

# El Proceso Colectivo y la Medida Cautelar Innovativa como Mecanismos Garantizadores de la Tutela Judicial Efectiva

Maite Aguirrezabal Grünstein\*

*Se ha repetido incansablemente que la finalidad de los procesos judiciales, particularmente la de los civiles, es lograr el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos y que sus pretensiones sean tuteladas a través de un proceso en eficaz y efectivo. Para ello, existen, entre otros medios, los procesos colectivos y las medidas cautelares innovativas, figuras consideradas como mecanismos urgentes dentro del proceso y que son, además, recientes en el derecho procesal civil, cuyo desarrollo doctrinal aún no ha logrado plasmarse en normas que regulen adecuadamente su ejercicio.*

*El siguiente artículo realiza, en primer lugar, un repaso sobre los conceptos de tutela jurisdiccional efectiva y acceso a la justicia, para luego pasar a un análisis general de los institutos antes mencionados, explicando tanto su finalidad como los presupuestos para su aplicación. Es, en definitiva, un trabajo que, al explicar un tema completamente nuevo para nuestro ordenamiento con sencillez y claridad, definitivamente atraerá al lector.*

## I. Tutela judicial efectiva y acceso a la justicia

El derecho a la tutela judicial efectiva puede ser definido como aquél que tiene “toda persona a que se le haga justicia: a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas”<sup>1</sup>.

Agrega AGÚNDEZ, que la Constitución se configura como un marco jurídico en el que los instrumentos de garantía de los derechos fundamentales tienen la misma importancia que éstos, en lo relativo a la regulación del proceso y por ende del Derecho Procesal<sup>2</sup>.

La existencia de un derecho necesita de un sistema de protección, y para establecer este sistema, requiere a la vez de la preexistencia de aquél. Lo anterior implica elevar a un rango constitucional a las normas procesales que contienen la regulación de aspectos esenciales del proceso<sup>3</sup>.

El acceso a la jurisdicción por lo tanto, constituye un elemento esencial de este derecho fundamental, y como método de reforma del Derecho procesal civil ha ido evolucionando en sucesivas “olas”, identificándose tres etapas importantes:

- 1) La primera ola se concentra en los problemas que plantea la asistencia jurídica a los necesitados, proponiéndose sistemas que la provean y el beneficio de la justicia gratuita.
- 2) La segunda ola dice relación con los problemas que plantea la defensa procesal de los intereses difusos y colectivos. Las reformas se refieren a la legitimación procesal activa de los organismos y asociaciones privadas y a otros derechos y mecanismos procesales. Las propuestas plantean un enfoque eminentemente público, que se manifiesta a través de la intervención del Ministerio Fiscal, las acciones populares o la institución del Defensor de los Consumidores, existente en Suecia, y cuya función consiste en representar los intereses fragmentados o difusos de los mismos. Los organismos internacionales han organizado diversas conferencias y adoptado muchos acuerdos que se reflejan en numerosos programas cada vez más especializados y complejos, y los ordenamientos jurídicos no se han quedado atrás en este sentido, observándose toda una evolución en favor de la protección de intereses supraindividuales.
- 3) La tercera ola, conocida como “método de acceso a la justicia”, incluye propuestas de reformas más globales que trastocan el sistema procesal para

\* Abogada. Doctora en Derecho, Máster en Derecho de la Empresa, profesora de Derecho Procesal y Seminario de Investigación de la Universidad de los Andes.

1 GONZÁLEZ (1985), p. 27.

2 Cfr. AGÚNDEZ (1978), p. 395.

3 Cfr. PEREZ (1983), p. 103.

asegurar la eficacia de los nuevos derechos surgidos en el Estado Social de Derecho.

De lo señalado podemos concluir que el movimiento de acceso a la justicia hoy en día no sólo busca acercarla al ciudadano común, sino que se busca también que el proceso sea eficaz. En este sentido, se ha señalado que “el principio de efectividad no es apenas una directiva para el legislador sino también un principio hermenéutico del Derecho vigente”<sup>4</sup>.

Lo anterior encuentra consagración legislativa en el artículo 19 n° 3 inciso quinto de la Constitución chilena, que dispone que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”<sup>5</sup>.

La protección de una situación jurídica debe por tanto desarrollarse en un plano sustantivo, pero también en un plano procesal. En el ámbito del Derecho material se han realizado grandes progresos, que no han venido acompañados de la creación de un sistema de protección jurisdiccional que permita el ejercicio eficaz de estas posiciones<sup>6</sup>. Esta insuficiencia e inadecuación de las estructuras procesales tradicionales ha sido de gran preocupación doctrinal, puesto que normalmente el Derecho Procesal se encuentra referido a la defensa y protección de derechos e intereses individuales, lo que genera serios problemas, particularmente en lo relativo a la legitimación para la defensa de estos intereses y la eficacia de la sentencia<sup>7</sup>.

Y el tiempo en los procesos es uno de los factores que se consideran como un obstáculo en el acceso a la justicia, puesto que esta última se torna inaccesible cuando resulta extremadamente lenta, ya sea por inactividad de las partes o por la falta de actuación del juez en su calidad de director del proceso.

Se señalan también como un obstáculo las ventajas que pueden tener ciertas partes que poseen recursos económicos que les permiten sobrellevar los gastos que supone un juicio y que muchas veces se transforman en litigantes habituales, teniendo a su servicio toda una organización que les permite una mayor eficacia frente al litigante ocasional<sup>8</sup>.

Los obstáculos ya reseñados, impiden que la justicia se imparta oportunamente, haciendo que muchas veces la solución jurisdiccional se torne ineficaz. De ahí entonces

que surjan nuevas formas de tutela, que permitan acceder a una justicia más cercana, rápida y eficaz.

Con el objeto de obtener una respuesta adecuada a la consagración de este principio, es que han ido surgiendo nuevas realidades procesales sumarias que aceleran y simplifican los procedimientos declarativos de lato conocimiento, poniendo especial atención en el derecho tutelado a través de estos procesos diferenciados.

En este orden de ideas, cabe recordar que el “proceso urgente” reconoce en la actualidad tres tipos principales de mecanismos diferenciados entre sí: las medidas cautelares, preordenadas al pronunciamiento de una sentencia definitiva que se pronuncie sobre el fondo del asunto controvertido y al resultado práctico que aseguran preventivamente. En este sentido, más que a hacer justicia contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia<sup>9</sup>; la medida autosatisfactiva, que asume la forma de un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable, no siendo entonces necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento<sup>10</sup> y por último, la tutela anticipatoria, que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable.

Las tutelas de urgencia han encontrado un desarrollo importante en la dogmática argentina y en su jurisprudencia, sin perjuicio de que en otras legislaciones comparadas también las han consagrado normativamente.

Así, la legislación norteamericana regula desde hace un tiempo la *injunction*, consistente en mandatos de hacer o no hacer una cosa, y que se dictan con el objeto de impedir un perjuicio o eliminar una situación antijurídica. Las legislaciones latinoamericanas tampoco se han quedado atrás, destacando la brasileña, la peruana y la uruguaya.

El Código Procesal Civil de Brasil reconoce, en su artículo 273, la posibilidad de solicitar la tutela anticipada, siempre que exista prueba inequívoca, convencimiento del juez, y temor de que se produzca un perjuicio irreparable de no pronunciarse la medida.

En el caso de la legislación uruguaya, el artículo 312 del Código General de Procesos permite al órgano jurisdiccional adoptar “las medidas provisionales

4 PROTO PISANI (1988), pp. 26 y ss.

5 La Constitución española va un paso más allá, declarando expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando en el artículo 24 dispone que “Toda persona tiene derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”. Reconoce por tanto este artículo a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos<sup>5</sup>, en cualquier ámbito y sin que pueda producirse indefensión en el sentido de que los tribunales denieguen justicia, lo que ya está establecido en el artículo 1º apartado nº 7 del Código Civil, cuando dispone que “los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan”, y ha sido ratificado por el artículo 7º apartado 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial española. Este derecho que la Constitución enuncia literalmente del modo señalado ha sido sintetizado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional con la expresión derecho a la tutela judicial efectiva.

6 Señalaba COUTURE (1989), p. 274, que “mientras el derecho material, por su parte, fue creando todo un sistema jurídico de excepción, el derecho procesal permaneció estacionario sobre las bases y fundamentos del sistema individualista”. La misma observación hizo en su momento la Comisión europea, cuando señala que “la protección de los intereses de los consumidores mediante la mejora y al ampliación de sus derechos substanciales quedará incompleta si, paralelamente, no se les ofrecen medios y procedimientos apropiados para hacer valer dichos derechos” (COM (87) 210 final, de 7 de mayo de 1987).

7 En este sentido, CORDÓN, (1989), p.124, quien señala que “la legitimación se alza como un muro infranqueable que ha venido impidiendo el acceso de estos derechos e intereses a los Tribunales”, y GOZAINI, (1988), p.172, que se refiere a la posibilidad de que la legitimación “sepulte” al derecho.

8 Términos acuñados por GALANTER, (1975), pp. 347 y 360.

9 CALAMANDREI, (1997), p.44-45

10 PEYRANO, (1998), p. 968.

que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la otra parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar una decisión de fondo”.

“(…) aunque a los interesados se les permita organizarse y demandar colectivamente, éstos pueden hallarse dispersos, carecer de la información suficiente o faltar el acuerdo en cuanto a la estrategia común que seguirán..”

El Código Procesal Civil peruano, del año 1993, en su artículo 682, establece también que “ante la inminencia de un perjuicio irreparable puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley”.

## II. El proceso colectivo para la defensa de intereses supraindividuales

La sociedad contemporánea ha sido calificada como una sociedad de masas, en la que las relaciones son cada vez más complejas: hay agrupaciones de diversos tipo (partidos políticos, sindicatos, asociaciones, etc.) o simplemente individuos afectados por infracciones del ordenamiento jurídico que tiene relevancia colectiva.

Desde la perspectiva del Derecho Comparado, se constata un amplio movimiento internacional de acceso a la justicia de los intereses supraindividuales y de los entes que los representan. Este movimiento tiene su origen en cambios jurídicos y sociales.

Junto con el movimiento en pro de la protección de los intereses medio ambientales, han surgido también los “movimientos *pro consumatore*”, que comienza a cobrar fuerza a partir del mensaje del Presidente Kennedy de fecha 15 de marzo de 1962, comenzaron a divulgarse diversas leyes de protección del consumidor, y a nivel de la Comunidad Europea se inicia una importante labor tanto a nivel normativo como a nivel de búsqueda de soluciones.

El fenómeno de la masificación ha repercutido en el ámbito jurídico produciendo nuevas relaciones entre el individuo y la sociedad. Se caracteriza por el reconocimiento y la legitimación de organizaciones intermedias que encuentran su fundamento en la solidaridad, y que rompen con las respuestas ofrecidas por un Derecho basado en el carácter individual de las situaciones jurídicas.

Lo anterior ha provocado que la tutela procesal ya no pueda limitarse a los intereses individuales, lo que a su vez supone vencer una serie de condicionantes internos. Para CAPPELLETTI, el problema básico que presentan los intereses supraindividuales es que a nadie le corresponde el derecho de remediar el daño que sufre ese interés o bien el interés de cada uno es demasiado pequeño para accionar, lo que hace recomendable la acumulación de reclamaciones. Pero esta acumulación también presenta problemas, porque aunque a los interesados se les permita organizarse y demandar colectivamente, éstos pueden hallarse dispersos, carecer de la información suficiente o faltar el acuerdo en cuanto a la estrategia común que seguirán.

Por ello, aunque la regla general es que la protección de estos intereses requiere de una acción de grupo, estos movimientos serán de escasos resultados si no existe además una política de gobierno que actúe en bien de ese grupo<sup>11</sup>.

La heterogeneidad, característica propia de esta clase de intereses, afecta también a los mecanismos para su protección, de modo que las dificultades para su acceso a la jurisdicción les afectan de modo distinto. Además, presentan el problema añadido de su escasa aprehensibilidad y su difícil atribución a los ciudadanos individualmente considerados, lo que atenta contra el carácter individualista de las normas procesales y de las exigencias en materia de legitimación.

Los problemas comienzan con la terminología que se emplea para designarlos, puesto que se utilizan indistintamente los vocablos “interés” y “derecho”, para los adjetivos: colectivos, sociales, de grupo, supraindividuales, transindividuales, fragmentados, etc., problema que se dificulta aún más si se agregan los derechos individuales ejercidos de modo colectivo y que son conocidos como individuales homogéneos, plurisubjetivos o pluriindividuales. Ante esta confusión terminológica, FAIRÉN sostiene que estos intereses o derechos representan todavía un problema nuevo, incierto y equívoco, hasta el punto de ser calificados como intereses difusos, profusos o confusos.

El que un derecho o interés sea supraindividual significa que trasciende la esfera de lo meramente individual, está marcado por la impersonalidad y rompe con el concepto clásico de derecho subjetivo. Estos derechos “no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social, pero sin personalidad jurídica”<sup>12</sup>.

Para llegar a obtener una noción de interés supraindividual debe partirse del concepto general de interés y de interés jurídico, analizando qué es lo que se añade a esta noción general para que el interés pueda ser calificado como interés supraindividual. La doctrina<sup>13</sup> ha elaborado varios criterios para definir el concepto, según cuál es elemento destacado y en que se fundamenta la noción general de interés, atribuyéndoles

11 Cfr. CAPPELLETTI Y GARTH (1978), pp. 20-21.

12 GIDI (2003), p. 32.

13 El concepto todavía es incierto y equívoco y se presta a bastantes confusiones. Delimitar qué se entiende por interés supraindividual implica hacer una puntualización no sólo terminológica, sino también sustancial, para preparar el terreno y las condiciones del acceso a la justicia de tales intereses.

un carácter nuevo, pudiendo así distinguir, en general, entre un criterio subjetivo, un criterio objetivo y un criterio normativo.

Existen también definiciones que emplean otros criterios. ALMAGRO, por ejemplo, distingue tres planos: un plano subjetivo, referido a colectivos poco precisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados, aunque con dificultades determinables; un plano objetivo, en que el contenido del objeto se difumina, sea porque los mínimos no están fijados legislativamente, sea porque los obligados son múltiples y cada uno tiene que poner algo para el cumplimiento o realización del derecho y un plano formal de accionalidad o justicialidad imprecisa, puesto que el problema de la justicialidad abre a la doctrina el problema de nuevas formas de acceso a la justicia, porque al ser un grupo el afectado en determinada materia, desborda los esquemas clásicos del Derecho procesal<sup>14</sup>.

Se ha destacado también de este tipo de intereses su naturaleza conflictual, puesto que se trata normalmente de intereses incompatibles o contradictorios entre los que debe llevarse a cabo una función política de mediación y de coordinación, y un cierto grado de indeterminación, que implica una dificultad para circunscribir su difusión, puesto que se repiten y extienden a todos los miembros de una colectividad.

Las acciones para su protección han sido concebidas para la defensa de los siguientes tipos de intereses: 1) los intereses difusos, que son aquellos intereses supraindividuales de naturaleza indivisible de los que son titulares sujetos indeterminados unidos por circunstancias de hecho; 2) los intereses colectivos, que también son de naturaleza supraindividual e indivisible, pero entre los titulares de esos intereses existe algún tipo de vinculación jurídica y 3) los intereses individuales homogéneos, que son aquéllos de naturaleza individual y de titularidad exclusiva pero con un origen fáctico común.

Esta triple clasificación tiene su origen en los sistemas jurídicos anglosajones y ha sido principalmente desarrollada por el Derecho brasileño<sup>15</sup>. Así, el Código

de Defensa del Consumidor define en su artículo 81 estos dos tipos de intereses, y señala que son *difusos* los intereses “transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho” (fracción I) y que son *colectivos* los intereses “transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base” (fracción II).

De las definiciones, podemos concluir que estas categorías de intereses presentan dos características comunes: su supraindividualidad y su naturaleza indivisible<sup>16</sup>, lo que significa que “los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, la lesión de la entera comunidad”<sup>17</sup>. Presuponen también que la solución a los conflictos que pudieran generarse debe ser la misma para todos los integrantes del grupo.

Frente a estos intereses supraindividuales el Código Brasileño de Consumo se encarga también de definir los intereses individuales homogéneos, como aquellos que, siendo de carácter individual tienen un origen común (fracción III) y que pueden ejercerse colectivamente para obtener una reparación individual de los daños sufridos por los consumidores<sup>18</sup>.

En el estudio de los intereses supraindividuales la labor más profunda fue desarrollada, en su origen, por la doctrina<sup>19</sup>, y en la actualidad, de forma cada vez más decidida, por la jurisprudencia. El trabajo gira en torno a la elaboración de los conceptos de interés difuso<sup>20</sup> e interés colectivo, y a los criterios de reconocimiento y tutela de estos intereses, plasmándose en posiciones diversas que, pese a las diferencias, se orientan mayoritariamente, a que no constituyen un *tertium genus* respecto de las figuras tradicionales del interés legítimo y del derecho subjetivo.

BARBOSA distingue tres grupos de situaciones de relevancia supraindividual: aquellas en las que hay más de un titular activo o pasivo de la relación jurídica material, pero cuyos problemas de tutela procesal pueden resolverse mediante instituciones clásicas

14 Cfr. ALMAGRO (1983), pp. 638 y ss.

15 En este sentido PELLEGRINI (1984), pp. 30-31, distingue los intereses colectivos y difusos, y afirma que se consideran colectivos los intereses comunes a una colectividad de personas entre las que debe existir un vínculo jurídico, y difusos los intereses que sin existir un vínculo jurídico de por medio se basan en factores de origen fáctico y accidentales, como el habitar en una misma zona o consumir un mismo producto.

16 Algunos autores señalan que en el caso de los intereses supraindividuales puede distinguirse una indivisibilidad en dos grados. La indivisibilidad que se refiere al derecho difuso es absoluta en función de la propia indeterminación de las personas que componen la comunidad titular del derecho o interés, mientras que en el caso de los intereses colectivos la indivisibilidad es relativa porque los miembros de la colectividad titular del derecho son determinados o fácilmente determinables.

17 BARBOSA (1992), p. 235.

18 Ello porque cada miembro del grupo es titular de un derecho individual de naturaleza divisible.

19 En cuanto al tratamiento de este tema, la doctrina italiana ha sido muy prolífica. Una obra muy completa es la de VIGORITI (1979).

20 El centro de la discusión en cuanto a la definición de “interés difuso” radica necesariamente en qué debe entenderse por “difuso”. El Diccionario de la Lengua Española define “difuso” como ancho, dilatado, con lo que no aporta demasiado a la discusión, y el Diccionario de Uso Español lo define como “aquello que hace referencia a algo que es extenso y poco preciso”. Para ACOSTA (1995), p. 45, el concepto vendrá determinado “por dos notas o criterios diferenciadores, a saber: su pertenencia a un grupo carente de organización y el carácter anónimo del mismo. Así, tomando como base ambos rasgos –organizativo y subjetivo– entendemos por interés difuso el interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos, desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa, cuya tutela jurisdiccional responde a eventuales iniciativas meramente individuales”. El autor extrae de las posiciones de Giannini y Vigoriti los criterios diferenciadores de intereses difusos y colectivos, esto es, los criterios organizativo y subjetivo. SÁNCHEZ (1980), p. 118, considera que el interés difuso “es el interés jurídicamente reconocido de una pluralidad indeterminada o indeterminable de sujetos que, en potencia, pueden ser incluso todos los que integran la comunidad general de referencia, el ordenamiento general cuya normativa protege tal tipo de intereses”. Para LOZANO-HIGUERO (1983), pp.149-150, el interés difuso es “el interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido –expandido–compañable–expandible– por una universalidad, grupo, categoría, clase, o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad u coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tuteladas material y procesal”. Puede entonces concluirse, que el término “difuso” alude a una “escasa precisión jurídica” en relación al vocablo “interés”. Esta difusión o falta de precisión se manifiesta en el plano subjetivo, objetivo y formal del modo que sigue: subjetivamente, la difusión se manifiesta en un doble aspecto, ya que se trata de intereses referidos a colectivos poco precisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados o determinables con dificultades, y en la medida en que estos intereses se densifican en derechos constitucionalmente reconocidos, la titularidad de estos derechos que aunque individuales tienen su proyección y desarrollo en el grupo social, motivan cuestiones de filosofía jurídica todavía abiertas entre individualismo social y socialismo.

(litisconsorcio, intervención de terceros); aquellos casos en que un grupo más o menos amplio de personas se encuentran unidas por un vínculo jurídico; y por último, los intereses comunes a una colectividad de personas que no necesariamente se encuentran jurídicamente vinculadas, sino que, más bien, el interés que se trata de tutelar se basa en datos de hecho, siendo muy difícil la delimitación de los componentes del grupo precisamente por la inexistencia de este vínculo jurídico<sup>21</sup>.

El primer grupo se ajusta a las estructuras clásicas del derecho y por lo tanto escapa a esa nueva forma de considerar las situaciones jurídico-subjetivas de ventaja a través de la característica de la relevancia supraindividual. La trascendencia social es importante en el caso del segundo y tercer grupo, en los que se apunta la distinción entre intereses difusos y colectivos.

Respecto de estas categorías de intereses puede decirse que comparten los mismos problemas jurídicos y que ambas se refieren a bienes de carácter indivisible<sup>22</sup>, pero con una distinción fundamental: los intereses difusos se refieren al sujeto no como individuo sino como miembro de un grupo que puede ser más o menos amplio, pero indeterminado o de muy difícil determinación, mientras que los intereses colectivos atañen a grupos delimitados en que los miembros se encuentran determinados o son fácilmente determinables.

Son varios los criterios que se han propuesto para diferenciar los intereses difusos y los colectivos, destacando aquellos que atienden a si los miembros del grupo están vinculados por circunstancias de hecho o bien ligados por una relación jurídica o aquellos que consideran que los intereses difusos presentan una nota de mayor extraneidad que los intereses colectivos, y por lo tanto los primeros resultan más neutrales que los segundos<sup>23</sup>.

El Derecho brasileño desarrolla otro criterio, referido a la vinculación jurídica, siendo colectivos “aquellos intereses comunes a una colectividad de personas y solamente a ellas, cuando existe un vínculo jurídico entre los integrantes del grupo: la sociedad mercantil, el condominio, la familia, los entes profesionales, el mismo sindicato, dan margen a que surjan intereses comunes, nacidos en función de una relación base que une a los miembros de las respectivas comunidades y que, no confundiendo con los intereses estrictamente individuales de cada sujeto, permiten su identificación”, y difusos “aquellos que, no fundándose en un vínculo jurídico, se basan en datos de hecho genéricos y contingentes, accidentales y mudables: como habitar

en la misma región, consumir los mismos productos, vivir en determinadas circunstancias socioeconómicas, someterse a particulares empresas”<sup>24</sup>.

**“Frente a esta realidad, surge entonces la necesidad de crear un procedimiento especial para la defensa de estos intereses de masas, que rompe con los esquemas procesales tradicionales (...)”**

A modo de conclusión, pueden destacarse varios aspectos: los intereses colectivos y difusos no presentan diferencias esenciales, puesto que hacen referencia a un mismo fenómeno jurídico y a situaciones jurídicas con una misma naturaleza y estructura, y que comportan similares problemas procesales. Sin perjuicio de lo señalado, considera que los factores determinantes al momento de diferenciarlos son la extensión y la determinación de los sujetos interesados, al que puede agregarse el de la vinculación entre los miembros del grupo o de la colectividad interesada. “Así, cuando el grupo de personas que se encuentran de forma común y simultánea en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos ellos disfrutan sea determinado o determinable en su composición, en sus miembros, puede hablarse de interés colectivo. Cuando, por el contrario, se trate de una comunidad de sujetos amplia e indeterminada o muy difícilmente determinable puede hablarse de interés difuso”<sup>25</sup>.

En lo que respecta a los derechos individuales homogéneos o plurisubjetivos, corresponden a una categoría de intereses que ha sido elaborada en los países del Common Law y por la legislación brasileña, que como hemos señalado, la introduce en el Código del Consumidor de 1990. Son derechos individuales que por efectos prácticos se hacen “accidentalmente colectivos”<sup>26</sup>, y que han sido definidos como “una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de divisibilidad, del cual es titular una comunidad de personas indeterminadas más determinables, cuyo origen está en alegaciones de cuestiones comunes de hecho o de derecho”<sup>27</sup>.

Estos intereses se distinguen de los difusos y colectivos en que aquéllos son verdaderos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo<sup>28</sup>.

21 Cfr. BARBOSA (1979), pp. 2674-2677.

22 En este sentido, señala FERRER (2004), p.13, que la distinción entre situaciones difusas y colectivas no siempre es clara puesto que ambas obedecen al mismo fenómeno. Por la circunstancia de ser la indivisibilidad una nota esencial de estos intereses no pueden ser considerados como una suma de intereses individuales porque pertenecen a una colectividad.

23 Este criterio ha sido adoptado en España por ALMAGRO (1983), p. 96, que señala que “lo típico de estos intereses sociales o colectivos que se denominan difusos es su acotación por grupos o clases o sectores de manera más o menos extensa”. Y en razón de esta distribución de los intereses en clases o grupos “surgen conflictos a veces entre la satisfacción de los intereses de un grupo respecto de otros, lo que lleva a poner de relieve otra nota que acompaña al concepto de intereses difusos la conflictualidad”.

24 PELLEGRINI (1988), p. 707.

25 GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1998), p. 109.

26 Cfr. BARBOSA (2000), pp. 195-196. Los distingue así de los supraindividuales, a los que califica como “esencialmente colectivos”, citado por WATANABE (2003), p. 3. Este mismo autor los califica como “ontológicamente individuales, pero que son tutelados colectivamente, por razones de estrategia de tratamiento de conflictos”.

27 GIDI, (2003), p. 35.

28 Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1998), p. 441. El autor señala que por ejemplo, la difusión de una publicidad engañosa o la comercialización de un producto defectuoso dan lugar a un interés difuso, mientras que la falta de higiene o seguridad en una fábrica dará lugar a un interés colectivo. Serán derechos individuales plurales aquellos de que son titulares quienes han adquirido un bien que no responde a las cualidades anunciadas o contratadas.

Presentan dos características esenciales para su tratamiento colectivo: su homogeneidad, que le viene dada por su origen común<sup>29</sup> y su divisibilidad, puesto que nos encontramos ante derechos que pueden ejercerse individualmente, pero respecto de los cuales resulta más conveniente su defensa colectiva.

Agrega PELLEGRINI que la distinción fundamental se manifiesta en que en los intereses supraindividuales la solución del litigio es la misma para todos, debido a la indivisibilidad del objeto del proceso y en los segundos, en cambio, la solución no es la misma para todos, precisamente porque el objeto del proceso es divisible<sup>30</sup>.

La diferencia entre los intereses supraindividuales y los plurisubjetivos tiene mucha importancia desde el punto de vista práctico puesto que su tratamiento procesal es distinto por tratarse los segundos de derechos subjetivos clásicos, lo que implica que en lo que respecta a la legitimación, los límites subjetivos de eficacia de la sentencia y la indemnización de los perjuicios dependerán de las circunstancias personales del titular del derecho<sup>31</sup>.

Frente a esta realidad, surge entonces la necesidad de crear un procedimiento especial para la defensa de estos intereses de masas, que rompe con los esquemas procesales tradicionales, y que destaca por una serie de principios o reglas que deben tenerse en cuenta al momento de legislar sobre la materia.

Frente a incumplimientos que provengan de actos de consumo masivos, más allá de los elementos accidentales relativos a la fecha, al lugar y cantidad del producto o servicio, resulta lógico que se pueda configurar un proceso orientado a proteger a una pluralidad de sujetos, siempre que las acciones tengan elementos de conexión que así lo justifiquen. Al encontrarse los consumidores en situaciones idénticas, no es deseable que se dicten resoluciones contradictorias, ya que ello compromete la garantía de igualdad ante la ley, al dar los tribunales un tratamiento diverso a situaciones idénticas.

Por cierto, esta novísima tendencia en ningún caso pretende la supresión de los derechos individuales de los consumidores para caer en un colectivismo asfixiante. Por lo mismo, el mecanismo procesal para la protección colectiva de los derechos es una institución de excepción. Se debe recurrir a ella sólo cuando los instrumentos clásicos no permitan amparar una situación jurídica colectiva y considerando que se trata por su naturaleza, de una tutela procesal diferenciada.

En este sentido, el proceso colectivo presenta una serie de características particulares que lo apartan del proceso tradicional individualista, y que lo convierten en una clase de tutela procesal diferenciada. Estas características dicen relación especialmente con tres figuras: la legitimación, la cosa juzgada y el rol del juez en el procedimiento<sup>32</sup>.

### III. La medida cautelar innovativa

#### 1. Generalidades

Las medidas cautelares pueden clasificarse en conservativas e innovativas, siendo las primeras aquellas que tienen por objeto "facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma"<sup>33</sup>.

Sin perjuicio de que el desarrollo dogmático de la cautela innovativa es relativamente nuevo, Chiovenda ya definía las medidas cautelares como resoluciones dirigidas a conservar el estado actual de las cosas, determinadas por el peligro o la urgencia y denominándolas provisionales o de conservación<sup>34</sup>.

En lo que respecta a las finalidades de cada uno, se ha señalado por la doctrina que "mediante el primero se trata de conservar (inmovilizar) una situación de hecho, para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso principal. En el proceso cautelar innovativo, si desde el principio no se dispusiera un determinado cambio en el estado de hecho o de derecho existente, se comprometería el resultado del proceso principal. Se presenta como una modificación anticipada de una situación jurídica"<sup>35</sup>, o bien que el proceso cautelar de conservación "sirve para garantizar los medios del proceso definitivo", mientras que el proceso cautelar innovativo "sirve para garantizar la practicidad del proceso definitivo"<sup>36</sup>.

Podemos concluir entonces que la medida cautelar innovativa puede ser definida como "una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico. Dicha diligencia cautelar- a diferencia de la mayoría de las otras- no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga el statu quo. Va más allá, ordenando –sin que concurra sentencia firme

29 No es requisito que entre las personas titulares de este tipo de derechos exista una relación jurídica anterior, puesto que el vínculo con la parte contraria nacerá precisamente de la lesión, relación que además es individual y que afectará de modo distinto la esfera jurídica de cada uno de ellos. El origen común en todo caso puede ser más o menos remoto. Mientras más remoto menos homogéneos serán estos derechos. Tampoco este origen común implica necesariamente una unidad de hecho temporal, lo que significa que no es necesario que el hecho creador de los derechos sea el único o el mismo en todos los derechos. Lo esencial será que nos encontremos ante situaciones jurídicamente iguales, aunque los hechos sean diferentes.

30 Cfr. PELLEGRINI (1994), pp. 106-114. En sentido contrario GUTIÉRREZ DE CABIEDES (1998), p. 443, quien considera que la distinción no debe basarse en el criterio de la divisibilidad, sino en la existencia o inexistencia de monopolio en la disposición material y procesal de la situación jurídica que se tutela.

31 Hay que estar también a la forma en que se formula la solicitud de tutela jurisdiccional y los fundamentos de la demanda colectiva, para saber si nos encontramos ante una verdadera demanda para la tutela de intereses supraindividuales o si bien se trata de tutela intereses individuales homogéneos.

32 Sobre el particular, cfr. AGUIRREZABAL (2011), pp. 573-618; Aguirrezabal (2006a), pp. 143-173 y Aguirrezabal (2006b), pp. 69-91.

33 CALAMANDREI (1945), p. 56.

34 CHIOVENDA (1998), pp. 114-116. Agregaba el autor que "Una medida provisional responde a la necesidad efectiva y actual de alejar el temor de un daño jurídico; si este daño es o no en realidad inminente y jurídico, resultará de la resolución definitiva".

35 PEYRANO, (1981), p. 13

36 ARAZI (2005), p. 1348

de mérito– que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente”<sup>37</sup>.

Se ha señalado además que en el caso de la medida cautelar innovativa, la proyección de sus efectos “trasciende la mera provisionalidad, por cuanto constituye una concreta satisfacción de los derechos pretendidos por el peticionante que, aunque puede hacerse cesar, habrán sido gozados irrevocablemente”<sup>38</sup>.

Nuestro Código de Procedimiento Civil ha regulado las medidas cautelares en el artículo 280<sup>39</sup>, como medidas precautorias que tienen por objeto asegurar el resultado de la acción deducida, es decir, como medidas conservativas<sup>40</sup>.

Por lo tanto, y sin perjuicio de que ambas tienen una naturaleza cautelar, las medidas conservativas y las innovativas cumplen funciones completamente distintas puesto que ambas tienen una función preventiva de aseguramiento, pero se diferencian en cuanto a sus presupuestos.

En este sentido, la medida cautelar tradicional está llamada a conservar, a no innovar respecto de una situación jurídica. Su finalidad es impedir la alteración de una situación de hecho o la destrucción de un bien. La cautela innovativa, en cambio, está llamada a producir un cambio en la situación de hecho, con el objeto de evitar un perjuicio irreparable a alguna de las partes.

La medida cautelar innovativa presenta como características distintivas, el hecho de estar preordenada a una sentencia de fondo, impidiendo que se lleve a cabo una determinada actuación, o bien ordenando que dicha actuación se practique.

Se encuentra orientada a evitar que se produzca un perjuicio que adquiera el carácter de irreparable con el transcurso del proceso, de tal manera que la adopción de la cautela innovativa evita que dicha irreparabilidad se produzca.

Persigue alterar el status existente, a diferencia de lo que sucede con las medidas cautelares conservativas o la orden de no innovar, y por último, requiere de la concurrencia de los requisitos propios de toda medida cautelar, esto es, verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*), peligro en la demora, contracautela, y un requisito específico de este tipo de medidas, la posibilidad de que se consuma un perjuicio irreparable<sup>41</sup>.

## 2. Cautela innovativa y orden de no innovar

La orden de no innovar también se corresponde con un tipo de cautela conservativa, ya que busca mantener el estado de cosas existentes al momento en que se decreta, con el objeto de evitar que la situación antijurídica siga produciendo consecuencias, o de que se produzca cualquier cambio antes de que se dicte la sentencia en el proceso en el que recae esta orden, evitando así que se frustre su cumplimiento<sup>42</sup>.

La medida cautelar innovativa se diferencia por lo tanto de la orden de no innovar, en que esta última corresponde a un tipo de cautela conservativa que busca mantener el estado de cosas existentes al momento en que se decreta, con el objeto de evitar que la situación antijurídica siga produciendo consecuencias o de que se produzca cualquier cambio antes de que se dicte la sentencia en el proceso en el que recae esta orden de no innovar evitando así que se frustre su cumplimiento<sup>43</sup>.

En cambio, la cautela innovativa busca precisamente lo contrario, esto es, alterar o retrotraer el estado de cosas con el objeto no solo de evitar que la situación antijurídica continúe produciendo sus efectos y evitar así que se siga causando un daño que se pretende corregir a través de la decisión del asunto controvertido.

## 3. Cautela innovativa y tutela anticipada

En ciertas ocasiones la medida cautelar innovativa se confunde con manifestaciones de la tutela anticipada, que constituye otra forma de tutela diferenciada o de urgencia, y que puede definirse como aquella que “tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas (sin perjuicio de la regulación que pueda hacer el legislador en determinados casos), otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda y que según la naturaleza del interés, el carácter de peligro que lo amenaza a las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica, por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable o de difícil reparación, de acuerdo al grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el juez de modo sumario en base a la prueba aportada, y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptuarla más idónea para obviar las consecuencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito”<sup>44</sup>.

37 PEYRANO (2009), pp. 19-42. Agrega este autor que por regla general, este tipo de medidas no afecta la libre disposición de los bienes ni tampoco tiene por finalidad que se mantenga el status existente al momento que se trava la Litis, sino que su objeto es que “alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente”. En nuestra Legislación, las medidas cautelares innovativas ya se encuentran recogidas a propósito del procedimiento de familia. En este sentido, el artículo 22, dentro de las reglas generales de procedimiento

38 GARROTE, (2009), p. 737.

39 Un completo panorama de las medidas cautelares en Chile, lo encontramos en MARÍN (2006), pp. 13-37.

40 No obstante, parte de la doctrina ha querido ver en las medidas cautelares innominadas reguladas en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, una puerta para el ingreso de la cautela innovativa al proceso civil chileno.

41 Cfr. RUZFA (2009), pp. 349 y ss.

42 Característica propia de la orden de no innovar decretada con ocasión de un recurso de protección o de un recurso de apelación que se ha concedido en el sólo efecto devolutivo. Sin perjuicio de lo anterior, parte de la doctrina considera que la orden de no innovar sí podría tener efectos retroactivos y alterar el estado de cosas existente. En este sentido, cfr. PALACIO (1985), pp. 175-177, y BARACAT (2009), pp. 49 y ss.

43 Sobre el panorama de la orden de no innovar como manifestación de la tutela de urgencia en Chile, cfr. BORDALÍ (2006), pp. 211 y ss.

44 CARBONE, (2009), p. 85.

Sin embargo, existen importantes diferencias entre ambas instituciones, entre las que destacan las que siguen<sup>45</sup>:

- a) En lo que respecta al grado de conocimiento para su pronunciamiento, en la medida cautelar innovativa se exige verosimilitud del derecho que se invoca, mientras que en los casos de tutela anticipada se requiere un grado de certeza relevante, una fuerte probabilidad de la existencia del derecho y la acreditación de la irreparabilidad del perjuicio que se ocasionaría de no decretarse la medida anticipada.
- b) En lo que respecta a la tramitación, la medida cautelar innovativa se decretará por regla general, inaudita altera pars, mientras que para conceder la tutela anticipada, se requiere escuchar al demandado y haberse recibido prueba por parte de quien solicita la concesión de la medida, puesto que existe una necesidad mayor de certeza en relación con el derecho que se invoca.
- c) En lo que respecta a las razones que las fundamentan, en el caso de la medida cautelar innovativa, su fundamento inmediato es la urgencia, mientras que en el caso de la tutela anticipada sería "el abuso en el derecho de defensa y el largo tiempo que lleva la substanciación de todo proceso, y que eso puede llevar a que cuando se dicte sentencia de mérito el perjuicio grave e irreparable ya se haya consumado para el solicitante de la misma"<sup>46</sup>.

#### 4. La irreparabilidad del perjuicio como requisito esencial para decretar una medida cautelar innovativa

Tal como ya se señaló, a las ya tradicionales exigencias para obtener una medida cautelar, esto es, el *periculum in mora*, el *fumus bonis iuris* y la contracautela, se agrega, en el caso de las medidas innovativas, un nuevo requisito, constituido por la necesidad de acreditar la irreparabilidad del perjuicio.

La exigencia del perjuicio irreparable no debe confundirse con la del *periculum in mora*, puesto que tienen finalidades distintas. El *periculum in mora* tiene por objeto evitar que el demandado no pueda responder pecuniariamente una vez que se haya pronunciado la sentencia de mérito, mientras que el peligro en la demora es un elemento de la esencia de toda medida cautelar, que deberá acreditar el peticionario, aportando los antecedentes de que disponga.

Para acreditar la situación de peligro no basta el simple temor o aprehensión del solicitante, sino que debe tratarse de hechos apreciables objetivamente.

La concurrencia de una situación de peligro es una exigencia que evita los abusos en la concesión de las medidas, ya que al no existir dicho estado desaparece la necesidad de conceder la protección cautelar innovativa<sup>47</sup>.

No existe una única hipótesis de peligro, sino que múltiples y muy variadas.

Este estado de peligro puede provenir o generarse por la insolvencia del demandado, por el intento de transferir los bienes que conforman el activo de su patrimonio, por el deterioro de los bienes dados en garantía, por el temor al ocultamiento de bienes, el peligro de daño en los mismos, etc.

Se trata por tanto de situaciones en que el cumplimiento de la sentencia de fondo se haría imposible o de muy difícil realización.

En el plano legal la situación de peligro se concreta mediante variadas fórmulas, tales como: "... y haya motivo de temer que se pierda o se deteriore la cosa en manos de la persona..." (art. 291 CPC.); "siempre que haya justo motivo de temer que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio, o que los derechos del demandante puedan quedar burlados" (art. 293 N° 4); "cuando las facultades del deudor no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes" (art. 295 inc. 1° y 296); etc.

En lo que respecta al perjuicio irreparable, o *periculum in damni*, se exige en función de la finalidad anticipatoria que puede cumplir la medida innovativa, y consiste en establecer los daños que se producirían si no se otorgara la medida total o parcialmente.

Cuando la medida innovativa cumple una función anticipatoria, por regla general la prestación solicitada y otorgada con ocasión de esta medida, resulta coincidente con lo que se reclama en el fondo del asunto del que se conoce, a diferencia de lo que sucede con la medida precautoria, en que el contenido de la medida nunca concuerda con el contenido de la sentencia de fondo<sup>48</sup>.

La jurisprudencia argentina, a propósito del juicio caratulado Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf S.R.L. y otros, en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y que resulta emblemático a propósito de la concesión de medidas innovativas<sup>49</sup>, ha distinguido claramente el *periculum in mora* del *periculum in damni* señalando en sus considerandos sexto y siguientes que:

"6°) Que esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un

45 Cfr. AIRASCA, (2009), pp. 153 y ss.

46 AIRASCA (2009), pp. 153 y 154. No concordamos con la autora en el sentido de diferenciar los fundamentos de una y otra, por cuanto la posibilidad de la irreparabilidad del perjuicio es lo que justifica la urgencia en el decreto de la medida. En este sentido, el fundamento mediato de la tutela anticipada también sería la urgencia.

47 Opina de modo contrario PALACIO (1998), pp. 111-112. Considera que la acreditación del daño irreparable no constituye un requisito esencial para decretar una medida cautelar innovativa. Ni siquiera cree necesario separar el *periculum in mora* del *periculum in damni*, puesto que este último se encontraría subsumido en el recaudo genérico del peligro en la demora, cubriendo este último todos los daños involucrados en el otorgamiento de la medida.

48 De ahí entonces que se predique su carácter de instrumental.

49 Aunque parte de la doctrina considera que se trata de un caso de tutela anticipada y no de cautela innovativa. Cfr. en este sentido, AIRASCA (2009), pp. 149-157, BARBERIO (2009), pp. 241 y ss.

antipico de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (confr. Fallos: 316:1833 y causa P. 489 XXV "Pérez Cuesta S.A.C.I. c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (prohibición de innovar)" del 25 de junio de 1996).

- 7º) Que el juez de grado tuvo por acreditada prima facie la verosimilitud del derecho invocado por el actor cuando dispuso de embargo sobre bienes muebles e inmuebles del patrimonio de los demandados a fin de resguardar el eventual pronunciamiento a dictarse sobre el planteo indemnizatorio del apelante; verosimilitud que se vincula con los presupuestos de la relación jurídica y circunstancias fácticas determinantes del reclamo.
- 8º) Que para probar el recaudo del peligro en la demora -necesario en toda medida cautelar- el recurrente llevó a cabo diligencias a fin de evidenciar la existencia de los intentos realizados por los demandados para disminuir su patrimonio, lo que se veía agravado por la falta de seguro de accidentes de trabajo respecto del personal que desarrollaba sus tareas en la empresa Grafi Graf S.R.L.
- 9º) Que, ante tales afirmaciones, la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones -como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar -mediante esa vía- un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el art. 5, inc. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 10º) Que ello resulta así pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy difícil o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.
- 11º) Que, de considerarse admisible el único sustento dado por el a quo, la medida cautelar innovativa se convertiría en una mera apariencia jurídica sin sustento alguno real en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que

toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el valladar del eventual prejuzgamiento del tribunal como impedimento para la hipotética resolución favorable al peticionario".

En este sentido, el peligro de un perjuicio irreparable "implica algo distinto, porque involucra una mirada para comprobar si existe alguna situación colateral a la relación litigiosa que viene a aquejar al actor a punto tal que se encuentre justificado otorgar incontinenti algo o parte de la pretensión de mérito porque en caso contrario el proceso respectivo no sería efectivo. Comprobar que existe *periculum in damni* equivale a sostener que media "peligro de infructuosidad" en el proceso de que se trate<sup>50</sup>.

**"A través de figuras como la medida cautelar innovativa o el proceso colectivo, se coloca el acento en la eficacia de la protección que se otorga, ya no solamente como manifestación del principio de la economía procesal o como la consideración del proceso como un fin en sí mismo"**

Por ello es también que el órgano jurisdiccional debe controlar con rigurosidad la existencia de esta condición, debiendo "la verosimilitud del derecho surgir de manera manifiesta de los elementos obrantes en la causa"<sup>51</sup>, puesto que la resolución implica la posibilidad de anticipar una tutela que luego resulte favorable.

## 5. Conclusiones

Hoy en día existe consenso en la doctrina contemporánea y la jurisprudencia de que el proceso debe constituir un instrumento que no sólo facilite el acceso a la justicia, sino que también asegure de modo adecuado la tutela de los derechos cuya protección se solicita.

A través de figuras como la medida cautelar innovativa o el proceso colectivo, se coloca el acento en la eficacia de la protección que se otorga, ya no solamente como manifestación del principio de la economía procesal o como la consideración del proceso como un fin en sí mismo.

A pesar del movimiento en favor de la promoción de estas nuevas figuras, en la práctica su desarrollo es mayoritariamente dogmático y jurisprudencial, faltando claramente un desarrollo legislativo y la adecuación de las estructuras procesales tradicionales a estas nuevas formas de tutela, que suponen procesos más sencillos y más rápidos .

50 PEYRANO (2009), p. 33.

51 RUZAFÁ (2009), p. 343 y 344.

## 6. Bibliografía

ACOSTA, José (1995): *Tutela procesal de los consumidores*, (Barcelona, Bosch).

AIRASCA, Ivana (2009): "Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa", en Peyrano, J. (dir.), *Medida Innovativa* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).

AGUIRREZABAL, Maite (2011): "Los principios procesales que informan los procedimientos colectivos", en Peyrano, J. (dir.), *Principios Procesales* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).

AGUIRREZABAL, Maite (2006): "El procedimiento para la defensa de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios en la Ley 19.946", en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, (Santiago, Universidad de los Andes).

AGUIRREZABAL, Maite (2006): "Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)", en *Revista Chilena de Derecho*, (n° 1).

AGÚNDEZ, Antonio (1978): "Repercusiones de la Constitución de 1978 en el Derecho Procesal", en FERNÁNDEZ, T. (coord.), *Lecturas sobre la Constitución española* (Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho).

ALMAGRO, José (1983): "La protección procesal de los intereses difusos en España", en *Justicia* (83).

ALMAGRO, José (1982): "Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos", en *Revista de Derecho Político* (16).

ARAZI, Roland (2005): "Procesos Urgentes", en *Justicia Argentina* (I).

BARACAT, Edgar (2009): "Reflexiones sobre la medida innovativa: su pasado y su futuro", en PEYRANO, J. (dir.), *Medida Innovativa* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).

BARBOSA, José (1992): "La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* (3).

BARBOSA, José (1979): "A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados <<intereses difusos>>", en *Studi in onore de Enrico Tullio Liebman*, (Milano, Giuffrè).

BARBOSA, José (2000): "Tutela jurisdiccional dos intereses colectivos ou difusos", en *Temas de direito processual*, (Sao Paulo, Saraiva).

Barberio, Sergio (2009): "Vigencia de lo cautelar en la medida innovativa", en PEYRANO, J. (dir.), *Medida Innovativa* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).

BORDALÍ, Andrés (2006): "El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* (XIX, 2).

CALAMANDREI, Piero (1945): *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (Buenos Aires, Ediar).

CAPPELLETI, MAURO, Y GARTH, Briant (1978): *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos* (México, Fondo de Cultura Económica).

CARBONE, Carlos (2009): "Esquicio diferenciador entre la medida cautelar innovativa y el despacho interino de fondo", en PEYRANO, J. (dir.), *Medida Innovativa* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).

CORDÓN, Faustino (1989): "El acceso a la justicia civil de los derechos de los consumidores", en *Estudios sobre consumo* (16).

COUTURE, Eduardo (1989): *Estudios de derecho procesal civil* (Buenos Aires, Depalma, 3ª ed.).

CHIOVENDA, Giuseppe (1998): *Curso de Derecho Procesal Civil* (México, Biblioteca de Clásicos del Derecho Procesal).

FERRER, Eduardo (2004): *Juicio de amparo e interés colectivo: la tutela de los derechos difusos y colectivos* (México, Porrúa).

GALANTER, Marc (1975): "Afterward: Explaining Litigation", en *Law & Soc Rev.*

GARROTE, Angel (1999): "La tutela judicial anticipada. Las medidas de satisfacción anticipada y las medidas autosatisfactivas", en *Jurisprudencia Santafesina* (36-37).

GIDI, Antonio (2003): "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", en GIDI A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, (México, Porrúa).

GONZÁLEZ, Jesús (1985): *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva* (Madrid, Civitas).

GOZAINI, Osvaldo (1988): *Introducción al nuevo Derecho procesal*, (Buenos Aires, Ediar).

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo (1998): *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos* (Pamplona, Aranzadi).

LOZANO-HIGUERO Y PINTO, Manuel (1983): *La Protección de los intereses difusos: intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a la R.T.V* (Madrid, García Blanco).

MARÍN, Juan (2006): "Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales", en *Revista de Estudios de la Justicia* (8).

PALACIO, Lino (1985): *Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).

PALACIO, Lino (1998): "La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual", en *Revista de Derecho Procesal* (n° 1).

PELLEGRINI, Ada (1998): "Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (La ley brasileña núm. 7347 de 24 de julio de 1985)", en *Revista de Derecho Procesal* (n° 3).

PELLEGRINI, Ada (1994): "I processi collettivi del consumatore nella prassi brasiliana", en *Rivista di Diritto Processuale*.

PELLEGRINI, Ada (1984): "A problemática dos interesses difusos", en *A tutela dos interesses difusos* (Saraiva, Sao Paulo).

PEYRANO, Jorge (1998): *Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas* (Buenos Aires, La Ley).

PEYRANO, Jorge (1981): *Medida Cautelar Innovativa* (Buenos Aires, Depalma).

PEYRANO, Jorge (2009): "La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa" en PEYRANO, J. (dir.), *Medida Innovativa* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).

PEREZ, Antonio (1983): "La fundamentación de los derechos humanos", en *Revista de Estudios Políticos* (n° 17).

Proto Pisani, Andrea (1988): "Chiovenda e la tutela cautelare", en *Rivista di Diritto Processuale*.

RUZAFÁ, Beatriz (2009): "Notas sobre la medida innovativa y el daño irreparable", en PEYRANO, J. (dir.), *Medida Innovativa* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).

SÁNCHEZ, Manuel (1980): *La participación del ciudadano en la administración pública* (Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales).

VIGORITI, Vincenzo (1979): *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad gire* (Milano, Dott. A. Giuffrè Editore).

WATANABE, Kasuo (2003): "Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso", en GIDI A. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, (México, Porrúa).