres especies de tutela: la tutela inhibitoria[9], la tutela reintegratoria y la tutela resarcitoria. Afirma el art. 2.599 que la sentencia que declara la existencia de actos de competencia desleal inhibe su continuación y confiere las providencias necesarias a fin de que sus efectos sean eliminados. El art. 2.600, complementando el abanico de la tutela jurisdiccional contra la competencia desleal, dispone que si los actos son practicados con dolo o culpa, el autor queda obligado a resarcir el daño. Nótese que el art. 2.600, al disciplinar la reparación del daño, exige la culpa o el dolo, pero el art. 2.599 al disciplinar la tutela inhibitoria y la tutela que tiene por finalidad remover los efectos de los actos practicados, prescinde de tales elementos subjetivos.

El art. 2.043 del CC italiano afirma que cualquier hecho doloso o culposo, que ocasione a otro un daño injusto, obliga al resarcimiento del daño. Puesto que la tutela contra la competencia desleal, al lado de la propia tutela resarcitoria, no requiere daño, culpa o dolo, se tornó necesaria la separación de las tutelas inhibitoria e reintegratoria contra la competencia desleal de la tutela contra el daño (por ella producido) que hasta entonces era vista como la única tutela contra el ilícito.

Parte de la doctrina, aunque esté presa a la idea de que el daño constituye elemento imprescindible para la configuración del ilícito, llegó a proponer una dicotomía de los actos de competencia desleal, los cuales, cuando son culposos y dañosos, quedarían

---

[8] Sobre la problemática de la tutela contra la competencia desleal, v. Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 563 e ss.; Marco Saverio Spolidoro, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*. Milano: Giuffrè, 1982; Tullio Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*. Milano: Giuffrè, 1957; Geraldo Santini, Concorrenza sleale ed impresa. *Rivista di Diritto Civile*, 1959, p. 125 y ss.; Pier Giusto Jaeger, Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale. *Rivista di Diritto Industriale*, 1970, p. 38 y ss.; Gustavo Ghidini, La repressione della concorrenza sleale nel sistema degli artt. 2598 ss. cod. civ. Le sanzioni. *Rivista di Diritto Civile*, 1970, p. 329 y ss.; Remo Franceschelli, Studi sulla concorrenza sleale. La fattispecie. *Rivista di Diritto Industriale*, 1963, p. 269 y ss.; Giuseppe Auletta, Divieto di concorrenza e divieto di concorrenza sleale. *Diritto e giurisprudenza*, 1956, p. 279 y ss.; Gustavo Minervini, *Concorrenza e consorzi*. Milano: Vallardi, 1965, p. 51 y ss.; Marco Sertorio, Illecito civile, concorrenza, prescrizione. *Archivo della responsabilità civile e dei problemi generali del danno*, 1964, p. 122 y ss.; Luigi Mosco, *La concorrenza sleale*. Napoli: Jovene, 1956, p. 188 y ss.

[9] En el derecho argentino, v. Roberto O. Berizonce, Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas, disponible en el sitio web *Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario,* http://www.elateneo.org/Doctrina-seleccionada.php; Jorge W. Peyrano, El derecho procesal civil de las posibilidades ilimitadas o el fin de los sistemas, *Jurisprudencia Argentina,* n. 1*,* p. 835 y ss; Noemi Lidia Nicolau, La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional. *La Ley*, 1996-A, p. 1.248); Ricardo Luis Lorenzetti, La tutela civil inhibitoria. *La Ley*, 1995-C, p. 1.217 y ss.

encuadrados en el concepto del acto ilícito y en hipótesis diversa clasificados de modo totalmente autónomo[10].

Otra parte de la doctrina, no obstante, intentó distanciar conceptualmente el ilícito que permite pretender la tutela inhibitoria y reintegratoria del ilícito que requiere daño. Esta doctrina estableció algunas premisas que son fundamentales dentro del esfuerzo de revisión del concepto de ilícito. Se afirmó que el art. 2.043 del CC italiano no describe el ilícito – como suponía la doctrina más antigua – *pero apenas configura la responsabilidad por el daño.* Se dedujo, en ese sentido, que la tutela resarcitoria no es la única forma de tutela contra el ilícito[11] y que la culpa es una condición (generalmente) necesaria el resarcimiento del daño, pero no para la ilicitud del acto[12].

Para evidenciar que el daño no es un elemento constitutivo del ilícito, se argumentó que cuando se dice que no hay un ilícito sin daño, se identifica el acto *contra ius* con aquella que es su normal consecuencia, y eso ocurriría apenas porque el daño es el síntoma sensible de la violación de la norma. La confusión entre el ilícito y el daño sería el reflejo del hecho de que el daño es la prueba de la violación y, todavía, del aspecto de que entre el acto ilícito y el daño subsiste frecuentemente una contextualidad cronológica que torna difícil la distinción de los fenómenos, aunque sea en el plano lógico[13].

Bonassi Benucci distinguió el peligro de ilícito y daño, argumentado que el daño es una consecuencia normal de la peligrosidad del ilícito y de su capacidad de provocar el daño. El peligro, en esta concepción, sería un elemento constitutivo del ilícito (el ilícito siempre de peligro) mientras que el daño, por ser una consecuencia meramente eventual a la violación, es un elemento extrínseco a su *fatisspecie* constitutiva.

Aunque la teorización de Benucci haya sido importante para demostrar que el daño es una consecuencia eventual del ilícito, no se esclareció que la tutela contra un ilícito sin daño no es sinónimo de tutela contra la probabilidad del daño. La tutela contra el ilícito no tiene nada que ver con el daño, que puede no acontecer. Por lo tanto, no

[10] V. Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 565. V. também Luigi Mosco, *La concorrenza sleale*. Napoli: Jovene, 1956, p. 188 y ss.

[11] Es lo que admite Bonassi Benucci en el más importante trabajo sobre el ilícito dentro del tema de la competencia desleal: "Ci sembra indubbio che l'art. 2043 si limiti a porre in forma generalissima le condizioni cui è sottoposta l'insorgenza dell'obbligo a risarcire il danno conseguente all'illecito, ma che esso non descriva l'illecito, né esaurisca la specificazione dei mezzi di tutela che l'ordinamento offre a colui che sia vittima dell'illecito stesso" (Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 567).

[12] "Essendo quindi anche la colpa una condizione normalmente necessaria (salvo eccezioni che si vanno facendo sempre più numerose, ma che, appunto per il loro carattere di eccezioni, non capovolgono ancora il principio generale) della risarcibilità del danno e non della illiceità dell'atto, illiceità che si perfeziona con la mera violazione della norma quale consegue all'atto stesso" (Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 567).

[13] V. Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 569.

basta simplemente decir que el daño es una consecuencia del ilícito. Es necesario subrayar que el daño, como consecuencia eventual, poco importa para que la admisión de tutela contra el acto contrario al derecho sea futuro o pasado.

5. La norma de protección de los derechos fundamentales y la tutela jurisdiccional de los derechos transindividuales.

Entretanto, lo que realmente obliga a la distinción entre el acto contrario al derecho y el daño para el efecto de la tutela jurisdiccional adecuada es la función de las normas de protección de los derechos fundamentales. Cuando el Estado asume nuevas preocupaciones sociales y, así, pasa a importar 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 personalidad a la luz de la evolución de las técnicas de comunicación, surgen normas que, destinándose a tutelar estas situaciones de derecho sustancial, pasan a imponer conductas positivas y negativas.

El derecho del consumidor, por ejemplo, constituye un derecho fundamental que requiere protección normativa. Percíbase que el derecho ambiental también puede ser pensado – dentro de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales – como un derecho a la protección. O mejor, el bien ambiental, visto como algo fundamental para la organización social, debe ser protegido por medio de normas impositivas y prohibitivas de conductas.

Para la efectiva protección de estos derechos, o mejor, para la realización de las normas que se destinan a darles protección, es indispensable la tutela contra el acto contrario al derecho, o sea, la tutela de la norma, vista como una tutela jurisdiccional destinada a inhibir la violación de la norma o a remover los efectos concretos derivados de su violación. Ahora, si el ordenamiento jurídico de los días de hoy debe proteger determinados bienes mediante la imposición de ciertas conductas y, por esta razón son emitidas normas de derecho material, es necesario que el proceso civil sea estructurado de modo a actuarlas. Sólo eso demuestra que el proceso civil sea estructurado de modo a actuarlas. Sólo eso demuestra la necesidad de que el proceso pueda abandonar la indebida asociación entre ilícito y daño, que hasta hoy hace pensar que la tutela contra el ilícito futuro es la tutela contra la probabilidad del daño y la tutela contra el ilícito pasado es la tutela resarcitoria[14].

6. La tutela jurisdiccional contra el ilícito (no lesivo)

Se imaginó por mucho tiempo que la ley, por obligar a quien comete un daño a indemnizar, no diferenciase el ilícito del daño o, mejor dicho, considerase el daño

[14] Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inhibitoria*, Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 65 y ss. V. también, Christian Delgado Suárez. *Efetividade processual e tutela preventiva dos direitos*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

como elemento esencial y necesario de la *fattispecie* constitutiva del ilícito[15]. Entretanto, el daño no es una consecuencia necesaria del acto ilícito. El daño es un requisito indispensable para el surgimiento de la obligación de resarcir, pero no para la constitución del ilícito[16].

En realidad, si el daño no es un elemento constitutivo del ilícito, pudiendo éste último existir independientemente del primero, no existe razón para no admitirse una tutela que lleve en consideración apenas el ilícito, dejando de lado al daño[17]. La tutela jurisdiccional que inhibe la violación de la norma impone la observancia de la conducta en ella positivada. La norma que impone una conducta positiva permite la oportunidad para la existencia de la tutela inhibitoria mediante la imposición de un hacer, aunque, en regla, la tutela inhibitoria sea utilizada para impedir la conducta prohibida por la norma. La tutela inhibitoria garantiza la actuación del deseo de protección contenido en la norma. Del mismo modo, si la conducta ilícita fue practicada y restasen efectos concretos derivados de la violación que pueden dar oportunidad al daño, se torna oportuna la tutela jurisdiccional de remoción de los efectos concretos de la conducta ilícita.

Ambas tutelas – inhibitoria y de remoción – nada tienen que ver con el daño, sino apenas con la norma, o mejor dicho, apenas con la necesidad de efectividad de la norma. La norma que, por ejemplo, prohíbe la venta de un producto con determinada sustancia, debe permitir que una acción procesal esté destinada a inhibir su violación. Por la misma razón, si la norma fue violada y los productos están expuestos a la venta del consumidor, procede una acción destinada a remover los efectos concretos derivados de la conducta prohibida, o sea, la tutela de remoción del ilícito – que, en el caso, puede ser ejecutada mediante la búsqueda y aprehensión de los productos. En cualquiera de las hipótesis, la tutela jurisdiccional obviamente no se destina contra la probabilidad del daño[18] al consumidor, sino contra la probabilidad de la violación de la norma (inhibitoria) o contra los efectos concretos de la conducta violadora (remoción del ilícito)[19].

---

[15] Aldo Frignani, L'injunction *nella* common law *e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano: Giuffrè, 1974, p. 413.

[16] Aldo Frignani, L'injunction *nella* common law *el'inibitoria nel diritto italiano*, p. 413.

[17] Cristina Rapisarda, Inibitoria, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, p. 7; Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, p. 108 y ss.

[18] Frignani, refiriéndose a la distinción formulada por Candian, entre ilícito de peligro e ilícito de lesión, dice lo siguiente: "Secondo questa impostazione ogni contravvenzione della legge dovrebbe risolversi in un illecito di danno o in un illecito di pericolo (di danno). Come si vede, il danno rimarrebbe il metro di misura, il perno centrale di tutto il sistema della responsabilità. Ma non sembra corretto impostare il problema in questi termini, perché il danno è una conseguenza soltanto eventuale, anche se la più frequente, della violazione di una norma e perciò sbaglierebbe chi volesse indurre l'illecito soltanto dalla presenza del danno" (Azione in cessazione. *Novissimo Digesto Italiano*, 1980, p. 654).

[19] Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inhibitoria*, cit., p. 122 y ss.

Nótese que cuando se piensa en la *tutela que debe incidir después del acto contrario al derecho que no produjo daño, no se pregunta sobre* la tutela que sería efectiva para evitar el acto contrario al derecho o *para reparar el daño*, sino sobre la tutela que sería adecuada para remover el acto contrario al derecho y, *sólo por consecuencia,* impedir el daño.

El desarrollo del raciocinio, en el caso, encontraría un obstáculo, que sería consistente en saber si realmente existe, en el plano del derecho sustancial, un ilícito civil que no tenga repercusión dañosa. Pero la superación de tal obstáculo no es difícil. Como ya fue dicho, la tipificación de conductas contrarias al derecho constituye derivación del *deber de protección* del Estado en relación a determinados bienes y situaciones imprescindibles para la justa organización social. Es exactamente el caso de las normas de protección a los derechos fundamentales. Tales conductas, en tesis, podrían ser sancionadas por el proceso penal. No obstante, no hay cómo imaginar que el proceso civil pueda ser indiferente en relación a los ilícitos – como si no tuviese el deber de contribuir a la efectividad de las normas – resignándose a la función de dar reparación a los daños.

En el caso de la norma que prohíbe la venta de productos nocivos a la salud del consumidor, la exposición a la venta de un producto con esa calidad constituye un acto contrario al derecho, aunque no configure un daño. Delante de la ilícita exposición a la venta, el legitimado a la tutela de los derechos del consumidor ciertamente podrá proponer una acción colectiva para la búsqueda y la aprehensión de los productos. En ese caso, aunque el acto contrario al derecho *ya haya ocurrido*, nadie podrá pensar en una tutela resarcitoria. La búsqueda y aprehensión viabilizará la tutela de remoción del ilícito, teniendo la capacidad de impedir, a raíz de la restauración de la situación anterior al ilícito, la producción del daño. En verdad, tal búsqueda y aprehensión es siempre equivocadamente asociada a la tutela cautelar, o sea, a la tutela contra la probabilidad de daño, lo que una vez más evidencia que no se percibe el ilícito civil en el acto contrario al derecho (exposición a la venta) sino en el daño – que, en el caso, sería probable (probabilidad de daño al consumidor o a la salud). O sea, para esta situación el proceso civil tradicional ofrecería la técnica de la tutela cautelar incidental (búsqueda y aprehensión) en el curso de la acción colectiva con el pedido de sentencia declaratoria, mientras que, cuando las cosas son bien vistas, lo correcto es proponer una acción colectiva con pedido de tutela de remoción del ilícito mediante la búsqueda y la aprehensión. Es que el *objeto de la acción colectiva no es el daño al consumidor, sino la ilicitud de la conducta de exponer el producto a la venta. En esta acción, el daño ni siquiera importa.*

Cuando el ilícito civil es identificado con el daño, se concluye, de forma apresurada, que no hay acto contrario al derecho que, al no provocar un daño, deba ser sancionado civilmente. No obstante, el hecho de que una trasgresión no pueda

producir un daño *no permite que el proceso civil pueda dejarlo de lado, como si no importase o tuviese significado*. Cuando se toma en consideración *la función de protección de las normas jurídicas no penales*, no es difícil percibir que, en determinados casos, un ilícito – aunque configure una acción que se agote en el mismo instante – puede poseer una eficacia continuada, como en el caso de la exposición a la venta de productos nocivos a la salud del consumidor.

A propósito, incluso en el plano de los derechos individuales no hay cómo ignorar la necesidad de aislar una tutela jurisdiccional que se preocupe solamente con el acto contrario al derecho. Imagínese la búsqueda y aprehensión de productos que evidencian contrabando de una marca comercial o el retiro de carteles publicitarios que configuren conductas de competencia desleal. En esos dos casos, la tutela resarcitoria, aunque sea viable frente a la posibilidad de los ilícitos haber generado daños, no elimina la necesidad de la búsqueda y la aprehensión y de la retirada de los carteles, los cuales constituyen tutelas de remoción del ilícito.

El ejemplo de la competencia desleal es importante para la demostración del impacto de la evolución de la sociedad y del derecho material sobre la disociación entre el acto contrario al derecho y el daño. Delante de la exposición de propaganda que configure competencia desleal, al empresario le es más relevante obtener la retirada de la circulación de la propaganda que ser indemnizado por el daño ocasionado. La preservación de una marca, de un invento o incluso del significado del trabajo de una empresa es fundamental para su sobrevivencia en el mercado. *Poco ayuda al empresario a obtener una indemnización luego de que su empresa ha sido obligada a cerrar sus puertas.* Además de eso, *el valor* agregado a una marca, a un invento o a la vida de una empresa *difícilmente podrá ser precisado y cuantificado en dinero*. Mejor dicho: *tal valor no se concilia con el resarcimiento y, de tal forma, éste solamente debe ser aceptado cuando es imposible evitar el daño – o sea, como última alternativa*. Por lo tanto, lo ideal, en estos casos, es la acción de remoción del ilícito. Esa acción conducirá – obviamente en caso sea fundada – a la remoción del ilícito y no al resarcimiento. Nótese que remover el ilícito *es secar la fuente de los daños*. Tal acción, de tal suerte, tendrá el objetivo de remover el ilícito y, *sólo por consecuencia*, impedirá que los daños ocurran. Entretanto, si los daños ya ocurrieron, nada impide que se pida la remoción del ilícito más el resarcimiento de los daños ocasionados.

Percíbase que la tutela civil que inhibe la venta del producto nocivo o determina su búsqueda y aprehensión no tiene como presupuesto la *probabilidad de daño* a la salud o al consumidor, sino apenas la probabilidad de práctica de acto contrario al derecho (en el caso en que se determina la aprehensión del producto).

En verdad, la posibilidad de requerirse una tutela independientemente de la existencia del 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. Simplemente, el proceso civil no tendría cómo reafirmar el deber de protección del legislador a los derechos fundamentales, de modo que la propia razón de ser del sistema de tutela de los derechos transindividuales estaría comprometida.

7. La tutela contra el ilícito y los presupuestos de la culpa y del dolo.

Supóngase, por el hecho de que se hacía una identificación entre el ilícito y el daño, que el elemento psicológico (dolo o culpa) también fuesen necesarios para la configuración del propio ilícito. En verdad, si el ilícito es comprendido a través del punto de vista de la responsabilidad civil, se torna natural no sólo la confusión entre ilícito y daño, sino también la exigencia de la culpa o del dolo como componente del ilícito[20].

Del lado de la responsabilidad objetiva, el acto del hombre es fuente de la obligación de resarcir porque es culposo o doloso; tales elementos están relacionados con la responsabilidad por el daño[21]. Entretanto, dentro de la noción del ilícito antes delineada, que se aparta de la idea de daño, no hay razón para considerar a la culpa o el dolo[22]. La culpa y el dolo son criterios para la imposición de la tutela resarcitoria. Como es evidente, no hay motivo para demostrar la culpa o dolo para obtenerse tutela judicial que inhiba la violación de una norma o que remueva los efectos concretos de la conducta que la violó.

8. Significado de la prohibición de discutirse el daño en la acción destinada a la tutela contra el ilícito

Al lado de las cuestiones de que el ilícito no requiere daño y de que la tutela contra el ilícito se dirige apenas contra el acto contrario al derecho, es necesario dejar en claro que el demandante de la acción contra el ilícito – que puede ser, conforme sea el caso, inhibitoria o de remoción – no *necesita* alegar un daño y, más aún, en estos casos el juez *está prohibido de indagar sobre la comisión del daño* en cualquiera de esas acciones.

---

[20] "Il motivo per il quale la dominante dottrina intravede nella colpa un elemento costitutivo dell'illecito civile va ricercato, a nostro avviso, nel fatto che l'illecito si è sempre esaminato sotto l'angolo visuale della responsabilità per i danni ad esso conseguenti: e poiché la sussistenza della responsabilità per tali danni è normalmente condizionata alla colpa (art. 2.043 c.c.), si è costruito l'illecito su base soggettiva ossia sulla base della colpa dell'agente" (Eduardo Bonasi Benucci, Atto illecito e concorrenza sleale. *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 579).

[21] "Parlando di presupposti della inibitoria, dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nel rilevare che essa prescinde dal dolo o dalla colpa dell'agente e dall'essersi verificato un danno nel patrimonio del soggetto passivo" (Marco Saverio Spolidoro, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, Milano: Giuffrè, 1982, p. 161-163).

[22] El propio Barassi, aunque ligando la tutela inhibitoria a la probabilidad de daño, percibió que "la colpa è imposta per il risarcimento del danno attuale, non per la sua prevenzione" (Lodovico Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano: Giuffrè, 1964, p. 431).

Eso quiere decir que el demandado no puede contestar alegando que el acto ilícito probable o que el acto ilícito ya practicado no producirá o no produjo daño. En otras palabras, no será posible que el demandado alegue, por ejemplo, que la construcción en un local prohibido por la legislación no acarreará un daño ambiental o que el producto que contiene determinada sustancia prohibida no provocará un daño a la salud.

Es por ello que el juez no puede determinar una prueba para la elucidación de las cuestiones sobre si la construcción puede generar un daño ambiental o si es que el producto puede causar daño a la salud. Recuérdese que la norma de protección impone la conducta a partir del presupuesto de que ella puede generar un daño. O sea, el daño es el motivo que lleva al legislador a imponer un deber de hacer o no de no hacer. De modo que cuando la norma es violada y se torna necesaria su actuación mediante la tutela jurisdiccional, la cognición judicial y la instrucción probatoria están circunscritas exclusivamente a la cuestión de saberse si hubo o no una violación a la norma. Sólo eso importa, puesto que puede ser investigado por la prueba y puede ser valorado por el juez en la acción destinada a tutelar el ilícito, comprendido como acto contrario al derecho.

En esa línea, no hay cómo imaginar que las tutelas anticipadas de inhibición, y de remoción puedan tener como presupuesto la "probabilidad de daño", aunque el artículo 300 del CPC/2015 marque exactamente esta expresión como requisito para el requerimiento de la tutela anticipada. Eso no es así apenas porque el derecho material obviamente se impone sobre las fórmulas procesales, sino también por la circunstancia de que el legislador, por una lamentable influencia, muchas veces imagina que puede diseñar técnicas procesales neutras en relación a las necesidades del derecho sustancial.

Déjese consignado, así, que la tutela inhibitoria anticipada requiere la probabilidad de la práctica del acto contrario al derecho (durante el tiempo necesario la definición de la acción inhibitoria), al paso que la tutela de remoción anticipada requiere la probabilidad de la práctica del ilícito.

A propósito, en el caso de que nada de esto fuese así, no habría significado en tutelar los derechos fundamentales mediante normas, lo que es imprescindible para que estos derechos puedan fructificar en las sociedades contemporáneas. El infractor siempre tendría la facultad de violar la norma para discutirla judicialmente, ocasión en la que se podría alegar que la conducta prohibida no provoca daño.