

Recepción de la medida cautelar innovativa y su delimitación con otras formas de tutela cautelar

The innovative injunction and its delimitation with other ways of preliminary injunctions

Recepção da medida cautelar “inovativa” e a sua delimitação com outras formas de proteção provisória

Réception de la mesure provisoire novatrice et sa délimitation avec d’autres formes de protection juridictionnelle provisoire

Maite Aguirrezabal Grünstein⁹

⁹ Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra, Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Monseñor Álvaro del Portillo N°12.455, Las Condes, Santiago, Chile, maguirrezabal@uandes.cl. El presente trabajo se elabora en el marco del Proyecto Fondecyt REGULAR n° 1130462, titulado “Recepción y proyección de la medida cautelar innovativa en el sistema procesal chileno” del que la autora es la investigadora responsable. Artículo recibido el 11 de agosto de 2014. Aprobado por el par evaluador el 13 de abril 2015. Aprobado en Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N° 02 del 11 de junio de 2015.



Resumen

El presente trabajo tiene por objeto efectuar un análisis sobre algunos aspectos conceptuales de la medida cautelar innovativa como mecanismo que favorece y facilita el acceso del ciudadano a la justicia, y sus diferencias con la tutela cautelar conservativa y la medida autosatisfactiva. Se analiza también la incorporación de la medida cautelar innovativa en algunas legislaciones comparadas.

Palabras Clave

Acceso, urgencia, innovativa, daño, irreparabilidad

Abstract

This work conduct to an analysis on some general aspects of the injunction as an innovative mechanism that facilitates citizens' access to justice, and its differences with the conservative and selfsatisfactive injunctions.

Keywords

Access, urgency, injunction, damage, irreparable

Resumo

O presente trabalho pretende realizar uma análise de alguns aspectos conceptuais da medida cautelar “inovativa” como mecanismo que favorece e facilita o acesso dos cidadãos à justiça, e as suas diferenças com a tutela cautelar conservativa e a medida auto-satisfativa. É analisada também a incorporação da medida cautelar “inovativa” em algumas legislações comparadas.

Palavras-chave

Acesso, urgência, inovativa, dano, irreparabilidade.

Résumé

Le présent travail a comme objectif d'effectuer une analyse de quelques aspects conceptuels sur la mesure provisoire novatrice comme mécanisme qui favorise et facilite l'accès du citoyen à la justice, et ses différences avec la mesure provisoire conservatrice ou la mesure auto-satisfaisante. On analyse aussi l'incorporation de la mesure provisoire novatrice dans quelques législations comparées.

Mots clés

Accès, urgence, novatrice, dommage, irréversible

I. Tutela judicial efectiva y acceso a la justicia

Se ha sostenido 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 (Agúndez, 1978)

Lo anterior, como afirma Pérez (1983), implica elevar a un rango constitucional a las normas procesales que contienen la regulación de aspectos esenciales del proceso.

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, y que puede ser definido como aquel 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” (González, 1985, p.27).

A su vez, esta institución comprende el derecho a la acción y el derecho de acceso a los tribunales, como elementos integradores del debido proceso. Se trata de un derecho fundamental, de configuración legal, contenido complejo y constitucionalmente reconocido a todas las personas, consistente en el derecho para solicitar al órgano jurisdiccional la tutela de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y obtener una resolución de fondo fundada en derecho.

En la legislación chilena, este principio encuentra consagración legislativa en el artículo 19 n° 3 inciso quinto de la Constitución que, en lo que respecta al debido proceso 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”.

Una norma similar se encuentra consagrada en el artículo 229 de la Constitución de Colombia, que dispone que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, y que se complementa con lo dispuesto en el artículo 228 del mismo texto, que dispone a su vez que “la administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la Ley, en ellas prevalecerá el

derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

La Constitución española va un paso más allá, declarando expresamente en su artículo 24 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 todos los justiciables el derecho a obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, en cualquier ámbito y sin que pueda producirse indefensión en el sentido de que los tribunales denieguen justicia, lo que no es sino consecuencia de lo ya establecido en el artículo 1º apartado nº 7 del Código Civil español, que dispone que “los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan”, y que ha sido ratificado por el artículo 7º apartado 3º de la Ley orgánica del poder judicial española.

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 asegurar la eficacia de los nuevos derechos surgidos en el Estado social de derecho.

Siguiendo a Bordalí (2011), podemos concluir que el movimiento de acceso a la justicia hoy en día no sólo busca acercarla al ciudadano común, sino que busca también la eficacia del proceso como elemento configurador de dicho acceso, llegando incluso a señalarse por la doctrina que “el principio de efectividad no es apenas una directiva para el legislador sino también un principio hermenéutico del Derecho vigente” (Proto Pisani, 1988, pp. 26).

Por lo tanto, la protección de una situación jurídica debe desarrollarse en un plano sustantivo, pero también en un plano procesal.

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.

El ejercicio de la función jurisdiccional en el proceso civil se traduce en la concesión por parte del juez de una tutela que se concreta en el proceso, y las diversas formas de tutela jurisdiccional constituyen:

remedios realizables mediante los instrumentos que la ley ofrece al individuo para conseguir la actuación del derecho objetivo, cuando ésta no sea realizable de otro modo o bien cuando la intervención del órgano jurisdiccional se hace necesaria para la producción de un efecto jurídico; pero estos mecanismos tienen un ámbito de aplicación no rígido pero sí formal. Por medio de ellos se concede el poder de acción, instrumental, para obligar al juez a conceder o no la tutela (Micheli, 1970, p. 48).

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.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre este punto y ha explicado que el derecho a la tutela judicial efectiva implica que los jueces dirijan el proceso de manera que evite dilaciones y entorpecimientos indebidos, sin detrimento de los principios del debido proceso legal, cuando aquéllos puedan acarrear impunidad y frustrar la debida protección judicial de los derechos humanos (Caso Mack Chang, Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párrs., nota 11, párr. 207, y Bulacio, Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100 párr. 115).

Como señala Bordalí (2001):

ocurre que este control urgente de los efectos del tiempo, para otorgar una efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que ocurren ante la jurisdicción, no puede ser obtenido por el proceso de declaración ordinario, como tampoco por el de ejecución, puesto que éstos, para que puedan brindar una efectiva protección a los derechos e intereses de los justiciables, necesitan de un espacio de tiempo “razonable” para que pueda concretarse la formulación concreta de la regla de derecho, es decir, el establecimiento de la existencia del derecho (proceso declarativo), o ya para conseguir la actuación práctica de esta regla en vía coactiva, o sea a través del empleo efectivo o potencial de la fuerza de parte del ordenamiento (p. 40).

Los tratados internacionales y algunas legislaciones comparadas ya consideran la celeridad como un requisito del debido proceso, lo que se define en lo que las distintas normativas entienden por plazo razonable.

Así, el artículo 8° de la convención americana de derechos humanos establece que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, mientras que el artículo 25 de la convención americana de derechos humanos garantiza “el derecho a un recurso sencillo y rápido”, referido a la tutela de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de cada país signatario.

Siguiendo esta tendencia, el artículo 121 del Código General del Proceso en Colombia (Ley 1564 de Julio de 2012), se ha encargado de establecer un límite máximo para la duración de los procesos, cuando señala que:

salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera

o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. Del mismo modo, el plazo para resolver la segunda instancia, no podrá ser superior a seis (6) meses, contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del juzgado o tribunal.

Una regla similar se repite en la Ley 1561 de 2012, sobre resolución de conflictos de escasa cuantía en que intervengan poseedores de inmuebles urbanos o rurales, que presenta como una de sus características fundamentales el plazo máximo de seis meses que posee el órgano jurisdiccional para resolver el conflicto, pudiendo excepcionalmente ampliarse ese término para el caso de interrupción o suspensión del proceso por causa legal.

La superación de este obstáculo ha promovido también el surgimiento de nuevas formas de tutela, que permitan acceder a una justicia más cercana, rápida y eficaz y que de modo general, han sido enmarcadas bajo la denominación de tutelas procesales diferenciadas.

Carbone (2000) considera que “habrá tutela jurisdiccional diferenciada en todos aquellos casos en que puede caer en desprestigio el fundamental derecho a la justa y efectiva tutela jurisdiccional” (p. 55), y agrega que:

la tutela procesal diferenciada encierra en una serie de institutos procesales que cumplen a la medida una importante función del proceso, la satisfacción del objeto, pero en un momento tradicionalmente no previsto: el último, o sea, la sentencia como premio de un incansable trabajo que es la secuencia procesal (p.56).

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 sino como manifestación de una justicia más moderna y eficaz, lo que se ha traducido en una reformulación del proceso cautelar en el sentido de orientarla a fines distintos de aquellos meramente asegurativos, integrándose con mecanismos más dinámicos y menos instrumentales y que genéricamente han sido denominadas como tutelas procesales diferenciadas.

La Corte Constitucional colombiana ha señalado también en repetidas oportunidades, que las medidas cautelares tienen amplio sustento en el texto de la

Constitución Política y que constituyen una manera de resguardar el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, ha señalado que “es necesario que el ordenamiento establezca dispositivos para prevenir esas afectaciones al bien o derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana. Y tales son precisamente las medidas cautelares, que son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esta manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada” (Sentencia C-523 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa).

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 protección jurisdiccional, que suponen procesos más sencillos y más rápidos.

En lo que respecta a la doctrina, estas distintas figuras han sido postuladas dentro de conceptos genéricos sin que se haya efectuado un trabajo de delimitación con aquellas figuras que son meramente cautelares y que acceden a un proceso principal, y de aquellas que son autosatisfactivas, resultado de procesos autónomos y exclusivos.

Tampoco existe una teoría general sobre estas nuevas categorías de procedimientos, e incluso muchas veces sucede que se utilizan como sinónimos términos que no lo son, como autosatisfactivo y anticipatorio, o urgencia y peligro en la demora.

En general, podríamos señalar que dentro de estas tutelas diferenciadas, deben distinguirse a lo menos tres categorías: una tutela de urgencia autosatisfactiva autónoma, que no es ni anticipatoria ni cautelar; una tutela satisfactiva interina, que no es autosatisfactiva ni tampoco cautelar, pero que es revocable en la sentencia definitiva, y una tutela cautelar urgente, accesoria, provisional y anticipatoria.

II. Configuración de la medida cautelar innovativa y su delimitación con otras formas de tutela cautelar

1. Generalidades

A pesar de que el tratamiento de las medidas cautelares innovativas es incipiente, la discusión en torno a la naturaleza jurídica y fines que persigue esta clase de tutela lleva ya bastante tiempo asentada en la doctrina.

Calamandrei (2006), en su ya tradicional clasificación de las medidas cautelares, distinguía entre providencias instructoras anticipadas, providencias de aseguramiento de la futura ejecución forzada, y “las que deciden interinamente, antes de la decisión definitiva, una relación controversial que de no hacerse podrían derivar en daños irreparables” (p. 53).

También en este autor pueden encontrarse antecedentes respecto de la potestad genérica del juez para dictar medidas cautelares innominadas y de urgencia.

Señala en este sentido, que las providencias cautelares pueden asumir diversas formas, pudiendo clasificarse en cuatro tipos: las providencias instructoras anticipadas, relativas a la conservación de medios probatorios; las providencias de aseguramiento de la futura ejecución forzada, equivalente a las medidas de carácter asegurativo; las decisiones anticipadas y provisorias de mérito y las providencias que imponen cauciones judiciales.

El grupo de las tutelas anticipatorias estaría compuesto por providencias mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida, que si perdurase en la indecisión hasta la emanación de la providencia definitiva, podría provocar a una de las partes daños irreparables.

Así, como señala Calamandrei:

la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario (2006, pp. 58-59).

A lo ya señalado, debe sumarse la contribución que Carnellutti efectúa a esta discusión, puesto que en sus últimos trabajos sobre la materia, dividió los procesos cautelares en inhibitorios, restitutorios y anticipatorios, reconociendo por lo tanto que la medida cautelar no sólo tiene por objeto una finalidad meramente asegurativa de bienes.

Expresa el citado autor que en ciertas ocasiones “de lo que se trata no es de eliminar una peligrosa desigualdad entre los litigantes, sino de anticipar proveimientos que, si recayesen en el momento normal, perderían en todo o en parte su eficacia” (Carnellutti, 1944, p. 250).

2. Delimitación conceptual

La medida cautelar innovativa se corresponde con una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre el fondo de la pretensión sometida a su decisión.

Agrega Peyrano (2009) que por regla general no afecta la libre disposición de los bienes ni tampoco tiene por finalidad que se mantenga el status existente al momento que se traba la litis, sino que su objeto es que “alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente” (p. 30), lo 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 sin que concurra sentencia firme.

La cautela innovativa exige al órgano jurisdiccional una conducta activa que vaya más allá de la orden de abstención de realizar ciertos actos o conductas, imponiéndole una obligación de hacer o dejar de hacer algo pero en sentido contrario al que existía con anterioridad a decretarse dicha medida.

La proyección de sus efectos “trasciende la mera provisionalidad, por cuanto constituye una concreta satisfacción de los derechos pretendidos por el solicitante que, aunque puede hacerse cesar, habrán sido gozados irrevocablemente” (Garrote, 1999, p.78).

Podemos concluir así que la medida innovativa cumple una función distinta a la de las medidas cautelares con fines asegurativos, puesto que no garantiza

la eficacia de lo resuelto sino que tiene por objeto la satisfacción total o parcial de la pretensión, cuando de dicha insatisfacción pudiera provenir un perjuicio irreparable.

3. La cautela innovativa y su delimitación con otras formas de tutelas

3.1. Con la medida cautelar conservativa

La finalidad que persigue una medida conservativa es distinta de aquella que persigue la cautela innovativa.

Se ha señalado por la doctrina que mediante los mecanismos clásicos de tutela cautelar se busca conservar o inmovilizar una situación de hecho, para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso principal, es decir, evitar que se frustre la ejecución de la sentencia.

En el proceso cautelar innovativo en cambio, 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 (Peyrano, 1981).

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.

Se ha señalado también 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” (Arazi, 2005, p. 1348).

Ambos tipos de medida coinciden en el hecho de estar preordenadas a una sentencia de fondo, impidiendo que se lleve a cabo una determinada actuación, o bien ordenando que dicha actuación se practique, pero además, la

medida cautelar innovativa 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 una medida de este tipo evita que dicha irreparabilidad se produzca.

De ahí entonces que persiga alterar la situación de hecho existente, a diferencia de lo que sucede con las medidas cautelares conservativas o la orden de no innovar, y por lo anterior, requiere de la concurrencia de los requisitos propios de toda medida cautelar, esto es, verosimilitud del derecho, requisito también conocido como el *fumus bonis iuris* o humo del buen derecho, peligro en la demora, contracautela, y de un requisito específico de este tipo de medidas: la posibilidad de que se consume un perjuicio irreparable (Ruzafa, 2009).

3.2. Con la medida autosatisfactiva

La medida autosatisfactiva en cambio, sin perjuicio de que obedece también al género de los procesos urgentes, presenta una configuración completamente distinta.

Cuando se habla de medida autosatisfactiva, debe pensarse en “un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, el cual se agota con su despacho favorable, no poseyendo naturaleza cautelar por no haber necesidad de iniciación de una ulterior acción principal” (Peyrano, 2000, pp. 15- 16).

Se trata pues de un proceso autónomo, en el que se anticipa todo o una parte de lo pretendido al presunto acreedor, a fin de que cubra una necesidad apremiante, y se caracteriza por la satisfacción definitiva y única de la pretensión

En la misma línea de pensamiento, Berizonce (2010) distingue las medidas anticipatorias interinales y las medidas anticipatorias materiales o autosatisfactivas, expresando en todo caso que la anticipación en ambos casos conserva rasgos de autonomía, ya que cumplen con una misma finalidad, consistente en asegurar el cumplimiento de la decisión del órgano jurisdiccional.

La doctrina ha postulado que este tipo de tutela solucionaría problemas en los casos en que la medida cautelar clásica se convierte en ineficiente y se requiere la cesación urgente de conductas ilegítimas (Peyrano, 2000).

La medida autosatisfactiva coincide con la medida cautelar innovativa en que en ambas existe una orden favorable para el demandante, que se concede *in audiatura altera pars*, pero se diferencian en que la medida autosatisfactiva no es ni instrumental ni provisoria, posee una alta probabilidad de certeza y de satisfacción definitiva en un proceso autónomo que se agota en sí mismo, con efecto de cosa juzgada material (De los Santos, 1998).

La medida cautelar innovativa posee una autonomía relativa, por cuanto resultan autónomas en relación con el proceso principal y la discusión de fondo, pero tienen como finalidad garantizar el resultado del mismo.

Así, mientras esta última puede provisoriamente adelantar la tutela que se pretende, pero sin prejuzgar ni interferir con la decisión de fondo, la tutela autosatisfactiva constituye un verdadero proceso urgente que se agota en sí mismo, y que brinda una satisfacción completa e inmediata de la pretensión, “cuyos efectos devienen de hechos irreversibles, y como corolario, tornan innecesaria la continuación del proceso y abstractas las cuestiones que integraron la pretensión” (Berizonce, 2002, pp. 159-160).

3.3. Con la medida cautelar innominada

La clasificación entre las medidas nominadas e innominadas es ya tradicional y su consagración legal es de ordinaria ocurrencia.

Así, las medidas nominadas son aquellas que expresamente se encuentran indicadas en la legislación procesal civil, mientras que las medidas innominadas son todas las otras medidas que puede dictar un juez y que no cuentan con indicación expresa, constituidas por una gran variedad de medidas genéricas que surgirán, sin estar individualizadas los Códigos procesales, para cada caso en particular y que deben ser judicialmente decretadas.

El artículo 298 del Código de Procedimiento Civil chileno así lo reconoce, cuando señala que “podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen”.

En la legislación procesal colombiana, se encuentran reconocidas en artículo 590 del Código General del Proceso, que faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte la decrete si la “encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar

las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”.

De las normas que se comentan, se desprende que las medidas innominadas se encuentran en una posición que las vincula tanto a las medidas conservativas como a las medidas innovativas.

Se vincula con la medida conservativa en el sentido que la medida innominada puede también consistir en una prohibición de innovar, presentándose entonces como característica común el carácter irretroactivo o restablecedor que pueden tener ambas formas de tutela, ya que en ninguno de los dos casos se permitiría al juez alterar o introducir modificaciones a la condición actual de las partes con el fin de restablecer situaciones jurídicas infringidas.

Pero la finalidad de la medida innominada puede ir más allá de la orden de no innovar, puesto que este tipo de cautela permite obtener también órdenes de actuación que sí producen un cambio en la situación de hecho o de derecho de las partes, permitiendo incluso el anticipo de la resolución de la litis, lo que la acerca a la naturaleza propia de la medida innovativa y la aleja de las medidas conservativas (Ortiz-Ortiz, 1997, pp. 127 y ss.).

4. La configuración del *periculum in mora* como requisito esencial para decretar una medida cautelar innovativa

Como ya se ha señalado 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.

El sistema cautelar descansa básicamente en dos elementos esenciales: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

El *fumus boni iuris* es el juicio de verosimilitud acerca de la existencia del derecho que se reclama (Arazi, 1999, p. 7).

No se trata en ningún caso de la plena prueba del derecho o interés legítimo, sino que de una simple apariencia de la situación tutelada mediante el ejercicio de la acción. Siguiendo una antigua doctrina, sentada por la

Corte de Apelaciones de Santiago en 1904, esto se explica de la siguiente forma: “las medidas precautorias sólo tienen por objeto responder a las resultas del juicio y no importan un prejuzgamiento de las cuestiones que en él se ventilan...”.

El *periculum in mora* se refiere a la situación de peligro, cuya consumación se busca evitar concediendo la medida precautoria. Es un elemento de la esencia de toda medida cautelar, que deberá acreditar el peticionario, aportando los antecedentes de que disponga.

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

En general, la exigencia en la concurrencia de una situación de peligro evita los abusos en la concesión de las medidas, ya que al no existir dicho estado desaparece la necesidad de conceder la protección cautelar.

En el caso de las medidas precautorias de carácter asegurativo, 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.

El legislador chileno ha exigido la concurrencia de estos requisitos cuando dispone que el requirente deberá acompañar los antecedentes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados.

La legislación procesal civil colombiana se orienta en este mismo sentido, cuando el artículo 590 del Código General del Proceso, establece que “el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada”.

Existe por lo tanto unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia, en cuanto a que lo cautelar obedece a una necesidad común que invoca como justificación, la necesidad de evitar el *periculum in mora*, el peligro en el

retardo, y que genéricamente no es otra cosa que el riesgo constituido por el transcurso del tiempo necesario para la realización de la tutela.

El *periculum in mora*, que constituye la base de este presupuesto en las medidas cautelares, es conceptualizado por Calamandrei (2006) como la “existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva” (p. 42).

Tanto en las medidas conservativas como en las innovativas debe concurrir este requisito, pero con una configuración distinta según la función que desempeñe la correspondiente medida cautelar.

En lo que respecta a la medida innovativa, y por cumplir con una función anticipatoria, por regla general la prestación solicitada y otorgada, 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, y de ahí entonces que se predique su carácter de instrumental.

Siguiendo al maestro italiano, en ciertas ocasiones la medida tendrá por objeto asegurar bienes para la futura ejecución de la sentencia y en otras, se busca obtener de modo anticipado la satisfacción de la pretensión con el objeto de evitar un daño irreparable.

Por lo anterior, Calamandrei (2006), señala que en el caso de las medidas precautorias conservativas, el *periculum in mora* se configura como un peligro en la tardanza derivada de la prosecución del litigio, y en que lo urgente “no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue, sea justa y prácticamente eficaz” (p. 71), mientras que para el caso de las medidas innovativas, el *periculum* está constituido por la prolongación del estado de insatisfacción del derecho, recayendo la medida “directamente sobre la relación sustancial controvertida” (p. 72), lo que el autor denomina como “peligro de infructuosidad”.

La dogmática argentina, en la escuela iniciada especialmente por el profesor Jorge Peyrano, y siguiendo la interpretación jurisprudencial, han desdoblado este peligro en la demora, que clásicamente se ha señalado como uno de los presupuestos sustanciales de viabilidad de las medidas precautorias, llamando así al peligro que importe demorar la toma de una decisión que no admite

dilaciones, para distinguirlo de otro peligro denominado “*in damni*”, por el perjuicio irreparable que la omisión en adoptar la tutela jurisdiccional, pueda traer aparejada.

En verdad, este recaudo no surge en forma expresa de norma alguna, pero sí de la posición que adoptó la Corte en los casos resueltos con esta suerte de anticipo de jurisdicción, cuando señala que el conocimiento del juez sobre los hechos que se le presentan debe ser mucho más cuidadoso, por las consecuencias que traerán aparejadas para el proceso.

Esta mayor prudencia únicamente puede estar dirigida a apreciar con mayor claridad y precisión, tanto la verosimilitud del derecho, como el peligro de la demora, que bien pueden interpretarse como mayor certeza sobre el derecho invocado, y por otro lado, mayor evidencia del peligro en ciernes que se pretende evitar.

Opina de modo contrario Palacio, (1998), quien 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.

Como bien lo expresa Baracat (2009, p.60), “para determinar el peligro en la demora hay que escudriñar la situación del demandado; en el daño irreparable hay que examinar la situación en que se encuentra el actor”.

Por ello, el peligro de un perjuicio irreparable implica la existencia de una situación que viene a aquejar al actor de forma tal “que se encuentre justificado otorgar algo o parte de la pretensión de mérito” (Peyrano, 2009, p. 33), agregando el autor que comprobar que existe *periculum in damni* equivale a sostener que media “peligro de infructuosidad” en el proceso de que se trate, y en este sentido, su tesis sobre la configuración del *periculum in mora* coincide con la de Calamandrei.

Con base en lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia se encuentran contestes en que la procedencia de la cautela innovativa se encuentra sujeta a la necesidad de evitar un perjuicio irreparable o un “peligro de infructuosidad”, como lo denomina Calamandrei (2006), no siendo suficiente con un peligro en la tardanza, entendido este último como presupuesto propio de las medidas conservativas (p. 70).

Peyrano (1981) corrobora este criterio expresando que esta clase de perjuicio “es el presupuesto propio y característico de la medida cautelar innovativa, consistente en que la situación (de hecho o derecho) que se pretende innovar ocasionaría (de subsistir) un daño irreparable al pretensor” (p. 27), confirmando también esa tesis Arieta (2011), cuando señala que habría irreparabilidad “cuando los efectos del daño sobre el derecho son irreversibles” (p. 130).

De modo contrario opina Palacio (1998), quien considera cuestionable que se condicione el otorgamiento de la medida a la concurrencia de este presupuesto, puesto que la exigencia es susceptible de ser limitada a connotaciones de carácter patrimonial. Agrega que en la forma como se ha configurado el *periculum in mora* en las medidas conservativas, es posible incorporar en dicho concepto una amplia gama de daños que permitiría ir más allá del perjuicio económico, extendiéndose también a daños físicos, morales y psicológicos (p. 112).

No concordamos con esta última posición. Se cree que tratándose de medidas cautelares innovativas, es dable la exigencia de requisitos más severos, puesto que el peligro en la demora en la cautela conservativa presenta una relación directa con el riesgo de insolvencia del demandado al momento en que se solicite la ejecución de la sentencia definitiva, mientras que la concesión de la medida cautelar innovativa no ha sido prevista como un aseguramiento del resultado de la acción, sino que más bien persigue un objetivo inmediato centrado en el solicitante, consistente en el agravamiento de su situación particular para el caso de no concederse tal medida.

Para acreditar la situación de peligro en este último caso, no basta el simple temor o aprehensión de quien pide la medida innovativa, sino que debe tratarse de hechos apreciables objetivamente, debiendo el solicitante proceder a la demostración verosímil de estos requisitos que justifiquen efectivamente su otorgamiento, no bastando con la alegación de daños eventuales, sino que “será menester demostrar prima facie tales recaudos”.

La jurisprudencia argentina también ha asentado esta exigencia en distintos fallos, tales como “Flamini y otro con Asociación Bioquímica”, Zeus 75-R-32, n° 17.808 y “Laboratorios de Especialidades Farmacéuticas c/Inst. de Serv. Soc. para Jubilados”, interlocutorio 6921.

Con la palabra perjuicio se ha querido hacer referencia a la lesión de derechos e intereses legítimos amparados por el ordenamiento, ya sea que se trate de daños al patrimonio o bien daños morales.

En cuanto al concepto de irreparabilidad, la doctrina ha señalado que se trata de un concepto que “se caracteriza por estar estrechamente vinculado con la afección o pérdida definitiva de derechos o facultades” (Bilesio y Gasparini, 2009, p. 332). Hacen las autoras sinónimo a irreparable el que el daño sea irremediable, insubsanable o irreversible.

La exigencia de irreparabilidad también implica detenerse en el análisis de la magnitud del perjuicio para que éste pueda ser considerado como irreparable.

En este sentido, se ha señalado que debe comprenderse dentro del concepto de irreparabilidad del perjuicio, no sólo cuando el daño nunca pueda ser reparado, sino también cuando ese daño sea de muy difícil reparación o que la protección otorgada sea insuficiente o tardía para que pudiéramos encontrarnos ante esta condición de irreparabilidad.

La jurisprudencia argentina ha señalado por ejemplo que nos encontramos ante un daño irreparable cuando resulta imposible de ser reparado por la vía pecuniaria, o bien cuando se imposibilita la reparación de la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar.

Se agrega también que la gravedad del perjuicio “no depende de un pronóstico sobre la duración del proceso, y, así, de una evaluación en términos de extensión del tiempo necesario para alcanzar la sentencia; sino de la naturaleza y características objetivas de la situación antijurídica que se desea remover” (Tommasseo, 1983, pp. 137-138), y que hay irreparabilidad cuando los efectos del daño sobre el derecho son irreversibles.

Por ello, la decisión de si procede o no el otorgamiento de la orden de no innovar en atención a si concurre este requisito, dependerá del caso en concreto y en el momento en que se produzca la respectiva solicitud y de la prueba que se rinda en torno a este requisito.

En materia de daños patrimoniales el criterio para considerar la imposibilidad en la reparabilidad del perjuicio se determina en base a la capacidad económica del destinatario de la medida (similar al criterio que se utiliza para determinar en el sistema anglosajón la procedencia de la

injunction), y si puede hacer frente a una eventual indemnización por daños y perjuicios. Vid. en este sentido “Bressan SA con Alvarez”, (Cam. Civ.y Com., Rosario, 25/06/98), juicio por desalojo en que la demandante solicitó como medida cautelar innovativa que se le restituyera una planta de acopio de cereales.

El juez concedió la medida en atención a que el demandado se encontraba en manifiesto estado de insolvencia. Hasta aquí podría pensarse que un criterio de este tipo coincide más con un *periculum in mora* que con un *periculum in damni*, pero el fallo agrega un requisito adicional, consistente en determinar si con la insolvencia del demandado se verían afectadas sus operaciones comerciales, lo que la resolución concluye de modo afirmativo.

En situaciones en que para decretar la irreparabilidad del perjuicio no se ha estado a criterio de carácter pecuniario, por tratarse de bienes extrapatrimoniales como la vida o la salud, el órgano jurisdiccional ha privilegiado los riesgos eventuales para el bien en peligro. Así, la jurisprudencia argentina, en fallo en el juicio caratulado “Torre, Hugo M. c/D.J. con Aguas Argentinas S.A.” (2001-2-602), sostuvo que “es procedente el dictado de una medida cautelar tendiente a la restitución del suministro de agua corriente y cloacas en la vivienda del actor, aun cuando éste haya reconocido un crédito a favor de la empresa prestadora -en el caso, se suspendió el servicio por falta de pago-, pues se trata de un servicio público que provee un elemento vital para la subsistencia”, y en el juicio caratulado BYK Argentina S.A. c/ Estado nacional (D.J. 2000-3-1094), relativo a la propiedad intelectual, declaró que “procede otorgar la medida cautelar innovativa que persigue obtener el registro provisional de un nombre de dominio en internet, pues al privar a la actora de usar su designación comercial en ese mercado...se lesiona su derecho de propiedad, al impedirle comercializar desde allí sus productos”.

También se ha declarado la procedencia de la cautela innovativa en materias relativas a la protección del medio ambiente y su mantención libre de contaminación.

Por ejemplo en materia de contaminación acústica, en que se ha señalado que procede la medida solicitada, si la estridencia sonora afecta la calidad de vida del actor.

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” (Ruzafa, 2009, p. 343 y 344), puesto que la resolución implica la posibilidad de anticipar una tutela que luego resulte favorable.

III. Incorporación de la medida cautelar innovativa en algunas legislaciones comparadas

Por tratarse de una figura nueva en los procesos civiles comparados, debe hacerse mención especial a la recepción que la cautela innovativa ha tenido en algunas legislaciones del civil law y el derecho continental, que han ido incorporando paulatinamente estas nuevas medidas.

1. Las *injunctions* en los sistemas del *civil law*

Pueden definirse como una orden de un tribunal, “que disuade a una persona de efectuar un acto específico, y en ciertos casos excepcionales requieren que lleve a cabo una actuación concreta” (Marín, 2003, pp. 191-204).

Encuentra su fundamento en la equidad, puesto que su función es la de restablecer la situación anterior a aquella en que se ha producido la lesión de un derecho.

La *injunction* constituye una medida de carácter jurisdiccional, en que la Corte respectiva mediante una resolución judicial, exige a una determinada parte que se comporte de una determinada manera o bien se abstenga de realizar una determinada conducta, pudiendo dicha medida ser de carácter permanente o temporal.

El derecho anglosajón contempla dos tipos de medidas cautelares inominadas: *la injunction* y *la contempt of court*.

Resultan relevantes en esta categoría las medidas provisionales o interim *injunction*, que son aquellas que se adoptan antes de que el tribunal pueda escuchar debidamente a la contraparte y valorar las pruebas presentadas, y que pueden mantenerse durante el transcurso del procedimiento, incluso cuando sólo existe temor de que pudieran infringirse los derechos de la parte demandante.

En este sentido, Urdaneta (1998), señala que esta clase de medidas constituyen generalmente, “un remedio preventivo y protector, dirigido a actos futuros, y que no tiene el propósito de reparar o compensar las consecuencias de un acto antijurídico que ha causado daño en el pasado, como se desprende de *Snider vs. Sullivan*” (p. 71).

Como la medida se encuentra dirigida a evitar que el demandado actúe de forma perjudicial para el demandante, a través de ella se puede ordenar a una parte hacer algo (*mandatory injunction*) o bien abstenerse de hacer algo (*negative injunction*).

Para solicitar una medida provisional, generalmente el solicitante debe presentar un compromiso de indemnización denominado *cross-undertaking in damages*, que consiste en una promesa de compensar al demandado por las pérdidas causadas por la medida provisional si posteriormente resulta que la medida provisional no debería haberse concedido. Es el caso, por ejemplo, si el solicitante pierde el pleito.

La exigencia anterior se explica porque el incumplimiento de la medida decretada puede ser sancionado civil y penalmente, pudiendo verse incluso compelido a indemnizar los perjuicios que provengan de dicho incumplimiento.

El incumplimiento de la *injunction* implica incurrir en un contempt y en la consiguiente sanción, que puede llevar incluso a la condena por desacato. Sobre el particular, Barbero y Carbone (2002) y Fábrega y Arjona (1989).

Al momento de examinar la respectiva solicitud para que se decrete una *injunction*, el tribunal debe determinar, en primer lugar, si el asunto sobre el que versa la medida reviste gravedad suficiente como para proceder a su concesión.

Si el juzgador considera que efectivamente el asunto reviste una gravedad tal que permita conceder la medida, el tribunal procederá a una ponderación de los intereses de las partes, determinando si el daño sufrido por el solicitante es o no irreparable y si la eventual indemnización por daños y perjuicios a la que pudiera condenarse al demandado es una reparación adecuada para el solicitante de la medida, si luego su pretensión es acogida.

El demandado o cualquier tercero directamente afectado por una medida provisional puede solicitar en todo momento al tribunal la modificación o la

revocación de la medida apenas tome conocimiento de la misma, no siendo necesario esperar hasta su notificación.

Son varios los motivos que el afectado por la medida podría alegar para solicitar la modificación o la revocación de la medida provisional, tales como el incumplimiento de las condiciones necesarias para la concesión de la medida, el cambio de las circunstancias materiales que justificaban su concesión, la dilación en la tramitación del proceso por parte del demandante o la afectación de terceros no intervinientes en dicho procedimiento.

También es motivo para que se deje sin efecto la medida, si ésta se ha concedido *in audiatura altera pars*, y el actor no haya rendido prueba suficiente en torno a los requisitos que justifican la concesión de la misma.

Si el tribunal revoca la medida provisoria, el demandado podrá solicitar que se le indemnicen los daños y perjuicios según el compromiso que el demandante haya alcanzado en ese sentido, pudiendo además el tribunal ordenar el reembolso de la totalidad o de una parte del dinero desembolsado por el afectado con ocasión de la medida.

2. La institución del *référé* en la legislación francesa

En Francia existe lo que se denomina la “*jurisdiction des référés*”, que traducida al castellano vendría a ser una jurisdicción de referimiento, en virtud de la cual se decretan “medidas provisionales sin fuerza de cosa juzgada, dictadas en condiciones de extrema rapidez, al término de una instancia regida por el principio de contradicción, y provisionalmente ejecutorias de pleno derecho” (Gascón, 1998, p. 128).

Agrega Arieta (2011), que constituye un medio excepcional para casos de urgencia o para resolver dificultades en la ejecución, que permite obtener de modo muy rápido una resolución que se caracteriza por ser provisoria y no producir cosa juzgada, requisitos necesarios para que no incida en un prejuzgamiento del asunto.

El proceso consiste en acudir a un juez, ante una determinada situación de urgencia, para que este adopte provisionalmente las medidas que considere oportunas, ya sea para prevenir un daño inminente o para hacer cesar una turbación manifiestamente ilícita.

Constituye una manifestación de un poder general de cautela que se encuentra contenido en el artículo 484 del Código de Procedimiento Civil francés que señala que es “*une decision provisoire rendue a la demande d’une partie, l’autre presente ou appelé dans les cas où la loi confère a une juge qui n’est a pas saisi du principal le pouvoir d’ordonner immédiatement les mesures nécessaires*”, y que puede manifestarse en forma de medidas cautelares de tipo asegurativo, innovativo o incluso anticipatorio.

Se trata de un procedimiento urgente y contradictorio y que termina mediante una sentencia provisional y no definitiva, lo que implica que en principio el juez que dicta la medida provisional no es aquel que está conociendo del fondo del asunto controvertido, con lo que se evitaría un prejuzgamiento respecto de la cuestión de fondo.

Con ello lo que se busca es separar la jurisdicción de referimiento de la jurisdicción ordinaria, para acercarla a una justicia de urgencia.

Así, en el artículo 808 del mismo estatuto procesal se han previsto las medidas urgentes y las medidas de reposición para hacer cesar una perturbación manifiestamente ilícita.

Interesante resulta el concepto de que la perturbación sea “manifiestamente” ilícita, puesto que por un lado, alivia la carga de probar el *periculum in mora* y por otro, garantiza la seriedad en la solicitud de la medida.

Se ha señalado también que este caso estaría referido a perturbaciones que provengan de vías de hecho o evitar una daño inminente, contempladas en el artículo 809, y las medidas de provisión contempladas en el artículo 809 inciso segundo, que permiten al juez una condena provisional a pagar una suma de dinero, sin que necesariamente exista una situación de urgencia, y que luego se imputa a la eventual condena definitiva.

Para poder decretar este tipo de medidas, el citado Código establece dos tipos de procedimiento: uno que supone la existencia de un período de contradicción (y que se denomina *ordennances de refere*), y otro que contempla que la medida sea decretada inaudita altera pars (que se denomina *ordennances sur requet *), lo que en palabras de Alcalá-Zamora (1972), se relaciona con la adopción de medidas asegurativas a requerimiento de parte interesada, sin que sea necesario que dicha decisión se motive, por cuanto carece de cosa juzgada y puede por lo mismo ser en cualquier momento revocada.

3. La cautela innovativa en la legislación argentina

Al igual como lo han hecho las legislaciones del derecho continental europeo, los países latinoamericanos han acogido en sus legislaciones procedimentales diversos mecanismos destinados a procurar formas de tutelas anticipatorias, constituyéndose algunas de estas en pioneras en cuanto a su regulación.

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

En lo que respecta a Argentina, las medidas innovativas encuentran fundamento en el artículo 43 de la constitución.

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

Se encuentran legitimados para el ejercicio de la acción el afectado, el defensor del pueblo y ciertos grupos intermedios, pudiendo perseguirse cualquier forma de discriminación o atentado contra los derechos que protegen al ambiente, la libre competencia, al consumidor, y los derechos de incidencia colectiva en general.

En el caso específico, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Ya en los años setenta el impulsor de la figura, profesor Jorge Peyrano, comenzaba a esbozar lo que luego sería conocido como medida innovativa, en un comentario al entonces artículo 32 bis del Código Civil argentino, que introducido por la Ley 20.889, autorizaba a los jueces civiles y comerciales a adoptar medidas que hicieran cesar comportamientos que atentaran contra el derecho a la intimidad.

Lo mismo sucedió con la Ley 23.592, denominada Ley Antidiscriminatoria, que consignaba en su artículo primero que “quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases

igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”.

Algunas legislaciones provinciales como Río Negro, Chaco y La Pampa han procedido a la regulación expresa de este tipo de tutela cautelar, destacando esta última por ser la más completa.

El artículo 231 del Código de La Pampa establece que “el juez podrá anticipar, luego de la traba de la *litis*, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvencción si 1) existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias. 2) se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptare en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría. 3) se efectivice contra cautela suficiente. 4) la anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. La decisión no configurará prejuzgamiento”.

También la jurisprudencia argentina ha ido incorporando lentamente el concepto de cautela innovativa en numerosos fallos, destacando por ejemplo en la materia un caso típico de tutela anticipada fue resuelto por Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en el “*leading case*” “Camacho Acosta, M. c/ Grafi Graf SRL y otros” (CC.S.J.N., Fallos 320:1634, agosto 7-1997), donde la Corte haciendo un uso anómalo, pero eficiente, de la medida cautelar innovativa consagró, un verdadero anticipo parcial de la tutela de mérito y traspoló los recaudos legalmente exigidos por el art. 273 de la legislación procesal brasileña para habilitar el dictado de una sentencia anticipatoria.

En dicho fallo se señala que “la medida cautelar innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y por configurar un anticipo 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”.

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, por lo que no

corresponde desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento.

Resulta particularmente necesario que el tribunal se expida provisionalmente sobre la índole de la petición formulada en la medida cautelar innovativa si se pretende reparar, mediante esta vía, un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el Art. 5º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, agregando que “corresponde dejar sin efecto la sentencia que, fundándose en que no podía incurrir en prejuzgamiento, desestimó la medida cautelar innovativa solicitada en un proceso de indemnización de daños y perjuicios mediante la cual se reclamó que se impusiera a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo del antebrazo izquierdo del actor que había sido amputado por una máquina de propiedad de aquéllos» Considerandos séptimo y noveno del mencionado fallo.

Destaca también la sentencia pronunciada también por la Corte Suprema argentina en el caso caratulado “PHP con Dicesare” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2011-12-06), en que el máximo tribunal se pronunció sobre la cautela innovativa y el daño vital, y en que reitera el criterio adoptado en Camacho Acosta, determinando como principio que el Derecho procesal moderno exige colocar el acento en la eficacia de la función jurisdiccional, ya que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales, cuya protección se requiere.

IV. Conclusiones

Es una realidad que el tiempo en los procesos obstaculiza el acceso a la justicia, existiendo consenso en la doctrina contemporánea de que el proceso debe constituir un instrumento que garantice de modo adecuado la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos.

En atención a la conclusión anterior, surgen en la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho comparado nuevas formas de tutela que permiten acceder a una justicia más rápida y eficaz.

Entre estas nuevas figuras destacan las nacidas en el seno de la tutela cautelar, como la medida innovativa, que sin perder su carácter de accesorio, permite anticipar en ciertas ocasiones, el contenido de la sentencia definitiva que se dictará posteriormente.

Para ello, el decreto de una medida cautelar innovativa exige la exigencia de un *periculum in mora* con una configuración distinta a la de la exigida a propósito de la cautela.

Conservativa, por cuanto atiende a la necesidad de evitar un perjuicio irreparable.

El procedimiento para decretar medidas cautelares innovativas es de carácter excepcional y de aplicación estricta, exigiéndose para su procedencia prueba que va más allá de antecedentes que puedan servir de presunción grave del derecho que se reclama. ■

Referencias

- Agúndez, A. (1978). *Repercusiones de la Constitución de 1978 en el Derecho Procesal*. En Fernández, T. (Coord.). *Lecturas sobre la Constitución española* (pp. 393-360). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Airasca, I. (2009). Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa. En Peyrano, J. (Director). *Medida Innovativa* (pp. 137-209). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Alcalá, N. (1972). *Cuestiones de terminología procesal*. México: Universidad Autónoma de México.
- Arazi, R. (2005). *Procesos urgentes*. En Buenos Aires: Justicia Argentina.
- Arieta, G. (2011). *Trattato di diritto processuale civile. Le cautele. Il processo cautelare*. Padova: Cedam.
- Baracat, E. (2009). Reflexiones sobre la medida innovativa: su pasado y su futuro. En Peyrano, J. (Director). *Medida Innovativa* (pp. 49-82). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Barberio, S. (2009). Vigencia de lo cautelar en la medida innovativa. En Peyrano, J. (Director). *Medida Innovativa* (pp. 235-250). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Barbero O. & Carbone C. (2002). Crónicas sobre aspectos de la tutela de urgencia cautelar y anticipatoria en el derecho europeo. En Greif, J. (Coord.). *Medidas cautelares* (pp. 453-470). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Baumeister, A. (2006). *Anticipos de tutela y debido proceso*. Ponencia presentada por el autor al Congreso del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Paraguay, noviembre de 2006.

- Berizonce, R. (2002). Medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en el proceso de amparo. En *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 7 (40), pp. 417-432.
- Berizonce, R. (2010). La tutela anticipatoria en Argentina (estado actual de la doctrina y antecedentes legislativos). En Greif, J. (Coord.) *Medidas cautelares* (pp. 143-166). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Bilesio, J. & Gasparini, M. (2009). Medida innovativa: un cuarto presupuesto, el daño irreparable. En: Peyrano, J. (Director), *Medida Innovativa* (pp. 331-340). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Bordalí, A. (2006). El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 19 (2), pp. 205-228.
- Bordalí, A. (2001). Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil: *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*. XII, pp. 50-66.
- Bordalí, A. (2011). Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. *Revista Chilena de Derecho* 38 (2), pp. 311-337.
- Carnellutti, F. (1971). *Derecho procesal civil y penal. Tomo I*. Buenos Aires: Ejea.
- Carnellutti, F. (1944). *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Uteha.
- Calamandrei, P. (2006). *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. Lima: Ara Ediciones.
- Carbone, C. (2009). *Esquicio diferenciador entre la medida cautelar innovativa y el despacho interino de fondo*. En Peyrano J. (Director), *Medida Innovativa* (pp. 83-106). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Carbone, C. (2000). La noción de la tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría general de la llamada tutela anticipatoria y de los procesos urgentes. En: Peyrano Jorge (Director), *Sentencia Anticipada* (pp. 41-73). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Chiovenda, G. (1998). *Curso de derecho procesal civil*. México: Biblioteca de Clásicos del Derecho Procesal.
- Cordón, F. (1989). El acceso a la justicia civil de los derechos de los consumidores. En *Estudios sobre consumo* 16 (pp. 103-109). España: Instituto Nacional del Consumo.
- Couture, E. (1989). *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma.

- De los Santos, M. (2002). Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales). (pp. 357-377). En Greif, J. (Coordinador), *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Fábrega, J. & Arjona A. (1989). Medidas cautelares innominadas. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 2 (8), pp. 113-120.
- Garrote, A. (1999). La tutela judicial anticipada. Las medidas de satisfacción anticipada y las medidas autosatisfactivas. En: *Libro de Ponencias del XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Corrientes 6 al 8 de agosto de 1997* (pp. 130-155).
- Gascón, F. (1998). *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (art. 24 del Convenio de Bruselas)*. Granada: Comares.
- González, J. (1985). *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*. Madrid: Civitas.
- Gozaini, O. (2006). *Introducción al nuevo Derecho procesal*. Buenos Aires: Ediar.
- Loredo, M. (2006). ¿Hacia un Derecho procesal europeo?. *Indret* (325), pp. 1-24.
- Marín, J. (2006). Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. *Revista de Estudios de la Justicia* (8), pp. 13-37.
- Marín, J. (2003). Referencia a la tutela cautelar en el derecho inglés. *Revista de Derecho de Valdivia*, (15), pp. 191-204.
- Marinoni, L. (1985). *La tutela anticipatoria en la reforma del proceso civil brasileño*. *Justicia Santaafesina*, (25), pp. 17-32.
- Micheli, G. (1970). *Derecho procesal civil. Tomo I*. Buenos Aires: Ejea.
- Morello, A. (1996). *Anticipación de Tutela*. La Plata: Editorial Platense.
- Ortells, M. (1999). Las medidas cautelares en la nueva ley de enjuiciamiento civil: *Revista Xurídica Galega* (25), pp. 13-42.
- Ortiz, R. (1997). Eidética y aporética de las medidas cautelares innominadas en el derecho comparado. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* (103), pp. 64-177.
- Palacio, L. (Agosto 1998). La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual. *Revista de Derecho Procesal* (1), pp. 105-112.
- Palacio, L. (1985). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Perez, A. (1983). La fundamentación de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos*, pp. 7-71.

- Peyrano, J. (2009). La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa. En Peyrano, J. (Director), *Medida Innovativa* (pp. 19-42). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Peyrano, J. (2008). Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas. En Peyrano, J. (Director), *Medidas autosatisfactivas*. (pp. 27-37). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Peyrano, J. (1981). *Medida cautelar innovativa*. Buenos Aires: Depalma.
- Peyrano, J. (1999). La sentencia anticipatoria y su aplicación inmediata para satisfacer las demandas de los damnificados por cortes de luz. En *Diario La Ley* (30-03-1999).
- Peyrano, J. (1999). *Medidas autosatisfactivas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Peyrano, J. (2000). Soluciones urgentes no cautelares (medida autosatisfactiva). *Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal, Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal*. (3), pp. 15-26.
- Peyrano, J. (2002). La medida autosatisfactiva: uno de los principales ejes de la reforma procesal civil. En Greif, J. (Coordinador). *Medidas Cautelares* (pp. 205-222). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Pozo, F. (2014). *La tutela jurisdiccional anticipada en el proceso civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Proto, A. (2011). Chiovenda y la tutela cautelar. *Revista Peruana de Derecho Procesal* (5), pp. 407-424.
- Proto, A. (1982). *Appunti sulla giustizia civile*. Bari: Editorial Cacucci.
- Ramos, F. (2014). *Las medidas cautelares en el proceso civil español*. Recuperado de www.rya.es/.../las_medidas_cautelares_en_el_proceso_civil_espanol.pdf
- Restrepo, M. (2006). Perspectiva constitucional sobre la tutela cautelar judicial. El caso colombiano. *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, (4), pp. 1-29.
- Rivas, A. (2002). La satisfacción anticipada de la pretensión. En Greif, J. (Coordinador). *Medidas Cautelares* (pp. 223- 266). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Ruzafa, B. (2009). Notas sobre la medida innovativa y el daño irreparable. En Peyrano J. (Director), *Medida Innovativa* (pp. 341-367). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Sobрино, J. (1995). La incidencia del Derecho Comunitario sobre la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales de adoptar medidas cautelares de contenido positivo (Comentario de la sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 1995, Atlanta Fruchthandels-gesellschaft y otras C-465/93). *Revista de Instituciones Europeas*, (23), pp. 779-797.

Urdaneta, C. (1998). Introducción al análisis sistemático de las medidas cautelares atípicas del Código de Procedimiento Civil venezolano. *Revista de Derecho* (59), pp. 49-236.

Tommaso, F. (1983). *I provvedimenti d'urgenza (Struttura e limite della tutela anticipatoria)*. Padova: Cedam.