

# DERECHO

## LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CIVIL CHILENO<sup>(1)</sup>

Alejandro Romero Seguel  
Profesor de Derecho Procesal  
Universidad de los Andes

SUMARIO: I. La tutela del derecho. 1. Antecedentes generales. 2. Deficiencias de la función declarativa y ejecutiva. 3. Algunas reacciones en el ámbito procesal. II. La tutela cautelar. 1. La pretendida autonomía del proceso cautelar. 2. La necesidad de la tutela cautelar. 3. El ejercicio de la potestad cautelar. 4. Elementos esenciales que configuran el sistema cautelar. 5. El contenido de la tutela cautelar. 6. Elementos distintivos de las medidas precautorias. III. Estudio particular de algunas medidas precautorias. 1. La orden de no innovar. 2. El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda. 3. El nombramiento de uno o más interventores. 4. La retención de bienes determinados. 5. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados. 6. Las medidas precautorias inominadas o indeterminadas. 7. La anotación de la litis como medida precautoria inominada. IV. La contracautela. 1. Elementos que la definen. 2. Manifestaciones

de la contracautela. V. La tutela anticipada del derecho. 1. Explicación preliminar. 2. La tutela anticipada en el derecho chileno. 3. Las condenas de futuro. 4. Su admisibilidad en el derecho chileno.

### I. LA TUTELA DEL DERECHO

#### 1. ANTECEDENTES GENERALES

La tutela o protección de los derechos e intereses se logra a través de distintos mecanismos, que alternativamente intervienen en el mundo jurídico,<sup>(2)</sup> a saber:

—La reparación pecuniaria o patrimonial, encaminada a indemnizar los daños que pueden provenir de un incumplimiento contractual (art. 1556 CC) o de la infracción del principio general de no dañar a otro (art. 2314 CC). Esta es la forma de protección jurídica más tradicional, que actúa frente a lesiones del derecho consumadas.

---

<sup>(1)</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación de la Universidad de los Andes (DER-002-99), relativo a las medidas cautelares indeterminadas.

---

<sup>(2)</sup> Sobre el tema, en general, cfr. DI MAJO, Adolfo, *La Tutela Civile dei Diritti*, Milán: Giuffrè, 2ª ed., 1993.

—La obtención del cumplimiento forzado de una determinada obligación, en su contenido natural (art. 1553 CC).

—La restitución patrimonial. Este tipo de tutela se puede solicitar cuando se produce algún hecho jurídico que imponga la obligación de restituir. Los casos más evidentes provienen del cumplimiento de la condición resolutoria (art. 1487 CC), de la declaración de nulidad de un acto o contrato (arts. 1687, 1689 CC), del ejercicio de la acción reivindicatoria (arts. 889, 904 CC); en las hipótesis en que existe la prohibición de un enriquecimiento sin causa.

—La creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas, por la vía de disolver, resolver o anular actos o contratos, o reconocer el estado civil de una persona. A través de esta forma de protección jurídica se instará por conseguir la pérdida de eficacia de un determinado acto jurídico o se intentará crear una situación que satisfaga alguna pretensión.

—La imposición de abstenerse o cesar en una determinada conducta.

—La inhibición o paralización de un determinado acto.

—La declaración de certeza del derecho, para conceder seguridad jurídica a una determinada situación o relación.<sup>(3)</sup>

Las prestaciones antes indicadas se pueden obtener utilizando, en su caso, cualquiera de las dos clásicas vías que reconoce el derecho procesal: el proceso

declarativo o el proceso de ejecución. Mediante el proceso declarativo (de cognición o de conocimiento) se deduce una acción de condena, declarativa o constitutiva, con el objeto que el tribunal ampare en la sentencia el derecho del caso concreto, con eficacia de cosa juzgada. En nuestro derecho, son procesos de esta clase los juicios ordinarios de mayor, menor y mínima cuantía, los juicios sumarios, el procedimiento de protección del consumidor, etc.

En cuanto al juicio ejecutivo, se trata de una tutela reforzada del derecho a la que pueden optar todos aquellos demandantes que tengan acción ejecutiva no prescrita y un título ejecutivo. El privilegio que concede esta forma de protección consiste, básicamente, en la posibilidad de trabar el embargo sobre bienes del deudor y, en algunos casos de excepción, apremiarle personalmente, siempre con el objeto de obtener el cumplimiento de una obligación.

## 2. DEFICIENCIAS DE LA FUNCIÓN DECLARATIVA Y EJECUTIVA

En principio podría estimarse que la protección de los derechos e intereses legítimos está asegurada por la existencia del proceso declarativo y ejecutivo. Sin embargo, distintas razones han demostrado, hasta la saciedad, que estos mecanismos no son siempre eficaces.

El primer escollo proviene del transcurso del tiempo, ya que la tutela declarativa o ejecutiva no es instantánea. En efecto, todo procedimiento debe recorrer una serie de etapas, cuya duración dependerá de la estructura de lato conocimiento, sumaria o sumarísima prevista en cada caso por el legislador. Como lo explica Ramos Méndez: "...una tutela definitiva de forma inmediata es prácticamente inviable en el proceso civil. Por definición, éste se compone de una sucesión de actos que requieren inexorablemente un espacio de tiempo más o menos largo para la creación del derecho en el juicio. El *processus iudicii* tiene un determinado componente temporal que retrasa el iter hacia el derecho. Esta duración, siempre

<sup>(3)</sup> En la jurisprudencia se reconoce abiertamente este tipo de protección. Una buena muestra se contiene en la sentencia de la C. de Ap. de Santiago, de 4 de junio de 1987, cuando señala que uno de los fines que tiene el actor para deducir este tipo de acciones es lograr la cosa juzgada, es decir, "la indiscutibilidad y la claridad meridiana de la situación jurídica, la imposibilidad de que la seguridad jurídica pueda volver a ser puesta en duda por aquellos en cuyo perjuicio se ha declarado la existencia o la inexistencia de la misma. (Prieto Castro. *La acción declarativa*, p. 107)" (RDJ, t. 84, sec. 2ª, p. 84). Con anterioridad se habían dictado otras sentencias declarativas, como es el caso del fallo del Segundo Juzgado Civil de Santiago, de 21 de octubre de 1953, recaídos en el juicio "Mayer con Neumann"; allí se declaró la existencia de un matrimonio celebrado en Checoslovaquia en 1939, ante la imposibilidad de los contrayentes de poder conseguir el documento público en el país de origen (RDJ, t. 50, sec. 2ª, p. 103).

que sea razonable, se convierte en garantía del proceso que acrecienta el valor seguridad en la creación del derecho”.<sup>(4)</sup>

Es una realidad objetiva que entre el inicio de la relación procesal y el cumplimiento de la sentencia definitiva, pueden ocurrir varias alteraciones jurídicas o de hecho, que terminen frustrando la pretensión del actor.

Ni siquiera el juicio ejecutivo se ha podido liberar de las dificultades que restan eficacia al proceso. Aunque en este procedimiento se aminoran considerablemente los riesgos, al permitir que desde el comienzo se puedan emplear medios de coacción para proteger el derecho del ejecutante, en la práctica muchas veces ello no es suficiente. Sin pretender agotar la problemática, la causa más común de ineficacia proviene de la insuficiencia del embargo como medida de apremio, que no alcanza a cubrir todo el espectro de acciones que puede emprender el deudor con miras a frustrar la protección jurisdiccional del derecho. Efectivamente, el embargo previsto en el Código de Procedimiento Civil sólo tiene una finalidad conservativa, limitándose al mero aseguramiento de los bienes para el cumplimiento de la sentencia condenatoria de remate o de pago.<sup>(5)</sup> Sólo en el evento que se designe un depositario distinto del deudor, el embargo adquiere un carácter marcadamente cautelar, puesto que, de conformidad al artículo 479 del CPC, la administración de los bienes correrá a cargo del depositario; en tal caso la ley permite a este sujeto, si el embargo recae sobre bienes muebles, trasladarlos al lugar que crea más conveniente, salvo que el ejecutado caucione la conservación de dichos bienes donde se encuentran (art. 479 CPC).<sup>(6)</sup> En cambio, si el de-

positario es el mismo deudor, el embargo no le impide que siga realizando actos que puedan lesionar el crédito del ejecutante, como podría ser una explotación del bien con el objeto de esquilmarlo o agotar su rendimiento, perjudicando en definitiva el valor a obtener de su subasta o el que se debe como especie o cuerpo cierto.

Otra insuficiencia, en la actual regulación del juicio ejecutivo es la ausencia de resguardos como el denominado *juramento de manifestación*, que consiste en la obligación del ejecutado de presentar un inventario con los bienes que conforman su patrimonio, facilitando de ese modo la traba del embargo. En el derecho comparado se reconoce tal instituto, con mayor o menor extensión. En esta orientación se encuentra la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, de 7 de enero del 2000, cuando impone expresamente al deudor la obligación de manifestar los bienes y derechos que tiene para cubrir la cuantía de la ejecución, bajo sanciones si no cumple (art. 589 LEC). En nuestro país solamente una norma legal admite el juramento de manifestación, el artículo 171 del Código Tributario, y tal privilegio sólo beneficia al Fisco.

### 3. ALGUNAS REACCIONES EN EL ÁMBITO PROCESAL

La falta de eficacia que se constata en la utilización de los diversos procedimientos, principalmente los declarativos o de conocimiento, se ha tratado de solucionar buscando distintas fórmulas, que tienen como objetivo común enfrentar la demora del proceso.

a) La primera reacción ha sido una marcada tendencia legislativa a obtener la *sumarización de la función declarativa*. A través de esta vía se fijan como procedimiento común juicios de carácter sumario o sumarísimo, con etapas concentradas de debate, prueba y sentencia. Detrás de esta medida se busca huir de la utilización del juicio ordinario de mayor cuantía, por su amplitud de trámites

<sup>(4)</sup> RAMOS MENDEZ, Francisco, “Las medidas cautelares indeterminadas”, en *Justicia* 85, N° I, pp. 75-76.

<sup>(5)</sup> En la jurisprudencia se ocupa de la diferencia entre embargo y medidas precautorias la sentencia de la CS de 13 de diciembre de 1963, RDJ, t. 60, sec. 1ª, p. 382.

<sup>(6)</sup> Un estudio más detallado del tema, cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, “Algunas reflexiones en torno a la regulación positiva actual del embargo y la enajenación forzada en el derecho chileno”, en *Comentarios Procesales*, Valparaíso, Edeval, 1994, pp. 9-35.

y de plazos.<sup>(7)</sup> Esta opción técnica, que ha sido la preferida por nuestro legislador, descansa en la cándida idea que basta la abreviación de los procedimientos para conseguir una justicia más rápida y eficaz.<sup>(8)</sup> No estimamos necesario detenernos a demostrar el rotundo fracaso, en la práctica, de esta ilusión óptica del legislador.

b) Un segundo paliativo, frente a la tardanza del proceso, lo constituye la denominada *tutela anticipada del derecho*.<sup>(9)</sup> Se trata de una corriente procesal que ha ido adquiriendo gran fuerza en el derecho comparado, bajo distintas denominaciones: tutela preventiva, tutela anticipada, tutela de urgencia, etc. En su descripción más elemental, dice relación con ciertas hipótesis en las que por mandato legal, frente a casos graves y urgentes, se permite anticipar la condena del deudor, sin tener el solicitante que aguardar la tramitación de un juicio de lato conocimiento. La tutela jurisdiccional de urgencia permite la adopción inmediata de medidas que restablezcan el imperio del derecho, sin perjuicio de ulterior revisión. También cabe apuntar aquí el desarrollo de las *condenas de futuro*, que sirven para anticipar la protección jurisdiccional, aunque no haya todavía una violación del derecho, obviando el procedimiento de conocimiento, al habilitar directamente la vía de ejecución del fallo, si se produce la infracción. Volveremos sobre estos temas más adelante.<sup>(10)</sup>

<sup>(7)</sup> Esta tendencia rompió el esquema trazado por el legislador decimonónico, que tenía la pretensión de convertir al juicio ordinario de mayor cuantía en el procedimiento de aplicación general.

<sup>(8)</sup> A esta patente "creatividad" se debe apuntar la antigua idea, que revive cada cierto tiempo en nuestro medio, relativa a suprimir los trámites de la réplica y la réplica en el juicio ordinario de mayor cuantía, como si dichas actuaciones fueran la exclusiva causa de la falta de eficacia de todo nuestro sistema procesal.

<sup>(9)</sup> En ningún caso esto constituye una novedad. En el derecho medieval italiano surgió la *condena con reserva*, figura que claramente conformaba una forma de tutela anticipada. (Sobre el tema, cfr. SCARCELLI, Giuliano, *La condanna con riserva*, Milán: Giuffrè Editore, 1989, pp. 1-111.)

<sup>(10)</sup> *Infra* N° V.

c) El tercer intento para dar eficacia al proceso viene dado por la tendencia a perfeccionar el sistema de ejecución de sentencias. En la doctrina se ha tomado conciencia, desde hace un tiempo, que no basta con obtener la eficacia de cosa juzgada para una determinada materia, si ello no viene acompañado de un mecanismo de cumplimiento efectivo del derecho reconocido en la sentencia. Las nuevas propuestas se encaminan a desarrollar medidas alternativas al embargo y enajenación de bienes, para obtener el cumplimiento del derecho. En este orden de cosas, gran difusión ha tenido la técnica de las "astreintes" o multas conminatorias, nacida en la jurisprudencia francesa; se trata de "una sanción pecuniaria impuesta a tanto por día, o por otra unidad de tiempo de retraso en el cumplimiento de una obligación establecida por resolución judicial".<sup>(11)</sup>

d) En cuarto lugar, se debe agregar un mayor desarrollo y perfeccionamiento del sistema cautelar. En este punto han surgido nuevas manifestaciones cautelares, denominadas por la doctrina como auto-satisfactivas, innovativas o anticipatorias, que han obligado a reformular el carácter conservativo que tradicionalmente se ha atribuido a las medidas precautorias.<sup>(12)</sup>

En este tema nuestro Código de Procedimiento Civil no ha recibido ninguna mo-

<sup>(11)</sup> ARAGONESES MARTINEZ, Sara, *Las "Astreintes"*, Madrid: Edersa, 1985. En nuestra doctrina, cfr. FUEYO LANERI, Fernando, "Las astreintes", en *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 497-534; HÜBNER G. Ana María, "Las astreintes en el derecho civil chileno", en *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, Santiago: Cono Sur, 1996, pp. 374-384.

<sup>(12)</sup> Entre la abundante bibliografía, un completo panorama, con las tendencias producidas en el derecho comparado, cfr. GASCON INCHAUSTI, Fernando, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero*, Granada: Comares, 1998, pp. 65-165; BAPTISTA DA SILVA, Ovidio, *Teoría de la acción cautelar*, Porto Alegre: Fabris Editor, 1993, pp. 9-127; en el ámbito latinoamericano, cfr. BERIZONCE, Roberto O., "La tutela cautelar y la prestación jurisdiccional efectiva", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 1, 1996, pp. 24-26; VESCOVI, Enrique, "La búsqueda de una mayor eficacia para la justicia. Ejecución. Tutela anticipada y otras medidas en el Derecho comparado", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3, 1996, pp. 183-191.

dificación sustancial, permaneciendo prácticamente en el mismo estado que nos legó la codificación decimonónica. Nuestros legisladores –como es sabido– se limitaron a recoger y sistematizar el sistema desarrollado en el derecho histórico, el que no se caracterizaba precisamente por su claridad dogmática. Por lo mismo, no constituye una afirmación temeraria sostener que el CPC quedó anclado en las pautas provenientes del derecho histórico, las que a causa del mismo defecto apuntado necesitan de una pronta revisión.

El Mensaje del Código de Procedimiento Civil no deja duda acerca de lo que venimos describiendo, cuando expone: “La reglamentación de las medidas precautorias, sobre lo cual nada fijo existe en nuestro actual procedimiento, es punto delicado, pues se hace preciso conciliar la seguridad del derecho del actor y el respeto a la propiedad del demandado. Menester es limitar dichas medidas a lo estrictamente indispensable para que no se burle la acción del demandante y evitar al mismo tiempo que con ellas sufra menoscabo el derecho de terceros. Se ha procurado alcanzar estos resultados en el Proyecto, excusando molestias innecesarias y exigiendo la inscripción en el Conservador de las prohibiciones que se decreten sobre bienes raíces que puedan afectar a personas extrañas al juicio”.

Con anterioridad a las restricciones fijadas en la codificación, los jueces gozaban de un amplio poder en materia cautelar. Ilustra la discrecionalidad judicial en este punto la sentencia de 18 de noviembre de 1876, publicada en la *Gaceta de los Tribunales*, en el siguiente considerando: “... que la cuestión que se ventila se trata de tomar una medida provisoria de precaución, las medidas de esta clase están sujetas al arbitrio i prudencia del juez”.<sup>(13)</sup>

<sup>(13)</sup> En el caso concreto, la Corte de Apelaciones de Santiago moderó los efectos de una precautoria adoptada por un juez de Valparaíso, que había concedido indeterminadamente una medida de retención de bienes, sin fijar plazo para presentar demanda. En materia de acreditación de los presupuestos de la precautoria, la libertad de los jueces se colige del siguiente considerando del fallo de apelación: “que

Desde otro punto de vista, el mecanismo logrado en la codificación ha tenido como eje central el aseguramiento de bienes, con el objeto de conseguir que no se frustré el cumplimiento de la sentencia. Lo anterior se complementa aplicando la sanción más radical que consagra nuestro Código Civil –la nulidad absoluta–, a todos los actos que vulneren la protección cautelar del crédito, si se configuran las hipótesis de objeto ilícito que establece el art. 1464 N<sup>os</sup> 3 y 4 del Código Civil.<sup>(14)</sup>

En lo que sigue, trataremos de exponer la forma como opera la tutela cautelar en nuestro proceso civil, examinando sus presupuestos elementales, y el contenido sustantivo de las medidas más recurrentes. No se incluye el estudio de los problemas procesales que genera la concesión de las precautorias, ya que se trata de una materia que excede los límites fijados para esta investigación. Por último, hemos incluido algunas notas sobre la tutela anticipada, y las incipientes manifestaciones que reconoce en nuestro proceso civil.

## II. LA TUTELA CAUTELAR

### 1. LA PRETENDIDA AUTONOMÍA DEL PROCESO CAUTELAR

En relación al desarrollo dogmático de la tutela cautelar se ha promovido una discusión acerca de la existencia de un derecho material a la cautela, distinto de las clásicas formas de protección que se conceden a través de la tutela declarativa y ejecutiva.

---

*el hecho de haber sido don Francisco Fernández Rodella declarado en quiebra por los tribunales franceses, hecho acreditado por la palabra oficial del Cónsul francés en Valparaíso, es un antecedente bastante para apreciar como equitativo i prudente la retención provisoria de las mercaderías”.*

<sup>(14)</sup> Una síntesis de los problemas que surgen en torno al concepto de objeto ilícito, cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Marcela, “Algunas reflexiones sobre el artículo 1464 N° 3 del Código Civil”, en *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, Santiago: Cono Sur, 1996, pp. 385-394.

El tema de la autonomía del proceso cautelar no es fácil de resolver, principalmente por la confusión que existe acerca de qué debe entenderse dogmáticamente como un proceso cautelar. Para un sector de la doctrina, la tutela cautelar comprendería todas las medidas que tienden a asegurar la eficacia de un derecho, comprendiéndose desde las medidas de aseguramiento y conservación de la prueba,<sup>(15)</sup> hasta las clásicas manifestaciones de las medidas precautorias (retención de bienes, prohibición de celebrar actos y contratos, etc.).

El gran problema de proclamar la autonomía de la tutela cautelar radica en explicar, de un modo coherente, su rasgo meramente instrumental, ya que su objeto no recaería en la tutela de los derechos subjetivos o intereses, sino en un fin del proceso: su eficacia. Así las cosas, la autonomía se contrapone con el carácter accesorio que se atribuye a las medidas cautelares, ya que éstas sólo pueden durar mientras exista un proceso pendiente. A lo anterior, se debe sumar el problema de los efectos de cosa juzgada, que están reservados sólo a las resoluciones que se pronuncian sobre el fondo del objeto del proceso, esto es, las acciones y excepciones materia de la controversia.

La concesión de una medida cautelar es —en lenguaje figurado— la protección de un derecho virtual, de una apariencia de derecho, frente al peligro de ineficacia que pueda darse para el futuro cumplimiento de una sentencia pronunciada en un juicio declarativo o ejecutivo. Bajo tal premisa, no se puede concebir que la resolución cautelar haya realizado un pronunciamiento sobre el fondo, sino esencialmente provisional. Como lo destaca Reimundín, el proceso cautelar no tiene un fin en sí mismo, pues está preordenado a la existencia de un proceso principal de fondo.<sup>(16)</sup> Desde el punto de vista de su

naturaleza jurídica, la resolución que concede o que deniega el alzamiento de una precautoria se debe calificar como un auto o decreto, ya que no cabe dentro del concepto de las interlocutorias.<sup>(17)</sup>

En explicación de Calamandrei, “la tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el funcionamiento de la justicia”;<sup>(18)</sup> según el mismo autor, la sustancia de la providencia cautelar está en la “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma”.<sup>(19)</sup>

En nuestro derecho positivo la discusión sobre la autonomía del proceso cautelar prácticamente no se da, básicamente por razones de texto legal que provienen del art. 290 del CPC. Además, en los procesos especiales la tónica en esta materia ha sido reglamentar las precautorias como un incidente de los diversos procedimientos.

Nuestro sistema cautelar está construido sobre el principio que la tutela judicial del derecho es un acto intrínseco de la sentencia judicial sobre el fondo. Ni siquiera en el caso de las medidas prejudiciales precautorias se da tal autonomía, desde el minuto que impone al futuro demandante —que obtuvo la prejudicial precautoria— la carga procesal de presentar la demanda dentro de un plazo legal, bajo sanción de caducidad que contempla el artículo 280 del CPC.

A nuestro juicio, no resulta técnicamente recomendable conceder autonomía al proceso cautelar, ya que la cautela no decide la litis; es aconsejable mantener al sistema cautelar como un instrumento auxiliar de los fines del proceso declarativo o ejecutivo.

<sup>(15)</sup> Sobre el tema, cfr. JARA CASTRO, Eduardo, “La cautela y las pruebas de inicio en la fase preparatoria de los procedimientos civiles”, en *Cuadernos de análisis jurídico*, Escuela de Derecho, Univ. Diego Portales, N° 32, 1996, pp. 145-203.

<sup>(16)</sup> REIMUNDIN, Ricardo, *Prohibición de innovar como medida cautelar*, B. Aires: Astrea, 1979, p. 108.

<sup>(17)</sup> Así, C. de Ap. de Santiago, 17 de marzo de 1995, RDJ, t. 92, sec. 2ª, p. 13; C. de Ap. de Santiago, 6 de junio de 1984, RDJ, t. 81, sec. 3ª, p. 84; CS 3 de enero de 1983, RDJ, t. 80, sec. 1ª, p. 1.

<sup>(18)</sup> CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, B. Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 48.

<sup>(19)</sup> Ib. cit. ant., p. 45.

La única situación dudosa, que surge en este punto, se da a propósito del recurso de protección. En efecto, un sector importante de nuestra doctrina científica y jurisprudencial ha calificado a este instrumento como una *acción cautelar*, para denotar que la sentencia de protección no puede ser considerada como una declaración jurisdiccional del derecho de un modo definitivo, sino que más bien obedece a una medida de carácter provisional, a un mero paliativo frente a las amenazas o perturbaciones de las garantías constitucionales tasadas por la Constitución.<sup>(20)</sup>

No compartimos tal visión sobre la acción de protección, y la atribuimos sólo a una suerte de error común, al que se ha arribado por un uso inadecuado de la terminología procesal. En efecto, la pretensión de todo recurrente en el recurso de protección es lograr una sentencia que tutele su derecho, a través de alguna de las tres formas clásicas, esto es, la condena, la declaración o la constitución de un nuevo estado jurídico. Ningún recurrente busca un fin “cautelar” o meramente provisional. Lo cautelar en este procedimiento judicial viene dado básicamente por la orden de no innovar, no por el contenido final de la sentencia. Tema jurídicamente distinto es que la sentencia de protección sólo produce cosa juzgada formal, que autoriza la posibilidad de revertir en un juicio posterior, si ello es posible, lo decidido en sede de protección.

Sólo en algunos casos muy excepcionales se podría admitir que la sentencia de protección tiene un contenido netamente cautelar; ello se ha producido en las contadas ocasiones en que se han acogido recursos de protección respecto de situaciones que se encuentran en estado de litispendencia (*in genere*); un caso se dio con el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 30 de agosto de 1989, que ordenó la paralización de un remate, “hasta que no se decida en el procedimiento que

corresponda, si los mencionados estacionamientos constituyen o no bienes comunes de los edificios señalados”.<sup>(21)</sup> Sigue la misma orientación anterior la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 7 de enero de 1992, que acogió un recurso de protección contra el Superintendente de Instituciones de Salud Previsional, declarando —como medida de protección—, que un determinado contrato de salud previsual se encontraba vigente, autorizando a la recurrente a pagar las cotizaciones de salud como independiente “mientras no se dicte resolución definitiva sobre su situación laboral”.<sup>(22)</sup>

Sin embargo, lo corriente en este tema es que el procedimiento de protección no sea accesorio a ningún juicio, con lo cual resulta que la acción y la sentencia de protección, según su contenido debe ser calificada dentro de las categorías de acciones y sentencias de condena, declarativas o constitutivas.

Insistimos: el único elemento propiamente cautelar en el procedimiento de protección proviene de la *orden de no innovar*, pero en ningún caso de la sentencia sobre el fondo. La provisionalidad de la sentencia de protección es más bien problema de eficacia de cosa juzgada, resultando a nuestro juicio una impresión calificarla como una sentencia cautelar.<sup>(23)</sup>

## 2. LA NECESIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR

Entre otras razones, la necesidad de contar con un sistema cautelar proviene de la evolución que sufrió uno de los efectos de *litiscontestatio*. Distintos estudios han relevado que la litispendencia en el derecho histórico llevaba implícita la prohibición de innovar, produciendo una situación cautelar que impedía realizar cambios o alteraciones sobre la cosa litigiosa mientras durara el litigio (*inhibitio*

<sup>(20)</sup> Entre tantas, C. de Ap. de Valparaíso, 25 de octubre de 1983, RDJ, t. 80, sec., 5ª, p. 196; C. de Ap. de Santiago, 20 de julio de 1981, RDJ, t. 78, sec. 5ª, p. 90.

<sup>(21)</sup> RDJ, t. 86, sec. 5ª, p. 179.

<sup>(22)</sup> RDJ, t. 81, sec. 5ª, p. 63 (entre otras).

<sup>(23)</sup> Una explicación más acabada, cfr. nuestro trabajo “Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 2, 1999, pp. 503-515.

*iuris*).<sup>(24)</sup> Esta realidad jurídica explica por qué las medidas cautelares tuvieron poco desarrollo en la doctrina de los Prácticos.

En nuestro ordenamiento, la superación del efecto cautelar que provocaba la litispendencia se impuso como consecuencia lógica, al haber aceptado el Código Civil el principio de libre circulación de los bienes.<sup>(25)</sup> Varios preceptos del Código referido demuestran que no se da un efecto cautelar por la sola existencia de un juicio; así, el artículo 898 del CC establece que la acción reivindicatoria tendrá también lugar contra el que enajenó la cosa, para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil su persecución; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, habrá lugar a la indemnización de todo perjuicio.

En la misma línea, la regulación que de la cesión de derechos litigiosos demues-

tra la estricta separación que existe entre los efectos del proceso pendiente y los bienes sobre los que se litiga. El artículo 1911 del Código Civil puntualiza que “se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se notifica judicialmente la demanda”. Sin embargo, mientras no recaiga un embargo o una precautoria sobre el derecho litigioso, la enajenación o transferencia del mismo no adolece de objeto ilícito.<sup>(26)</sup>

En consecuencia, para que se produzca sobre la cuestión litigiosa un efecto inhibitorio o de congelamiento se debe solicitar una *inhibitio hominis*, a través de las medidas cautelares que reconoce el ordenamiento. En el plano positivo, la necesidad de solicitar la tutela cautelar se desprende con claridad del contenido de los artículos 1464 N<sup>os</sup> 3 y 4 del CC; 297, 296 y 453 del CPC.

Mirado desde otro punto de vista, la radical alteración producida en los efectos de la litispendencia, al prohibirse que de pleno derecho se produzca un congelamiento en la situación controvertida (*ut lite pendente nihil innovetur*), ha generado una situación en la que, de no mediar una medida precautoria, los sujetos que deben instar por la protección jurisdiccional se puedan ver dañados por la demora en la respuesta jurisdiccional.

### 3. EL EJERCICIO DE LA POTESTAD CAUTELAR

Ha surgido un problema con el ejercicio de la tutela cautelar, en el sentido de determinar si ella está reservada exclusivamente a los tribunales integrantes del Poder Judicial. La duda se ha suscitado especialmente con relación a los árbitros. El artículo 635 del CPC establece que los árbitros no pueden adoptar directamente medidas que exijan procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean partes en el compromiso.

<sup>(24)</sup> En el derecho canónico la orden de no innovar, como efecto procesal, se recogió a propósito de los efectos del recurso de apelación. En las Decretales de Gregorio IX (promulgadas el 5 de septiembre de 1234), en el título XVI se admitió como principio: *ut lite pendente nihil innovetur*, para denotar que mientras la impugnación no se fallara no se debía alterar la situación de hecho. En *Las Partidas* de Alfonso X (el Sabio), la orden de no innovar se regulaba estableciendo: “...Tenemos por bien, e mandamos, que mientras que el pleyto anduviere antel Judgador de alcada, que el otro juez de quien se alcaron, non faga ninguna cosa de nuevo en el pleyto, nin en aquello sobre que fué dado el juyzio”. (Partida Tercera, Tít. XXIII, Ley N<sup>o</sup> XXVI); en el Fuero Juzgo, el efecto cautelar de la litispendencia se aprecia en la siguiente norma: “que nenguno non venda nin dé la cosa que es demandada” “La cosa que es metida en contienda, quando alguno la comienza á demandar, ó si la pudiere demandar con razón, non la deve dar nenguno, nin vender ni mudar dun lugar á otro” (Ley X, Tít. IV, Libro V). Sobre el tema, cfr. AQUILLO, Jorge F., *Prohibición de innovar*, B. Aires: Abeledo Perrot 1969, pp. 9-29; REIMUNDIN, Ricardo, *Prohibición de innovar como medida cautelar*, ob. cit., pp. 17-49.

<sup>(25)</sup> Sin embargo, en la doctrina de principios de la codificación procesal se admitía aun la vigencia del principio del derecho histórico. Toro Melo y Echeverría, al comenzar sus *Comentarios* al párrafo sobre las medidas precautorias, advertían: “es un axioma de derecho que durante el pleito nada se innova...”. (*Código de Procedimiento Civil Anotado*, por don DAVID TORO y don ANIBAL ECHEVERRÍA, Santiago, Imprenta Barcelona, 1902, p. 280.)

<sup>(26)</sup> Así lo ha resuelto la sentencia de la CS, 2 de noviembre de 1912, RDJ, t. 11, sec. 1<sup>a</sup>, p. 203.

Entendemos que no es necesaria la asistencia de la judicatura ordinaria a los árbitros para decretar medidas cautelares o precautorias; sin embargo, para su cumplimiento se ha entendido que el árbitro debe solicitar el auxilio de la justicia ordinaria.<sup>(27)</sup>

Si el tribunal arbitral no está constituido, se debe solicitar la medida prejudicial precautoria ante la justicia ordinaria.<sup>(28)</sup> Se ha fallado que los jueces árbitros no pueden decretar medidas prejudiciales, ya que éstas presuponen la constitución del tribunal arbitral.<sup>(29)</sup>

Constituye un respaldo al ejercicio de la potestad cautelar por parte de la judicatura la sentencia del Tribunal Constitucional, de 7 de marzo de 1994, que declaró inconstitucional una norma que pretendía autorizar a un órgano de la Administración del Estado para nombrar un administrador interventor para las AFP, resolviendo que tal facultad es privativa de los Tribunales de Justicia.<sup>(30)</sup>

#### 4. ELEMENTOS ESENCIALES QUE CONFIGURAN EL SISTEMA CAUTELAR

El sistema cautelar descansa básicamente en dos elementos esenciales: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. No hemos incluido aquí la caución, ya que en nuestro derecho este requisito es eventual, exigiéndolo sólo las medidas precautorias innominadas o las medidas prejudiciales precautorias (arts. 279 y 298 CPC).

El *fumus boni iuris* es el juicio de verosimilitud acerca de la existencia del derecho que se reclama.<sup>(31)</sup> No se trata en ningún caso de la plena prueba del dere-

cho o interés, sino que de una simple apariencia de la situación tutelada. 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...”.<sup>(32)</sup>

El *periculum in mora* se refiere a la situación de peligro, cuya consumación se busca evitar concediendo la medida precautoria.<sup>(33)</sup>

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.<sup>(34)</sup> Para acreditar la situación de peligro “no basta el simple temor o aprehensión del solicitante, sino que debe tratarse de hechos apreciables objetivamente”.<sup>(35)</sup> 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.

No existe una única hipótesis de peligro, sino que múltiples y muy variadas; dentro de las más frecuentes se encuentran: el peligro por la tardanza en el pronunciamiento de la sentencia<sup>(36)</sup> o el temor a que la sentencia que se pronuncie sea ineficaz en su cumplimiento, que es

<sup>(32)</sup> C. de Ap. de Santiago, 27 de octubre de 1904, RDJ, t. 2, sec. 2ª, p. 68.

<sup>(33)</sup> Una completa descripción de este elemento, cfr. CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, “La configuración del *periculum in mora* en el régimen cautelar chileno”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 205, 1999, enero-junio, pp. 99-114.

<sup>(34)</sup> En la práctica se han presentado algunos problemas acerca de la carga de la prueba en el *periculum in mora*. Un examen puntual, con relación a la falta de garantías de la demandada, cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, “Facultades económicas de los litigantes y cautela judicial”, en *El proceso en acción*, Valparaíso: Libromar, 2000, pp. 357-380.

<sup>(35)</sup> ARANZI, Rolando, *Medidas cautelares*, ob. cit. p. 9.

<sup>(36)</sup> Para CALAMANDREI, el interés específico que justifica la emanación de cualquiera medida cautelar está dado por la existencia de un daño jurídico, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva. (*Estudio Sistemático...*, ob. cit., p. 40).

<sup>(27)</sup> Así, CS, 24 de septiembre de 1987, RDJ, t. 84, sec. 1ª, p. 125.

<sup>(28)</sup> En este sentido, CS, 16 de noviembre de 1964, RDJ, t. 61, sec. 1ª, p. 395.

<sup>(29)</sup> Así, CS, 6 de enero de 1997, RDJ, t. 94, sec. 1ª, p. 1.

<sup>(30)</sup> RDJ, t. 91, sec. 6ª, p. 19.

<sup>(31)</sup> En este sentido, cfr. ARANZI, Rolando, *Medidas cautelares* (VV.AA.), B. Aires, 2ª ed. 1999, p. 7.

la hipótesis genérica que consagra el artículo 290 del CPC. 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.

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" (arts. 295 inc. 1° y 296), etc.

En la jurisprudencia se ha calificado como una situación de peligro, entre otras, la irregularidad en la administración del patrimonio que surge de una auditoría.<sup>(37)</sup>

Aunque sea de un modo tangencial, conviene dar noticia de una práctica judicial, que aplicando la doctrina probatoria del hecho notorio ha rechazado la petición de medidas precautorias, sosteniendo que la manifiesta capacidad económica de la parte demandada no daría lugar a una situación de peligro que permita acoger la solicitud cautelar.<sup>(38)</sup>

## 5. EL CONTENIDO DE LA TUTELA CAUTELAR

El contenido de la tutela cautelar alude a los efectos que provoca la concesión de una de estas medidas.

En este punto se distinguen básicamente dos manifestaciones, a saber: a) las medidas cautelares conservativas, y b) las medidas cautelares innovativas. Esta división dogmática se debe a Carnelutti que,

en su *Sistema de Derecho Procesal Civil*, propuso distinguir entre prevención conservativa y prevención innovativa.

La medida cautelar conservativa impide determinados cambios en la situación de hecho, evitando el daño que puede significar que el proceso jurisdiccional llegue demasiado tarde; el proceso cautelar de esta clase trata de conservar (inmovilizar) una situación, para impedir cambios de la misma, que puedan frustrar, luego, el resultado práctico del proceso jurisdiccional o del ejecutivo.<sup>(39)</sup>

Las precautorias de tipo conservativo buscan inmovilizar, inhibir, generar una situación de hecho que evite la consumación del *periculum in mora*; las medidas de esta clase aspiran a evitar —directa o indirectamente— que desaparezcan bienes de dominio del deudor, que en definitiva frustren el cumplimiento de la sentencia judicial.

En cambio, para Carnelutti, las medidas cautelares innovativas se encaminan a producir una *alteración del estado de hecho*, que de no mediar comprometerían el resultado del proceso.<sup>(40)</sup>

En un trabajo clásico sobre el tema, Peyrano ha definido a la medida cautelar innovativa como la medida excepcional, que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor. La medida es excepcional en tanto, sin que medie sentencia firme, ordena que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente.<sup>(41)</sup>

<sup>(39)</sup> Cfr. CARNELUTTI, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, trad. Alcalá-Zamora, B. Aires: UTEHA, 1944, N° 73, pp. 246-248.

<sup>(40)</sup> Ib. cit. ant., pp. 249-251.

<sup>(41)</sup> Cfr. PEYRANO, Jorge, *Medida cautelar innovativa*, B. Aires: Depalma, 1981, p. 13. Otros aportes sobre el tema, DE LOS SANTOS, Mabel, "La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia. Su ubicación en los llamados procesos urgentes", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2, 1995, pp. 165-169.

<sup>(37)</sup> C. de Ap. de Santiago, 18 de abril de 1986, RDJ, t. 83, sec. 3ª, p. 60.

<sup>(38)</sup> En este sentido, CS, 25 de octubre de 1935, RDJ, t. 33, sec. 1ª, p. 70; CS, 28 de noviembre de 1936, RDJ, t. 34, sec. 1ª, p. 90.

En consecuencia, la medida cautelar innovativa, se caracteriza porque sin que exista sentencia firme, ordena que se haga o se deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente.<sup>(42)</sup>

#### 6. ELEMENTOS DISTINTIVOS DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS

No existe acuerdo sobre qué elementos definen, dogmáticamente, una medida cautelar. Para la explicación más clásica, las medidas cautelares o precautorias sólo se refieren a aquellos medios que, directa e inmediatamente, pretenden conjurar el peligro que para una futura ejecución representa la propia existencia de un proceso declarativo.<sup>(43)</sup> Se trataría, en consecuencia, de un mecanismo auxiliar que evita la producción de alteraciones en el derecho sustancial deducido en juicio, ya sea por actos del propio demandado o de terceros, que hagan ineficaz la ejecución de la sentencia que se dicte en el proceso declarativo, principalmente si ella es de condena a una prestación (devolver la cosa, pagar una suma de dinero, etc.).

Ni siquiera en lo terminológico se constata uniformidad para designar a la tutela cautelar, utilizándose denominaciones tales como: justicia cautelar, justicia preventiva, sistema cautelar, medidas provisionales, remedios provisionales, etc.<sup>(44)</sup> Nuestro ordenamiento ha optado por la expresión medidas precautorias, regulando su régimen general en el Título V Libro II CPC, sin perjuicio de otras nor-

mas que se ocupan en nuestro derecho de la potestad cautelar.<sup>(45)</sup>

Con la advertencia recién expresada, compartimos la propuesta de la doctrina que señala como elementos que definen la esencia de las medidas cautelares o precautorias, los siguientes:<sup>(46)</sup> 1º) El efecto asegurativo de la medida; 2º) La medida cautelar está preordenada a un proceso pendiente; 3º) La exhibición del título; 4º) La medida cautelar no puede satisfacer anticipadamente; 5º) El carácter provisional de las medidas cautelares; 6º) Las medidas cautelares deben limitarse a los bienes necesarios para responder al resultado del juicio, y 7º) La medida cautelar debe ser idónea para su fin.

#### 1º) *El efecto asegurativo de la medida*

La medida cautelar tiende a asegurar un estado de hecho o de derecho durante la pendency de un proceso, previniendo posibles actuaciones perjudiciales que frustren el derecho del actor. El CPC, no deja dudas sobre este elemento, al expresar en su artículo 290 que la cautela puede solicitarse: “para asegurar el resultado de la acción...”. Con el efecto asegurativo se evita la producción de un daño o perjuicio al actor, que de no adoptarse la medida se podría provocar durante el tiempo de tramitación del proceso.

En cuanto a la oportunidad, el efecto asegurativo se puede obtener antes que se alcance el estado de litispendencia, a través de una medida prejudicial precautoria (art. 279 CPC), o bien, cuando ya existe dicho estado, mediante la concesión de una medida precautoria.

<sup>(42)</sup> Así lo explica, MINVIELLE, Bernardette, “La problemática de la medida cautelar innovativa”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2, 1985, p. 362.

<sup>(43)</sup> Por todos, cfr. FERNANDEZ LOPEZ, Miguel Angel (con DE LA OLIVA), *Derecho Procesal Civil*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 1991, t. III, 1991, p. 332.

<sup>(44)</sup> Un panorama de derecho comparado, cfr. CO-MOGLIO, Luigi, FERRI, Corrado, “La tutela cautelare in Italia”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1990, T. XLV, pp. 963-972.

<sup>(45)</sup> El Título V del CPC no contempla medidas cautelares relativas a las personas. El desarrollo de las medidas cautelares de esta clase está contemplado en juicios especiales (art. 755 inc. 2º) o en otros cuerpos legales, como la de ley de menores, la ley de violencia intrafamiliar (Ley N° 19.325, art. 3 letra h).

<sup>(46)</sup> En estos rasgos hemos seguido fundamentalmente a GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, “Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares”, en el *Sistema de Medidas Cautelares* (VV.AA.), Pamplona: Eunsa, 1974, pp. 9-33.

En la jurisprudencia, en varias ocasiones se ha puesto de relieve que los bienes o derechos afectados por la medida sólo pueden ser los del demandado o futuro demandado. Así, se ha dejado sin efecto una precautoria decretada por un árbitro, sobre los bienes personales de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada, cuando sólo era esta última la que tenía la calidad de parte en la disputa.<sup>(47)</sup>

El efecto asegurativo que pretenden alcanzar las precautorias explica que ellas se puedan dictar sin oír previamente a la contraparte (*inaudita parte*), sin que tal actuación menoscabe el derecho al debido proceso, puesto que no suprime la bilateralidad, sino que la desplaza para un momento posterior, esto es, al ejercicio de la contracautela (art. 302 CPC). Es evidente que si no se procede de esta forma se frustraría el fin cautelar, dando margen al demandado para consumir el *periculum in mora* que justificó la cautela.

## 2º) *La medida cautelar está preordenada a un proceso pendiente*

Las medidas cautelares tienen un carácter instrumental y están preordenadas a la eficacia de una resolución, normalmente una sentencia de condena. El artículo 290 del CPC recoge este elemento cuando dispone que, “para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas (...)”.

Este rasgo no se puede confundir con otras situaciones asegurativas, que puede adoptar el juez para obtener el cumplimiento de una sentencia pendiente. En este sentido, se ha resuelto que no procede mantener la medida precautoria de gravar y enajenar decretada en un juicio ejecutivo una vez que el bien fue subastado, porque el objetivo cautelar ya fue conseguido.<sup>(48)</sup>

En relación a este punto ha surgido un interesante problema, cuando se ha soli-

citado una medida precautoria en el caso de un litisconsorcio pasivo, sin que se haya notificado a todos los demandados. En la práctica, algunos jueces deniegan estas solicitudes, incurriendo en el error de confundir el perfeccionamiento de la litispendencia (existencia de un juicio pendiente) con la existencia de la relación procesal.

En efecto, antes del emplazamiento de todos los demandados se generan algunas consecuencias jurídicas que demuestran que existe relación procesal y que, por lo tanto, es procedente trabar la precautoria. Dentro de tales efectos tenemos: la imposibilidad del actor de desistirse de la acción respecto del notificado; la radicación de la causa, al punto que si se modifica algún factor de competencia absoluta no afecta a ese juicio (arts. 128 y 129 COT); la posibilidad de alegar el emplazado el abandono del procedimiento...<sup>(49)</sup>

En consecuencia, al existir relación procesal es perfectamente posible trabar la precautoria respecto de la persona que ya está emplazada, puesto que su situación procesal impide una petición prejudicial en tal sentido. No se debe confundir la regla técnica, que determina que el plazo sea común para evacuar una determinada carga procesal, con las consecuencias jurídicas que para los emplazados surgen del hecho que ya hay relación procesal. El mismo artículo 290 del CPC se refiere “a cualquier estado del juicio”, siendo inconcuso que para el emplazado ya hay juicio, aunque todavía no principie a correr el cómputo del plazo para contestar la demanda o realizar la audiencia respectiva.

## 3º) *La exhibición del título*

Esta exigencia busca la acreditación del *fumus boni iura* (humo del buen derecho). Lo normal será que el peticionario, al solicitar la medida, presente un título o antecedente que constituya un elemento de

<sup>(47)</sup> CS, 29 de octubre de 1990, RDJ, t. 87, sec. 5ª, p. 169.

<sup>(48)</sup> CS, 2 de julio de 1990, RDJ, t. 87, sec. 1ª, p. 95.

<sup>(49)</sup> Sobre este punto, cfr. nuestro trabajo: “El proceso como relación procesal y el abandono del procedimiento en el litisconsorcio voluntario”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 1, 2001, pp. 143-148.

verosimilitud del derecho cuya protección cautelar impetra.

El CPC regula este elemento en los artículos 298 y 299; el primero dispone que para decretar una medida precautoria, el solicitante deberá acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que reclama.

En rigor, no basta la mera amenaza de frustrar la ejecución futura de una sentencia, sino que debe acreditarse también el germen del derecho que se reclama y cuya eficacia puede ser amagada por el *periculum in mora*.

Esta exigencia no impone la rendición de una plena prueba, sino de un antecedente que demuestre algún grado de verosimilitud o principio de existencia del derecho que se reclama por el actor.<sup>(50)</sup> Tampoco se trata de una pluralidad de ellos.<sup>(51)</sup> Lo anterior se explica por la circunstancia que las medidas cautelares, según la extendida frase de Cristofolini, “protegen sin satisfacer” y por lo mismo es perfectamente factible conceder la tutela cautelar sin una comprobación cabal del derecho.

En nuestra jurisprudencia, se ha sostenido que esta acreditación tiene una mayor entidad si se trata de conceder una medida prejudicial precautoria que una precautoria. En una antigua sentencia de la Corte Suprema, se expone: “al exigirse por la ley que existan motivos graves y calificados para que puedan decretarse prejudicialmente medidas precautorias, se han aumentado y no disminuido los requisitos que requiere el artículo 298 de este mismo Código, para decretarlas simplemente precautorias, o sea, que el de-

mandante acompañe comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama” (R., t. 28, sec. 1<sup>a</sup>, p. 630).

También en la jurisprudencia, se ha entendido que los antecedentes emanados de la misma parte que los hace valer, no pueden constituir los fundamentos plausibles requeridos por la ley para que puedan dictarse medidas precautorias.<sup>(52)</sup> Desde un punto de vista probatorio, la limitación anterior se ve reforzada por el hecho reconocido por la Corte Suprema, en orden a que “...si un documento no emana de la parte contra quien se hace valer no puede producir el valor probatorio que establece el artículo 1702 del Código Civil”.<sup>(53)</sup>

#### 4º) *La medida cautelar no puede satisfacer anticipadamente*

Con este elemento la doctrina establece que el contenido o efecto de la medida cautelar no puede ser idéntico al resultado que se busca con la acción deducida en el proceso, ya que de ser así estaríamos frente a una situación de tutela anticipada, esto es, una verdadera ejecución del fallo antes de que exista sentencia sobre el fondo.<sup>(54)</sup>

Desde otro ángulo, la identidad entre la medida cautelar y el resultado final de la acción objeto del proceso, determinaría la existencia de una hipótesis de cumplimiento de la sentencia, más que una medida provisoria para asegurar el resultado de una acción. Esta diferenciación entre la tutela que otorga la sentencia definitiva y la resolución que concede la medida cautelar, es necesaria para evitar el riesgo de prejuzgar sobre el asunto objeto del juicio. Por lo mismo, la medida precautoria permitiría anticipar sólo algunos de los efectos de la ejecución, pero nunca todos.

<sup>(50)</sup> Por ejemplo, se ha resuelto que no es necesario acreditar el dominio de unos bienes muebles, si la demanda tiene precisamente por objeto que se llegue a hacer la tradición de ellas (CS, 5 de septiembre de 1944, RDJ, t. 42, sec. 1<sup>a</sup>, p. 303). En la misma línea, se ha entendido que no constituye comprobante que acredite la presunción grave del derecho que se reclama la fotocopia de la primera hoja de una querrela criminal (C. de Ap. de San Miguel, 4 de abril de 1989, RDJ, t. 86, sec. 2<sup>a</sup>, p. 19).

<sup>(51)</sup> Así lo sostiene la sentencia de la CS de 15 de octubre de 1968, RDJ, t. 65, sec. 1<sup>a</sup>, p. 84.

<sup>(52)</sup> CS, 1 de julio de 1931, RDJ, t. 28, sec. 1<sup>a</sup>, p. 626.

<sup>(53)</sup> CS, 19 de octubre de 1977, RDJ, t. 74, sec. 1<sup>a</sup>, p. 142.

<sup>(54)</sup> Entre otros, cfr. MORELLO, Augusto, *Anticipación de tutela*, La Plata: LEP, 1996, p. 51.

La separación entre la tutela cautelar y la de fondo se colige del tenor del artículo 290 del CPC, que dispone que las precautorias se conceden “para asegurar el resultado de la acción...”. Dicha acción, en el desarrollo normal del proceso, sólo puede ser resuelta en la sentencia definitiva, conforme se desprende del artículo 158 del CPC. También en algunos preceptos sustantivos se vislumbra claramente la separación que debe existir entre la cautela y la protección de fondo, como ocurre, por ejemplo, con el artículo 902 del CC, que establece: “Si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él, hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada”.

Partiendo de la base que el sistema cautelar adoptado por Código de Procedimiento Civil, se caracteriza por la mínima injerencia que se debe ejercer en la esfera jurídica del demandado, se vulneraría tal límite si se produce una homologación entre la protección que debe dar la sentencia y la medida cautelar. Esta misma realidad explica que el contenido de las medidas precautorias, por lo general, sean conservativas y muy excepcionalmente innovativas.

En la jurisprudencia aceptan expresamente este elemento distintivo de las precautorias varias resoluciones, siendo las más categóricas las siguientes:

a) La sentencia de la Corte Suprema, de 29 de marzo de 1973, que confirmó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta; en lo que interesa, en el punto 3º del informe de la recurrida de queja, se expone: “Que, a juicio de esta Corte, no puede estimarse que existan razones graves para ordenar el cumplimiento de las precautorias solicitadas, en atención a que no se observa, con los antecedentes reunidos, que las susodichas medidas tiendan a asegurar el resultado de la acción, toda vez que no procede confundir garantizar lo pedido en una demanda, con la obtención plena de lo que con la interposición de la misma se pretende, pues aceptar otra interpretación —aun entendiendo en la forma más amplia las finalidades de las precautorias—

podría significar autorizar de manera encubierta a un Tribunal decretar una verdadera orden de no innovar a lo obrado por particulares en relación, precisamente, con los hechos que motivan el litigio”.<sup>(55)</sup> En este caso, las medidas decretadas en forma prejudicial, y sin audiencia de la contraparte, fue el reintegro inmediato de unos trabajadores que reclamaban por la nulidad de su despido.

b) Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 22 de abril de 1961, declaró: “...en realidad, toda medida que importe un pronunciamiento sobre lo controvertido, o que satisfaga provisionalmente las pretensiones del actor, no es una precautoria en el sentido que da a ese instituto nuestra legislación, porque para ella sólo son tales las que tienen por objeto asegurar la satisfacción de un derecho...”<sup>(56)</sup>

c) También el fallo de la Corte Suprema, de 2 de enero de 1951, formula la distinción entre tutela anticipada y medida precautoria, al dejar sin efecto una medida cautelar decretada por un árbitro, que autorizaba, antes del término del juicio, la enajenación de un bien. Conforme a la sentencia referida, “...aunque los antecedentes expuestos autorizan la adopción de medidas precautorias contra esa persona, no justifican que se disponga en la presente estación del juicio la venta de la antedicha acción de la Bolsa de Comercio, ya que tal procedimiento importa, propiamente, la realización de la cosa retenida o prohibida, lo que no se aviene con el concepto de las medidas precautorias, que sólo persiguen (...) asegurar el resultado de la acción, lo que equivale a considerar que antes del término del juicio no es posible disponer, liquidar o vender los bienes afectos a las medidas precautorias”.<sup>(57)</sup>

La regla general, que proscribe equiparar la tutela cautelar con el contenido de la sentencia de fondo, admite algunas

<sup>(55)</sup> RDJ, t. 69, sec. 3ª, p. 26.

<sup>(56)</sup> C. de Ap. de Santiago, 22 de abril de 1961, RDJ, t. 58, sec. 2ª, p. 222.

<sup>(57)</sup> CS, 2 de enero de 1951, RDJ, t. 48, sec. 1ª, p. 1.

excepciones. Se trata de situaciones en las que por la naturaleza del derecho cuya protección se busca se puede dar una homologación entre protección cautelar y la respuesta jurisdiccional para el caso concreto. Los casos más evidentes surgen a propósito de la protección del derecho a la vida, y de la privacidad y honra de la persona y su familia.

Constituiría una auténtica degradación para la función jurisdiccional que se entendiera, en materia de respeto y protección de la vida privada y pública y de la honra de la persona y su familia, que la única forma de tutela es la indemnización de perjuicios o la aplicación de una sanción penal. En rigor, frente a este tipo de situaciones la auténtica tutela que deberían otorgar los tribunales es la que atañe a conservar incólumes tales derechos, puesto que la reparación pecuniaria es un simple paliativo, que no restablece ni siquiera mínimamente el contenido de tales garantías constitucionales.

En materia de recurso de protección se han dado interesantes casos de homologación entre la providencia cautelar (orden de no innovar) y el contenido de la sentencia de fondo. Un hito emblemático fue el caratulado “Luksic Craig con Martorell”, donde se prohibió cautelarmente la circulación de un libro que amagaba la honra del recurrente;<sup>(58)</sup> en materia de protección del derecho a la vida, la situación ha llegado en algunas situaciones al punto que la tutela cautelar ha determinado que no sea necesario el pronunciamiento de la sentencia de fondo, como ocurrió en el célebre caso “Carabantes Cárcamo”; allí se autorizó a un equipo médico para adoptar todas las medidas que fuesen necesarias para asegurar el derecho a la vida, frente a la negativa del padre –por motivos religio-

so– a que se practicara una transfusión de sangre a la madre. Como la criatura nació, al no existir la situación jurídica que originalmente se quería proteger, se estimó innecesario dictar sentencia sobre el fondo, desestimándose el recurso.<sup>(59)</sup>

##### 5º) *El carácter provisional de las medidas cautelares*

Las medidas cautelares se dictan con la cláusula *rebus sic stantibus*, ya que sus efectos duran mientras permanecen los supuestos que la autorizaron. Según Calamandrei, el carácter de provisionalidad en las providencias cautelares quiere significar, en sustancia, lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración temporal, sino que tienen una duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de la providencia jurisdiccional.<sup>(60)</sup> Una vez que cesa el proceso, específicamente cuando se cumplió íntegramente la sentencia, se debe hacer cesar esta medida de aseguramiento, por haber cumplido el objeto al cual adhería.<sup>(61)</sup>

<sup>(59)</sup> C. de Ap. de Santiago, 4 de noviembre de 1991, RDJ, t. 88, sec. 5ª, p. 340.

<sup>(60)</sup> CALAMANDREI, Piero, *Introducción...*, ob. cit., pp. 36-37.

<sup>(61)</sup> Una vez que termina el proceso (al cumplirse el fallo, si la pretensión del actor fue estimada) se debe procurar materializar de un modo efectivo el cese de las medidas precautorias, instando por su alzamiento en el registro donde se haya inscrito, evitando que de facto puedan continuar produciendo algunas consecuencias, más allá de su carácter instrumental.

No se debe confundir este elemento de las precautorias con otras situaciones de aseguramiento, que se pueden decretar para garantizar el cumplimiento de la sentencia definitiva. Un claro ejemplo de lo anterior se recoge en el artículo 12 de la Ley 14.908, sobre pago de pensiones de alimentos, que permite al juez ordenar al demandado que constituya una hipoteca o prenda u otra forma de caución como garantía del pago de la pensión de alimentos. También el artículo 236 CPC apunta en la línea anterior, al permitir que para el cumplimiento de una sentencia que ordena el pago de prestaciones periódicas el juez compela al deudor a prestar seguridades para el pago, ello como una auténtica garantía; no se trata de una precautoria, puesto que el proceso ya terminó por la sentencia que se está ejecutando.

<sup>(58)</sup> CS, 15 de junio de 1993, RDJ, t. 90, sec. 5ª, p. 164. Un completo estudio del tema, cfr. RODRIGUEZ PINTO, María Sara, “Protección de la vida privada: líneas jurisprudenciales”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 26, 1999, pp. 719-744; CORRAL TALCIANI, Hernán, “Configuración jurídica del derecho a la privacidad: Concepto y delimitación”, en la misma publicación, N° 27, 2000, N°s 1 y 2, pp. 51-79 y 331-355.

El carácter provisional es una consecuencia de la instrumentalidad o accesoriedad que tienen las medidas cautelares, respecto del proceso en el cual se conceden; con ellas, sólo se trata de asegurar la ejecución de la sentencia que reconozca el derecho al actor. Este rasgo consta expresamente en el art. 301 CPC, que dispone: “Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes”.

Este elemento resulta muy importante dentro del contenido que tiene la denominada contracautela, que se refiere a los derechos del demandado afectado con una medida de esta naturaleza, especialmente para pedir su cesación.

Un problema no resuelto en nuestro ordenamiento surge cuando se pronuncia la sentencia de primera instancia, desestimando la pretensión del actor que obtuvo la precautoria. En esta hipótesis, ¿qué sucede con la medida cautelar? La regla general es que los jueces no dejan de oficio sin efecto las precautorias; excepcionalmente algunos tribunales han decretado de oficio la cesación de la medida cautelar, como ocurrió con una orden de no innovar obtenida en un recurso de protección.<sup>(62)</sup> Sin embargo el punto es discutible, tal como lo demuestra otra sentencia de la Corte Suprema, al disponer que la circunstancia de haberse dictado sentencia de primera instancia que niega lugar a la demanda, no hace desaparecer el motivo que se tuvo a la vista al decretar la medida precautoria, si ese fallo ha sido objeto de un recurso...<sup>(63)</sup>

6º) *Las medidas cautelares deben limitarse a los bienes necesarios para responder al resultado del juicio*

Este elemento se recoge de un modo general en la primera parte del art. 298

CPC: “las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio”.

Esta exigencia resulta de gran relevancia a propósito de la contracautela, que examinaremos más adelante.

7º) *La medida cautelar debe ser idónea para su fin*

Las medidas cautelares deben tratar de provocar en la esfera patrimonial del demandado una mínima injerencia. Como lo expresa el Mensaje del CPC en este tema, “la reglamentación de las medidas precautorias (...) hace preciso conciliar la seguridad del derecho del actor y el respeto a la propiedad del demandado. Menester es limitar dichas medidas a lo estrictamente indispensable para que no se burle la acción del demandante...”.

En virtud de este elemento definitorio, el juez debe conceder la precautoria adecuada para la situación que se trate de amparar. Como lo expone Arazi, el objeto de cualquier pretensión cautelar debe ser jurídicamente posible.<sup>(64)</sup> De lo que se trata, en el fondo, es evitar el abuso del derecho en el ejercicio de la potestad cautelar.

La idoneidad de la medida debe proyectarse en la ejecución de la misma, dando estricto cumplimiento a los límites que le son inherentes; por ejemplo, las facultades del interventor se limitarán a dar cuenta de las entradas y gastos de los bienes sujetos a interdicción, quedándole vedado realizar actos ajenos a su cargo, como la realización de los bienes materia de la intervención, etc.

Sintetiza con claridad este fin la sentencia de la Corte Suprema, de 28 de mayo de 1919, al declarar que, “las medidas precautorias tienen por objeto asegurar prudentemente, pero sin ocasionar la ruina del deudor, los resultados de una acción seria y fundada. En la concesión de las medidas precautorias el juez debe considerar cuáles son las que mejor se encuadran con los fines de la ley y escoger en-

<sup>(62)</sup> El caso se dio en la sentencia de primera instancia recaída en el recurso de protección de “Achet con Líneas Aéreas”, Rol N° 385-2000, de la C. de Ap. de Santiago.

<sup>(63)</sup> CS, 10 de agosto de 1962, RDJ, t. 59, sec. 1ª, p. 293.

<sup>(64)</sup> ARAZI, Rolando, *Medidas cautelares*, ob. cit., p. 5.

tre ellas, aunque no sean las propuestas por el solicitante, las que racionalmente basten para el objeto".<sup>(65)</sup>

No compartimos el criterio de la sentencia citada, en orden a que el juez pueda adoptar precautorias no expresamente solicitadas, puesto que en virtud del principio dispositivo, que orienta nuestro proceso civil, es la parte la que debe fijar cuál es la tutela que requiere; no puede el juez actuar más allá de este límite esencial (*ne eat iudex ultra aut extra petita partium*). El juez en materia cautelar podrá dar menos de lo pedido, pero no más o algo distinto, sin poner en riesgo su necesaria imparcialidad.

Aplica rectamente este elemento del sistema cautelar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 18 de abril de 1986, que sustituyó las medidas prejudiciales precautorias de prohibición de celebrar actos y contratos de un organismo sindical, por la de prorrogar un mandato de la anterior directiva sindical, atendido que las prejudiciales precautorias paralizaban e impedían el funcionamiento normal del organismo sindical, situación que causaba un perjuicio patrimonial, que según la Corte demandaba una solución más justa y equitativa que a la vez cautele los derechos del demandante.<sup>(66)</sup>

Otra manifestación de la idoneidad se aprecia en el rechazo de las medidas que impiden ejecutar actos patrimoniales que, en definitiva, pueden resultar beneficiosos para el mismo demandante. Discurre en esta línea una antigua sentencia de la Corte Suprema, de 31 de julio de 1931, que denegó las medidas que impedían que se aportaran unos bienes a la Sociedad de Salitre de Chile; conforme al criterio del fallo, si tal aportación se producía "estaría suficientemente garantida la demandante, ya que podría recuperarlos en cualquier momento si obtiene éxito en su pleito, por tratarse de una institución de solvencia notoria".<sup>(67)</sup>

<sup>(65)</sup> CS, 28 de mayo de 1919, RDJ, t. 17, sec. 1ª, p. 150.

<sup>(66)</sup> C. de Ap. de Santiago, 18 de abril de 1986, RDJ, t. 83, sec. 3ª, p. 62.

<sup>(67)</sup> CS, 1 de julio de 1931, RDJ, t. 28, sec. 1ª, p. 626.

### III. ESTUDIO PARTICULAR DE ALGUNAS MEDIDAS PRECAUTORIAS

#### 1. LA ORDEN DE NO INNOVAR

La expresión orden de no innovar (prohibición de innovar o *statu quo*) tiene distintas connotaciones jurídicas. En su actual configuración, al haberse superado los efectos que provocaba la litiscontestatio sobre la cosa litigiosa, la orden de no innovar no produce de pleno derecho la in comerciabilidad de los bienes litigiosos. En efecto, la litispendencia opera actualmente sin provocar una inhibición jurídica en el bien objeto materia del juicio; en virtud de este sustancial cambio, la orden de no innovar ha quedado subsumida dentro del contenido cautelar de las medidas conservativas.<sup>(68)</sup>

Sin embargo, se debe reconocer que las precautorias conservativas apuntan, más bien, a generar una situación de in comerciabilidad del bien afectado, y no provocan una auténtica situación de *statu quo*. Dicho en otros términos, en las medidas precautorias conservativas va implícita la prohibición de no innovar, pero en un plano muy mesurado, ya que la paralización de hechos o actos que implica su concepción se encaminan a evitar la transferencia o transmisión de los bienes del deudor. De un modo excepcional, algunas sentencias se han atrevido a declarar que dentro de la retención de bienes o de la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados, se comprende la prohibición de trozar, aserrar y enajenar los árboles derribados en la zona sujeta a un litigio de demarcación...<sup>(69)</sup>

Sólo en algunos preceptos de excepción la orden de no innovar actúa logrando un

<sup>(68)</sup> En la doctrina se propone distinguir entre la orden de no innovar y las cautelares innovativas; en la primera, el mandato de no innovar supone el mantenimiento del *statu quo* anterior existente; en cambio, en la innovativa se posibilita la modificación o alteración de la preexistente situación fáctica o jurídica. (Cfr. BERIZONCE, Roberto O. "La tutela cautelar y la prestación jurisdiccional efectiva", art. cit., p. 20).

<sup>(69)</sup> Cfr. CS, 28 de mayo de 1956, RDJ, t. 53, sec. 1ª, p. 246.

auténtico *statu quo*, como ocurre, por ejemplo, con el interdicto posesorio de denuncia de obra nueva. Allí se autoriza, una vez presentada la demanda, decretar provisionalmente la suspensión de la obra, sin necesidad de notificación al demandado (arts. 565 al 567 CPC).

Otra manifestación de la medida que nos ocupa, que ha superado el esquema de prohibición de transferencia o transmisión de bienes, ha surgido a propósito de la acción constitucional de protección (art. 20 CPE). En la práctica, la orden de no innovar, que contempla el Auto Acordado que regula la tramitación de esta acción, ha cubierto una serie de situaciones que eran inéditas en nuestra realidad jurídica. El ejemplo más significativo ha sido la posibilidad de suspender la aplicación de los efectos de actos administrativos; sin embargo, la amplitud alcanzada por la orden de no innovar en la jurisdicción constitucional promueve algunas interrogantes: ¿Puede anticiparse la tutela a través de una orden de no innovar? ¿Sólo tiene un carácter conservativo o también innovatorio?<sup>(70)</sup> ¿Por qué no se exige una caución que equilibre los derechos de las partes?

Por último, otro efecto cautelar de auténtico *statu quo* se consagra a propósito de la orden de no innovar prevista en la tramitación de ciertos recursos; el caso más recurrente surge con el recurso de apelación, en el art. 192 del CPC; allí se contempla un mecanismo para que los tribunales de alzada puedan paralizar o suspender los efectos o el cumplimiento de la resolución recurrida, cuando el recurso se ha concedido en el solo efecto devolutivo. Idéntica solución acepta el recurso de hecho (art. 204 inc. final CPC), en el caso que se haya denegado el recurso de apelación. Por la gravedad que implica la denegación de un recurso de apelación, el legislador ha previsto que “no se innove”

cuando hayan antecedentes que justifiquen tal medida.

## 2. EL SECUESTRO DE LA COSA QUE ES OBJETO DE LA DEMANDA

Esta precautoria tiene antecedentes históricos en las Partidas, que hace referencia al secuestro de la cosa sobre la cual hay contienda entre el demandante y el demandado, admitiendo que ella sea puesta en depósito (ley 1, Tít. 9, Partida III).

El secuestro, conforme al artículo 2249 del CC, es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor. El depositario se llama secuestre.

Los casos en que procede decretar el secuestro dicen relación con dos tipos de acciones, a saber: a) cuando se entabla una acción reivindicatoria contra cosa corporal mueble en el caso del artículo 901 del CC, y b) cuando se entablen otras acciones con relación a cosa mueble determinada y haya motivo de temer que se pierda o deteriore en mano de la persona que, sin ser poseedora de dicha cosa, la tenga en su poder.

El secuestro, como medida precautoria, sólo procede respecto a cosa mueble, haciendo excepción al art. 2251 CC que permite el secuestro también sobre bienes raíces. Esta salvedad se justifica por el carácter conservativo que tienen las medidas cautelares en nuestro sistema; además, el art. 902 inc. 1° CC dispone que si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá disfrutando de él hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada. Lo anterior se explica como una proyección de la presunción de dominio que ampara al poseedor, y porque el legislador entiende que en los bienes raíces no existen los riesgos de deterioro o pérdida que pueden afectar a los bienes muebles. En todo caso, si se necesita impedir algún deterioro que afecte a un inmueble, se debe recurrir a otra medida cautelar que apunte en esa dirección, como podría ser la designación de

<sup>(70)</sup> Sobre el tema, cfr. TAVOLARI, Raúl, “Protección constitucional y cautela judicial: ¿Orden de no innovar en el recurso de protección?”, en *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994, pp. 137-168.

un interventor, la prohibición de celebrar actos y contratos, etc.

### 3. EL NOMBRAMIENTO DE UNO O MÁS INTERVENTORES

El interventor es un tercero designado por el juez para que lleve cuenta de las entradas o gastos de los bienes sujetos a intervención, pudiendo para el desempeño del cargo imponerse de los libros, papeles y operaciones del demandado (art. 294 CPC). Su nombramiento procede en los casos que indica el art. 293 del CPC.

Aunque es común que se intente definir a este sujeto como un administrador de bienes, en rigor ello no es así, ya que en el caso de la precautoria del CPC se trata del ejercicio de una actividad de mera fiscalización o control. El marco de acción que fija el art. 294 CPC demuestra que esta medida permite al demandado seguir desarrollando con plena autonomía la gestión de los bienes que son materia de la intervención, sin que implique la pérdida de la administración del negocio o de la cosa.<sup>(71)</sup> Refleja el límite de las facultades del administrador la sentencia que calificó de insólita la medida precautoria adoptada por un juez del crimen, en la que designó a un depositario de las acciones incautadas en la causa con facultades de asistir a las Juntas de Accionistas y votar en ellas como si fuera el dueño o titular de tales acciones; para la Corte Suprema ello era improcedente, puesto que “puede alterar la administración de la empresa”.<sup>(72)</sup>

A través de esta fiscalización, el interventor podrá anticipar al juez y al demandante la ejecución de actos que puedan ocasionar un perjuicio, especialmen-

te los que pueden resultar de la gestión de una empresa o en la explotación de un inmueble (v. gr., impedir la tala de bosques, abusivas explotaciones de bienes, alteraciones en los cultivos o producciones ordinarias, etc.).

En virtud del principio de mínima injerencia en el patrimonio del deudor, el interventor sólo tiene derecho a observar e informar al juez o al acreedor de los actos que intente realizar el demandado, pero no puede vetar el acto que estime como perjudicial. Tampoco puede conminar al demandado a que realice o se abstenga de una determinada actuación. En su desempeño normal, a este tercero debe calificarse como un “interventor informante”.<sup>(73)</sup> Por lo mismo, esta medida se satisface impidiendo la transferencia de los bienes del deudor, sin perjuicio que tan estrecho límite se pueda ampliar decretando “otras medidas más rigurosas que el tribunal estime necesario adoptar” (art. 294 CPC).

Dentro del agravamiento de los poderes del interventor se podrían incluir, por ejemplo, la posibilidad que actúe como un recaudador (interventor recaudador), percibiendo las rentas y allegando al juicio los créditos que se adeuden al demandado. También se podría complementar esta precautoria con una prohibición al demandado de realizar actos de explotación o administración del bien sin previo conocimiento del interventor.<sup>(74)</sup> Esta última medida nos parece menos severa que la prohibición de celebrar actos o contratos, ya que la exigencia de información previa se mantiene dentro de la mínima injerencia en el patrimonio del deudor, a diferencia de la prohibición de celebrar actos y contratos, que inhibe el acto en sí. El conocimiento previo del interventor permitiría saber si el acto que se propone ejecutar el demandado es perjudicial, en el evento que lo

<sup>(71)</sup> Desde un punto de vista dogmático existen distintos tipos de intervención: el interventor recaudador; el interventor veedor o informante; el interventor ejecutor; el interventor coadministrador; el interventor administrador. (Cfr. CONSTANTINO, Juan Antonio, *Medidas Cautelares* (VV.AA.), Buenos Aires: Edit. Panamericana, N° 4, 1997, pp. 20-22.)

<sup>(72)</sup> CS, 17 de octubre de 1991, RDJ, t. 88, sec. 5ª, p. 248.

<sup>(73)</sup> En esta expresión hemos seguido a SERANTES PEÑA, Oscar, PALMA F. Jorge “La intervención judicial”, en *Medidas Cautelares*, B. Aires: Depalma, (VV.AA.), 1986, pp. 66-68.

<sup>(74)</sup> Sobre esta medida cautelar, cfr. CAMARA RUZ, Juan, *La intervención judicial de bienes litigiosos*, Granada: Comares, 1997, pp. 165-167.

sea, debería ser paralizado con la medida cautelar del art. 296 del CPC. (Prohibición de celebrar actos o contratos.)

Por otra parte, la parca regulación del CPC sobre la figura del interventor suscita varias dudas, que se pueden sintetizar en los siguientes puntos: ¿Sólo pueden ser designadas personas naturales? El interventor judicial ¿es sólo un simple auxiliar del juez o es también un mandatario o representante del demandante? Este último problema surge por la circunstancia de que la ley le impone la obligación de dar al interesado o al tribunal noticia de toda malversación o abuso que note en la administración de los bienes (art. 294 CPC). La respuesta que se dé a este punto tiene una repercusión práctica evidente, ya que si es mandatario será el actor quien debe remunerarlo y podría destituirlo; en cambio, si es un auxiliar del juez, ni la remoción ni su remuneración deben incidir directamente en el acreedor, salvo lo que se disponga sobre el pago de las costas personales (art. 139 CPC); de igual forma, si es auxiliar de la administración de justicia es recusable.<sup>(75)</sup> ¿Qué régimen de responsabilidad civil se le aplica?

#### 4. LA RETENCIÓN DE BIENES DETERMINADOS

Esta medida precautoria consiste en la privación que se hace al demandado de la tenencia y administración de ciertos bienes muebles, a través de la entrega que debe hacer de ellos a un tercero o al propio demandante. Esta medida procede sólo respecto de bienes muebles, comprendiéndose entre ellos títulos de crédito, automóviles, joyas, etc. Cuando son dineros, se podrá ordenar que los valores retenidos se trasladen a un establecimiento de crédito o a la persona que el tribunal designe, cuando lo estime conveniente para la seguridad de dichos valores (art. 295 inc. 2º CPC).

Pueden ser retenidos los bienes que son materia del juicio de reivindicación o cual-

<sup>(75)</sup> El COT no enumera al interventor como auxiliar de la administración de justicia en los Tít. XI y XII.

quier otro bien determinado del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes (art. 295 CPC). Cuando se trata de bienes no involucrados en una acción restitutoria (como la reivindicatoria), la retención actúa como una garantía patrimonial que permite proceder al remate en la etapa de cumplimiento de la sentencia para pagar el crédito (art. 235 regla 3ª CPC).

En cuanto a sus efectos, la retención produce una intransferibilidad transitoria cuya infracción puede derivar en la nulidad de la transferencia por objeto ilícito, conforme al art. 1464 CC. Conviene considerar lo dispuesto en el art. 296 inc. 2º CPC, que hace necesaria resolución expresa del tribunal para que exista prohibición respecto de ellos.

#### 5. LA PROHIBICIÓN DE CELEBRAR ACTOS O CONTRATOS SOBRE BIENES DETERMINADOS

Esta medida es la más utilizada en la práctica forense, sobre todo, por la amplitud que concede. Nuestro ordenamiento permite que se decrete como precautoria la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados, operando la prohibición tanto respecto de bienes muebles como de inmuebles, cosas corporales e incorpóreas (art. 565 CC).<sup>(76)</sup> Todos los derechos de que es titular una persona y que sean susceptibles de cederse y embargarse pueden quedar afectos a esta medida, salvo los derechos personalísimos.<sup>(77)</sup>

A través de esta medida cautelar se busca transformar el bien en disputa en intransferible, evitando su transferencia o transmisión a terceros. Lo anterior se desprende nítidamente de los arts. 296 y

<sup>(76)</sup> Sobre la génesis de esta medida en nuestro derecho, cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, "Facultades económicas de los litigantes y cautela judicial", en *El proceso en acción*, Valparaíso: Libromar, 2000, pp. 364-366.

<sup>(77)</sup> Así lo ha resuelto la CS en sentencia de 1º de junio de 1982, RDJ, t. 79, sec. 1ª, p. 77.

297 CPC, que reglamentan los efectos y las exigencias de publicidad respecto de terceros.<sup>(78)</sup> En consecuencia, se trata de una medida esencialmente conservativa, que busca evitar que el deudor enajene o grave los bienes de su patrimonio.<sup>(79)</sup> Con muy buen criterio, se ha aceptado en la jurisprudencia que esta medida no impide que el propietario pueda tomar un seguro sobre la cosa, ya que se trata de una medida de carácter conservativo que no afecta los derechos del demandante.<sup>(80)</sup>

Como se sabe, en nuestro derecho civil, la expresión “acto” tiene una amplitud mayor que la voz “contrato” y, por ende, comprende actos bilaterales y unilaterales.

No obstante lo anterior, surge la duda si a través de esta medida se puede impedir la ejecución de otros actos que no implican la transferencia o la transmisión del dominio. Así, por ejemplo, no resulta claro que la transformación de un bien pueda quedar comprendida dentro de esta medida (v. gr., pintar la cosa, alterarla accidental o substancialmente, etc.).

En cuanto a los efectos de esta medida, es importante distinguir dos cuestiones: a) entre las partes: la inenajenabilidad del bien se produce desde que se decreta por el tribunal; b) en relación a terceros, la inenajenabilidad del bien o derecho se produce sólo cuando dicha medida se inscriba.

En el caso de los bienes muebles sin registro, sólo producirá efecto respecto de terceros que tengan conocimiento de ella al tiempo del contrato, situación que puede implicar una ardua prueba; pero el demandado será en todo caso responsable de fraude si ha procedido a sabiendas (art. 297 inc. 2° del CPC), sin perjuicio de

la acción pauliana que pueda deducirse por el acreedor afectado por la transferencia de los bienes (art. 2468 CC).

Se ha entendido por la jurisprudencia que para poder dictarse esta medida respecto de bienes que no son materia del juicio, ellos deben determinarse, y faltaría su determinación en el caso que el juez la dicte utilizando una formulación genérica, por ejemplo, aludir a todos los bienes raíces que poseen los demandados en una determinada ciudad.<sup>(81)</sup>

#### 6. LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS INNOMINADAS O INDETERMINADAS

Las medidas cautelares innominadas, genéricas o indeterminadas constituyen una temática delimitada tradicionalmente por oposición a las cautelares previstas y reguladas por el legislador.<sup>(82)</sup>

Se trata del ejercicio de la potestad cautelar, en la cual —a petición de parte— el juez adopta las medidas de seguridad que no están previstas expresamente en la ley, pero que se estiman como necesarias para asegurar el resultado de la acción deducida. Las medidas cautelares innominadas buscan dar protección jurídica al actor, frente a situaciones de peligro que no puedan ser amparadas por las otras medidas cautelares, evitando que se frustre el cumplimiento de la sentencia que pueda dictarse en beneficio del demandante.

Aunque el tema no es pacífico en nuestra doctrina,<sup>(83)</sup> la potestad cautelar del juez en el proceso civil está reconocida en el artículo 298 del CPC, al disponer que “Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medi-

<sup>(78)</sup> Sobre el punto, cfr. C. de Ap. de Santiago, 25 de mayo de 1957, RDJ, t. 54, sec. 2ª, p. 16.

<sup>(79)</sup> Se ha resuelto que durante la vigencia de la sociedad conyugal, no se puede decretar esta prohibición respecto de la mujer, que tiene sobre los bienes sociales tan sólo un crédito que podrá invocar una vez que se disuelva la sociedad conyugal (CS, 1 de julio de 1985, RDJ, t. 82, sec. 1ª, p. 42).

<sup>(80)</sup> C. de Tacna, 13 de octubre de 1903, RDJ, t. 1, sec. 2ª, p. 283.

<sup>(81)</sup> CS, 7 de julio de 1931, RDJ, t. 28, sec. 1ª, p. 637.

<sup>(82)</sup> Sobre el tema, cfr. JOVE, María Angeles, *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Barcelona: J.M. Bosch, 1995, pp. 13-135; CALDERON CUADRADO, María Pía, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid: Civitas, 1992, pp. 21 ss.

<sup>(83)</sup> En contra, cfr. CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, “La configuración del *periculum in mora* en el régimen cautelar chileno”, art. cit., pp.103-105.

das expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen”.<sup>(84)</sup>

Este tipo de medidas participan de los elementos propios de toda medida cautelar, que son el *periculum in mora*, el *fumus boni iura* y, además en este caso, perentoriamente la constitución de una caución suficiente. La diferencia con las medidas nominadas proviene del hecho que las innominadas buscan defender al actor frente a una situación de peligro que no fue prevista por el legislador.

Dentro de los efectos cautelares que se podrían obtener a través de las medidas innominadas están los siguientes: la cesación de actos que vulneren el derecho del actor y que no se puedan comprender dentro de la prohibición de celebrar actos y contratos;<sup>(85)</sup> el aseguramiento de una eventual indemnización de daños y perjuicios, a través de una póliza de seguros;<sup>(86)</sup> la anotación de la existencia de un juicio pendiente.

<sup>(84)</sup> En otros códigos más modernos la potestad cautelar genérica se contempla con diversas fórmulas: El CPC de Perú dispone: “Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otras disposiciones legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva” (art. 629 CPC); la Ley de Enjuiciamiento Civil española, de 7 de enero del 2000, establece que “El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características: N° 11 Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio” (art. 726 N° 11).

<sup>(85)</sup> Por ejemplo, si se trata de tutelar la honra de una persona, podría suspenderse la circulación del texto difamatorio, hasta que se resuelva sobre el fondo; si se está vulnerando el contrato de edición, se podría obligar a la editorial a abstenerse de imprimir la nueva edición, hasta que se resuelva el juicio, etc.

<sup>(86)</sup> Por ejemplo, es común que en la construcción de edificios las obras de excavación ocasionen amenazas de daños por derrumbe en las casas vecinas; al exigir a la empresa constructora que se aseguren a los afectados de eventuales daños se está creando una situación cautelar más razonable que la que puede resultar de una paralización de obras que puede obtener el propietario amenazado del daño.

El artículo 727 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, de 7 de enero del 2000, da algunas pautas acerca de medidas que en nuestra actual realidad legal se pueden calificar como innominadas, a saber:<sup>(87)</sup> la formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga; la orden de cesar provisionalmente en una determinada actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; la prohibición temporal de interrumpir o cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo; el depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual o industrial, así como el depósito del material empleado para su producción; la suspensión de acuerdos sociales impugnados.

En nuestra jurisprudencia se debe calificar de medida cautelar de esta clase, la decretada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 18 de abril de 1986; allí se ordenó sustituir –por excesiva– la precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos que paralizaba el funcionamiento normal del organismo sindical demandado; en su reemplazo se decretó *la suspensión de los efectos de un mandato que se había otorgado a una directiva sindical en ejercicio*, ordenando que debía actuar en su reemplazo el Directorio antiguo, con exclusión de los miembros que aparecían cuestionados por la demandante a raíz de irregularidades detectadas en la administración del patrimonio del ente sindical.<sup>(88)</sup>

Otra manifestación de la cautela innominada, se aprecia en la sentencia de la Corte Suprema de 26 de junio de 1985, que confirmó la medida cautelar decretada por un juez, en orden a mantener a un dirigente sindical en sus funciones, hasta que no se resolviera judicialmente la reclamación interpuesta contra la resolución administrativa que lo inhabilitaba como director sindical.<sup>(89)</sup> En este caso se apre-

<sup>(87)</sup> Sobre el tema, cfr. ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las medidas cautelares*, Madrid: La Ley, 2000, pp. 29-495.

<sup>(88)</sup> C. de Ap. de Santiago, 18 de abril de 1986, RDJ, t. 83, sec. 3ª, p. 62.

<sup>(89)</sup> CS, 26 de junio de 1985, RDJ, t. 82, sec. 3ª, p. 66.

cia con nitidez la posibilidad que tienen los órganos jurisdiccionales de suspender los efectos de un acto administrativo, mientras no se resuelva la reclamación judicial del mismo.<sup>(90)</sup>

Es indudable que esta manifestación de la potestad cautelar puede convertirse en un instrumento de enorme utilidad, pero debe sortear varios problemas:

1º) Se debe resolver si conforma un mecanismo auxiliar, que opera sólo cuando no resulte posible adoptar alguna medida precautoria ordinaria. En nuestra opinión, las medidas cautelares nominadas e innominadas están en un plano de igualdad, puesto que el art. 298 del CPC, dispone que “podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario...” decretar otras medidas.

2º) Surge el problema de los límites en la determinación de la medida, esto es, si ella sólo es conservativa o también puede adoptarse una innovativa.<sup>(91)</sup> En nuestro concepto, la exigencia de una caución, como elemento de la esencia de la cautela indeterminada, permite un mayor campo de acción al peticionario y al juez que debe concederla.

Defendemos que se puedan decretar por este camino medidas innovativas, con tal que se trate de situaciones excepcionales y se evite siempre el abuso del derecho. El principal argumento en favor de esta tesis proviene del significativo aporte surgido en materia de recurso de protección, que a través de la orden de no innovar ha permitido que florezcan manifestaciones cautelares innovativas; a nuestro juicio, no existe ningún límite para que tales medidas puedan ser aplicadas por los jueces civiles; el ejemplo más típico de cautela de esta clase proviene de la suspensión de los efectos de actos administrativos.

<sup>(90)</sup> Sobre el tema, entre otros, cfr. MONTEZANTI, Néstor Luis, *La suspensión del acto administrativo*, B. Aires: Astrea, 1993; CAMPO CABAL, Juan Manuel, *La suspensión de los actos administrativos*, Bogotá: Temis, 1989, pp. 25-55.

<sup>(91)</sup> Expresamente lo ha defendido TAVOLARI O., Raúl, en “Comentario a la ponencia del profesor Eduardo Jara Castro, en *Cuadernos de análisis jurídico*, ob. cit., pp. 217-218.

La generación de una situación de *statu quo* a través de la cautela innominada no se debe mirar como una anticipación de tutela, sino que el restablecimiento del equilibrio entre los derechos del actor y del sujeto que genera la situación de peligro, que la medida viene a amparar cautelarmente. En tal sentido, la caución es un elemento vital para lograr el necesario equilibrio entre las partes.

Desde un punto de vista negativo, al fijar el contenido de la medida, el juez no debe olvidar que la potestad cautelar no puede interferir en los actos de los otros tribunales integrantes del Poder Judicial, y por lo mismo, no podría a través de la cautela innominada paralizar la actividad de otro juez ordinario, especial o arbitral, impidiendo, por ejemplo, la prosecución de un juicio o suspendiendo los efectos de una determinada resolución judicial.<sup>(92)</sup> La explicación de esta excepción se fundamenta en el principio de la independencia interna del Poder Judicial y su proyección, para este caso, en las reglas de la radicación y de la extensión (arts. 109 y 111 del COT). El órgano ante el cual está radicado el asunto es el soberano para ejercer la potestad cautelar, y no podría otro de igual rango interferir su competencia, sin perjuicio de lo que resuelva por la vía de los recursos un tribunal ad quem, especialmente en los medios de impugnación que contemplan la orden de no innovar.

Tampoco se puede obtener por esta vía una anticipación de tutela, que homologue el contenido de la sentencia con la precautoria. En efecto, la tutela anticipa-

<sup>(92)</sup> En este sentido cfr., C. de Ap. de Santiago, 22 de abril de 1961 (RDJ, t. 58, sec. 2ª, p. 222), sin perjuicio de una excepción para la partición de bienes; la sentencia de la CS, 22 de agosto de 1966 (RDJ, t. 63, sec. 1ª, p. 302) dejó sin efecto una medida precautoria decretada por un juez civil, que paralizó un juicio ejecutivo seguido ante un juez del trabajo. Con anterioridad, la CS, resolvió que la ejecución fundada en un título que la lleva aparejada y por una suma actualmente exigible, no puede ser enervada en virtud de una medida precautoria solicitada por el deudor en otro juicio contra su acreedor, y no puede fundarse tal medida, sobre todo cuando no se halla aún ejecutoriada la excepción de falta de exigibilidad de la deuda (CS, 15 de agosto de 1905, RDJ, t. 3, sec. 1ª, p. 90).

da se construye sobre una base dogmática diversa de las precautorias, especialmente en lo que dice relación con la acreditación del derecho. De un modo específico, en la precautoria basta la verosimilitud; en la tutela anticipada es la certeza plena del derecho que se reclama la que autoriza tan excepcional protección. Ahora, si se admite que a través de las precautorias innominadas se pueda anticipar la tutela de fondo, se corre el riesgo de desnaturalizar los fines del instituto cautelar.

En suma, la cautela innominada no se puede convertir en una vía para obtener una ejecución anticipada, puesto que la potestad cautelar es un instrumento auxiliar que busca asegurar la ejecución de una sentencia futura y, bajo tal esquema, es improcedente ordenar el cumplimiento de un fallo que todavía no existe. No obstante lo anterior, tal como se explicaba al analizar los elementos esenciales de las medidas cautelares, la prohibición de que la medida cautelar satisfaga la pretensión anticipadamente tiene excepciones. Nos parece que si se trata de la protección del derecho a la vida o de la protección de la privacidad y de la honra de la persona y su familia, existen razones para que a través de una medida innominada se anticipen los efectos jurídicos que se buscan con la acción deducida.<sup>(93)</sup>

#### 7. LA ANOTACIÓN DE LA LITIS COMO MEDIDA PRECAUTORIA INNOMINADA

Superado el efecto de *statu quo* que producía en el derecho histórico la litis-pendencia sobre la cosa litigiosa, ha surgido el problema sobre los efectos que puede producir en una determinada situación de hecho la iniciación de un litigio.

<sup>(93)</sup> La homologación producida entre la providencia cautelar –decretada a través de una orden de no innovar– y el contenido de la sentencia de fondo en el caso “Luksic Craig con Martorell”, no deja duda sobre tal posibilidad. Igual cosa con las medidas innovativas que puedan anticipar en la protección del derecho a la vida, ya que de no adoptarse tal cautela resulta evidente la probable frustración del objeto final de la acción deducida.

En rigor, el problema se da concretamente en dos hipótesis: a) en relación a terceros, que podrían verse afectados al adquirir un derecho, respecto del cual exista un juicio pendiente, no informado oportunamente por el sujeto que les transfirió tal derecho, y b) respecto del tercero adquirente, que podría alegar que no le empece una sentencia judicial, recaída sobre una situación litigiosa donde no fue parte.

Para evitar las situaciones descritas debería existir una medida precautoria de anotación de la litis, que nuestro ordenamiento curiosamente no contempló, dentro del régimen cautelar ordinario o nominado, pero que se puede aceptar como una hipótesis de cautela innominada.

En su descripción general, la anotación de la litis busca comunicar a terceros adquirentes la existencia de un juicio pendiente, para hacerles oponibles los efectos de la sentencia respecto de un bien que pretenden adquirir, con un doble efecto: protegerlos y evitar que aquellos aleguen ignorancia del juicio, cuando se trata de ejecutar los efectos de la sentencia judicial.

La anotación de la litis se debe considerar como una medida precautoria distinta de la prohibición de celebrar actos y contratos, prevista en los arts. 296 y 297 del CPC. En primer lugar, la anotación sólo busca un efecto de publicidad, que no impide la enajenación del bien, al no constituir una hipótesis de objeto ilícito. Los terceros que adquieren el bien tomarán conocimiento del juicio y no podrán alegar que su posesión es de buena fe, ya que los efectos de la sentencia que reconozca un derecho sobre el bien les debería empecer, al producir sus efectos la medida de publicidad que se busca con la precautoria de la anotación de la existencia de un juicio pendiente.

Se debería decretar también esta anotación del juicio pendiente, cuando los efectos de la sentencia puedan comprometer los derechos de los terceros adquirentes. Se trata de procesos en curso, cuya sentencia puede imponer al tercero el cumplimiento de algunas cargas que debe soportar el bien transferido, especialmen-

te las que surgen de una determinada servidumbre u otro gravamen. También en caso de discutirse acerca de la existencia de una obligación *propter rem*, por ejemplo, la que afecta a una determinada copropiedad, cosa que puede ser objeto de la anotación preventiva, que impedirá al tercero adquirente oponerse a su cumplimiento cuando se quiera ejecutar la sentencia.

#### IV. LA CONTRACAUTELA

##### 1. ELEMENTOS QUE LA DEFINEN

La contracautela dice relación con los derechos que se reconocen al sujeto afectado por la concesión de una medida cautelar. A través de ella el legislador trata de equilibrar la posición entre los litigantes, buscando compensar el gravamen que la concesión de una medida precautoria impone al demandado o futuro demandado.

Su fundamento está en el principio de igualdad, que busca restablecer el equilibrio que significa conceder al actor una medida para tutelar el derecho virtual que reclama. En efecto, el demandado tiene derecho a mejorar su situación, ya sea reaccionando inmediatamente en el mismo proceso frente a la medida o bien, a posteriori, cobrando una indemnización de perjuicios por los daños que le ocasionó una precautoria mal concedida.

Además, a través de la contracautela se evita que la parte que la obtuvo utilice este medio como un mecanismo de presión indebida, para obligar a la parte afectada a capitular tempranamente frente a la pretensión del actor. Lamentablemente, no es infrecuente que litigantes de mala fe obtengan precautorias que vulneran en esencia los fines de la tutela cautelar, pasando a convertirse en lo que Calamandrei describía crudamente como “un medio de coacción psicológica, un medio expeditivo, podría decirse, para agarrar al adversario por el cuello; no sirve (como hipócritamente se dice) para mantener durante el curso de la litis la igualdad de las partes y la estabilidad de sus respectivas situaciones patrimoniales, sino que

sirve, por el contrario, para poner a una de las partes en condiciones tales de inferioridad, que se la constriña, antes de decidirse la litis, a pedir merced por asfixia”.<sup>(94)</sup>

Se extraña hoy en nuestra legislación la pauta que incorporó a nuestra regulación orgánica la Ley N° 3.990, de 15 de julio de 1918. Allí se tipificaba como falta o abuso de los jueces, digna de corregirse disciplinariamente: “cuando dictaren medidas precautorias manifiestamente injustificadas e innecesarias o negaren en la misma forma las que le soliciten con fundamentos plausibles y apareciere en uno y otro caso que se ha producido un daño irreparable a la parte que reclama de ellas”. En la actualidad la base legal de la contracautela se encuentra fundamentalmente en el artículo 301 del CPC, al disponer que todas las medidas precautorias son esencialmente provisionales y, por ende, deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar.

##### 2. MANIFESTACIONES DE LA CONTRACAUTELA

Dentro de las manifestaciones del derecho a la contracautela debemos examinar los siguientes aspectos:

###### a) *La fianza o garantía*

La exigencia de una caución, como elemento de la teoría general de las medidas cautelares, ha promovido una discusión doctrinal poco pacífica. Mayoritariamente se entiende que a través de esta exigencia se obtendría el contrapeso, para que el actor beneficiado con la concesión de la medida responda de los perjuicios que origine al demandado.<sup>(95)</sup> La exigencia de una caución busca establecer un equilibrio entre dos situaciones antagónicas: la de evitar los perjuicios que pueden

<sup>(94)</sup> CALAMANDREI, Piero, “El proceso como un juego”, en *Estudios sobre el proceso civil*, tr. S. Sentís Melendo, B. Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 282.

<sup>(95)</sup> Cfr. CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio...*, pp. 45-46.

derivarse de la demora en la resolución del proceso principal y la de asegurar el resarcimiento de los daños que eventualmente pueden ocasionarse al demandado y de las multas que se impongan. La fianza conseguiría garantizar la existencia de una base patrimonial, para que el demandado pueda perseguir ulteriormente la responsabilidad civil derivada de la utilización indebida de las medidas precautorias.

No obstante lo anterior, en nuestro sistema la exigencia de una caución sólo surge como condición ineludible para el otorgamiento de las medidas cautelares innominadas y en las medidas prejudiciales precautorias (arts. 279 N° 2° y 298 del CPC). En las medidas cautelares ordinarias, la fianza no constituye una exigencia o presupuesto para su concesión, omisión legislativa que es criticable. Tampoco exige caución la orden de no innovar del recurso de protección, situación que debe ser considerada como una de las causas que han alentado el uso masivo de dicho recurso, sobre todo si a través de la orden de no innovar se ha podido obtener una amplia cautela, conservativa e innovativa.<sup>(96)</sup>

En cuanto al tipo de caución, se ha resuelto que para proceder a conceder una medida prejudicial precautoria no es necesario exigir una hipoteca o fianza con garantía hipotecaria, ya que el art. 279 del CPC sólo exige una fianza nominal u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, la que debe guardar relación con la obligación garantizada, consistente únicamente en los perjuicios que origine la precautoria solicitada y el valor de las multas que pudieran imponerse al peticionario.<sup>(97)</sup>

b) *El alzamiento, cesación o reducción de la medida*

Un segundo componente del derecho a la contracautela proviene de la posibili-

dad de solicitar el alzamiento, la cesación o la reducción de la precautoria. Ejercerá este derecho el demandado o un tercero, promoviendo un incidente en el que denuncie que la precautoria es improcedente o fue concedida sin la observancia de los requisitos de admisibilidad.<sup>(98)</sup> Una sentencia de la CS de 6 de abril de 1962 traza un límite para el ejercicio de este derecho, cuando dispuso: “Que si bien el artículo 301 del mencionado cuerpo de leyes, estatuye que las medidas precautorias son esencialmente provisionales, sin embargo, agrega que deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes. // Por lo tanto, el legislador no se pone en el caso que se vuelva a discutir dentro de un mismo juicio, si se reunieron o no los requisitos para decretar las medidas precautorias. El que pretende su alzamiento debe invocar las circunstancias que expresa y determinadamente establece el precepto que precisamente trata de dicho alzamiento, lo que no ha ocurrido en este caso”.<sup>(99)</sup>

La sustitución o la reducción de la medida debe impetrarla el demandado, cuando la que fue concedida no cumple adecuadamente con su objeto. También se puede pedir la reducción de la medida, justificando que la medida concedida es excesiva o desproporcionada.

Todo lo anterior se puede pedir acumulativamente, formulando una petición en subsidio de la otra.

En cuanto a la oportunidad procesal, estas prerrogativas que se pueden ejercer desde que se notificó la medida o se tiene conocimiento de la misma.

Una sentencia de la Corte Suprema, de 21 de diciembre de 1961, precisó que la hipótesis de contracautela relativa a solicitar la cesación otorgando cauciones suficientes, debe entenderse en términos que la nueva caución garantice al acree-

<sup>(96)</sup> Un caso extremo se dio con la orden de no innovar que suspendió un partido de fútbol entre Colo-Colo y Coquimbo. La sentencia está publicada en la RDJ, t. 89, sec. 5ª, p. 45, con un agudo comentario de don Eduardo Soto Kloss.

<sup>(97)</sup> C. de Ap. Pedro Aguirre C., 13 de mayo de 1987, RDJ, t. 84, sec. 2ª, p. 67.

<sup>(98)</sup> Un buen ejemplo del contenido de la contracautela, cfr. C. de Ap. de Santiago, 5 de septiembre de 1995, RDJ, t. 92, sec. 2ª, p. 112.

<sup>(99)</sup> CS, 6 de abril de 1962, RDJ, t. 59, sec. 1ª, p. 103.

dor su acción de igual forma e idéntica seguridad.<sup>(100)</sup>

c) *La indemnización de perjuicios*

Otra manifestación de la contracautela, pero que surge con posterioridad a cesación de los efectos de la misma, es la eventual responsabilidad civil, que bajo ciertas condiciones puede derivarse de la utilización indebida o abusiva de medidas cautelares. El problema no está resuelto en nuestro ordenamiento de un modo general, salvo la hipótesis del art. 280 CPC aplicable a las medidas prejudiciales precautorias, que presume la mala fe en ciertos casos, y hace responsable al peticionario de los perjuicios causados.<sup>(101)</sup>

No obstante lo anterior, es perfectamente posible que se pueda cometer un ilícito en esta materia, que derive en un perjuicio patrimonial indemnizable, fundada en el abuso del derecho, en el dolo por presentación de prueba falsa, etc. Por aplicación de las reglas generales, se trataría de una hipótesis de responsabilidad civil extracontractual por culpa, al carecer nuestro ordenamiento en este punto de una norma sobre responsabilidad estricta u objetiva.<sup>(102)</sup>

El primer sujeto legitimado pasivamente será el peticionario que obtuvo dolosamente la medida, o que configuró en su contra alguna de las situaciones que conforme al art. 280 del CPC dan derecho a ser indemnizado.

Un interesante problema de responsabilidad surge a propósito de si el Estado debe indemnizar por los daños que un funcionario público, como lo es el juez, pudo causar al conceder una medida precauto-

ria. Conforme al artículo 328 del COT no existe duda de que los jueces son personalmente sujetos pasivos de responsabilidad civil.<sup>(103)</sup> Hasta el momento nada se ha resuelto en nuestro derecho sobre la responsabilidad judicial del Estado, salvo la hipótesis del error judicial en materia procesal penal (art. 19 N° 7 letra i CPE); sin embargo, pensamos que la falta de norma expresa, en ningún caso, puede significar que exista una hipótesis de exención de responsabilidad del Estado, cuando se produzca un daño por una manifestación incorrección en la concesión de una medida precautoria.

La existencia de un daño por los excesos del juez al conceder la medida se retrata en la sentencia de la Corte Suprema, de 28 de mayo de 1919, que aplicó una medida disciplinaria a un juez. Un considerando del fallo ahorra mayores comentarios sobre el desacierto judicial: "(...) la adopción irregular y violenta de medidas que han podido causar un daño irreparable al litigante contra el cual se dirigieron, ponen de manifiesto que el juez letrado de Valparaíso, (...) no ha administrado justicia en este caso en las condiciones de imparcialidad, de rectitud y de respecto a las leyes, que deben ser la norma constante e invariable de todos los que sirven tan elevadas funciones". En los hechos, se dejó sin efecto la medida precautoria de retención de bienes en poder de un depositario de las mercaderías extraídas de la bodega de la demandada, reemplazándola por un depósito de dinero en un banco.<sup>(104)</sup>

<sup>(100)</sup> CS, 21 de diciembre de 1962, RDJ, t. 59, sec. 1ª, p. 203.

<sup>(101)</sup> Sobre la naturaleza de la presunción y otras cuestiones de interés, cfr. CS, 24 de marzo de 1949, RDJ, t. 46, sec. 1ª, p. 399. Un caso restrictivo sobre la responsabilidad que se genera en este tema, cfr. CS, 20 de junio de 1934, RDJ, t. 31, sec. 1ª, p. 462.

<sup>(102)</sup> Un panorama en la doctrina, cfr. últimamente BADUEL, Maximiliano, BADUEL, Jorge, *Medidas cautelares trabadas indebidamente. Responsabilidad*, B. Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

<sup>(103)</sup> El deber de diligencia que deben cumplir los jueces en esta materia lo reseña muy bien el siguiente considerando de una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, cuando revela: "Que, de lo relacionado aparece evidente que hubo de parte del juez a quo un excesivo apresuramiento al otorgar las medidas prejudiciales precautorias, sin realizar una comprobación exhaustiva sobre la concurrencia de los supuestos legales necesarios para adoptar tal decisión; que refuerza lo anterior y llama la atención el hecho que, pese a lo imperativo de la norma legal respectiva, no se haya requerido la rendición de fianza u otra garantía suficiente a juicio del Tribunal..." (C. de Ap. de San Miguel, 4 de abril de 1989, RDJ, t. 86, sec. 2ª, p. 20).

<sup>(104)</sup> CS, 28 de mayo de 1919, RDJ, t. 17, sec. 1ª, p. 150.

## V. LA TUTELA ANTICIPADA DEL DERECHO

### 1. EXPLICACIÓN PRELIMINAR

La tutela anticipada o de urgencia es un fenómeno procesal que ha cobrado fuerza en el último tiempo, como un mecanismo para conceder eficacia a los fines del proceso jurisdiccional. Se trata de una auténtica reacción contra la demora en la tramitación de los procesos de declaración, mediante la cual se permite anticipar la protección jurídica de fondo sin esperar la sentencia definitiva. La piedra angular de este movimiento está en el cuestionamiento de la sentencia de mérito o de fondo como objeto y fin del proceso tradicional.<sup>(105)</sup>

La tutela anticipada es un sucedáneo, que procura paliar la lentitud en la tramitación de los juicios, permitiendo que en casos graves y urgentes se pueda adelantar el contenido de una sentencia. Como se sabe, conforme al esquema del proceso tradicional, la protección jurídica ordinariamente está reservada al pronunciamiento de la sentencia definitiva, tal como se desprende en nuestro Código de Procedimiento Civil de la definición del art. 158.

En su explicación más básica, se trata de ciertas medidas que pueden adoptar los tribunales para satisfacer un derecho a través de condenas anticipadas, en casos graves y urgentes, sin tener que pasar el solicitante previamente por la tramitación de un juicio de lato conocimiento. Uno de los presupuestos de esta medida es la exigencia de una plena prueba, que permita al juez actuar con un grado de certeza en la concesión de estas medidas. Dentro de los países que han desarrollado esta tendencia está Italia y Francia (el *référé*); en el ámbito latinoamericano, Brasil.<sup>(106)</sup>

<sup>(105)</sup> Una descripción del mecanismo, cfr. MORELLO, Mario Augusto, *Anticipación de tutela*, ob. cit.; DE LOS SANTOS, Mabel, "Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCVI, 1999, pp. 21-28.

<sup>(106)</sup> El art. 273 CPC brasileño, incorporado por la Ley N° 8.952, de 13 de diciembre de 1994, establece: "El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela preten-

La tutela anticipada está limitada sólo a procesos cuyo objeto sean acciones de condena. No podría anticiparse la protección en el caso de acciones de mera declaración ni en las constitutivas, puesto que en ambos casos parece prudente que sólo en virtud de la sentencia definitiva se dé la protección jurídica, poniendo término al estado de incertidumbre jurídica o generando el cambio, modificación o creación de un nuevo estado jurídico.

La tutela anticipada genera una protección diversa de la que conceden las medidas precautorias. En efecto, las medidas cautelares no pueden otorgar satisfacción del derecho, limitándose a asegurar el resultado de la acción; en cambio, la tutela anticipada busca satisfacer, en casos graves, un derecho, en los que la demora de la respuesta jurisdiccional pueda ocasionar un perjuicio irreparable. La diferencia entre tutela anticipada y las medidas cautelares se aprecia nítidamente en lo siguiente:

a) La precautoria es accesoria al juicio, y busca que no se frustre la ejecución de sentencia; en la anticipación se accede al objeto del proceso preventivamente. Como se sabe, las medidas cautelares no pueden satisfacer la pretensión anticipadamente, al exigir una separación entre la medida y el contenido de la sentencia sobre el fondo. Las medidas precautorias protegen sin satisfacer el derecho; en cambio, la tutela anticipada

---

dida en la petición inicial, desde que existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I. Exista fundado temor de daño irreparable o de difícil separación; II. Esté caracterizado el abuso del derecho de defensa o al manifiesto propósito retardatario o malicioso del demandado (...) Concedida o no la anticipación de tutela, el proceso seguirá hasta el juzgamiento final". (Sobre este tema, MARINONI, Luiz G. "La tutela anticipatoria nella riforma del processo brasiliano", en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1984, T. LI, pp. 254-259.

En la legislación italiana esta cuestión recibe el nombre de tutela de urgencia y se recoge en el art. 700 CPC; allí se autoriza a dictar "tutela asegurativa" cuando se teme que la protección del derecho por vía ordinaria no podrá cumplirse, por peligro inminente o irreparable.

reconoce el derecho antes de la sentencia de fondo;<sup>(107)</sup>

b) La tutela anticipada exige la certeza sobre la existencia del derecho, aunque el juez que la concede no declara que el derecho existe, ya que tal pronunciamiento sólo lo hará en la sentencia definitiva, con eficacia de cosa juzgada; en cambio, las precautorias se dictan provisionalmente para tutelar una situación cuya existencia está acreditada, al existir a lo menos una presunción grave del derecho que se reclama, manteniéndose tal situación mientras permanecen sin variar las circunstancias que hicieron admisible la medida cautelar.

Algunos han querido ver una manifestación de la tutela de urgencia en la acción constitucional de protección. Discrepamos de tal tesis, puesto que si así fuera, se trataría de la peor regulación que se puede dar a este instituto, al faltar las exigencias elementales que deben caracterizarlo. En efecto, el Auto Acordado que regula la tramitación de la acción de protección no dispone de ninguno de los contrapesos que ordinariamente se exigen para conceder la tutela anticipada, relativos a la exigencia de plena prueba y a la rendición de una garantía. Lo anterior es sin perjuicio de las hipótesis excepcionales en las que la orden de no innovar ha permitido equiparar su contenido con el de la sentencia de protección, en los términos ya explicados.

<sup>(107)</sup> La tutela anticipada presenta algunos problemas graves para su admisión a través de las precautorias. Una primera objeción proviene del posible prejuzgamiento, ya que estaría reconociendo un derecho que sólo puede ser declarado en la sentencia de fondo; además, hay un posible quiebre al principio de la igualdad procesal, ya que está adelantando la protección jurídica en beneficio de una de las partes sin haber concluido aún el proceso, cuestión que sabemos no debe ocurrir con las precautorias, que no tienen por objeto adelantar el contenido de la acción, sino el de asegurar el cumplimiento de la sentencia definitiva favorable al demandante. Para asegurar tal desequilibrio, los ordenamientos que admiten la tutela anticipada exigen al actor que obtiene tal amparo una caución, para resguardar los derechos de la persona contra la que se concede la protección preliminar del derecho.

## 2. LA TUTELA ANTICIPADA EN EL DERECHO CHILENO

En nuestra legislación el anticipo de tutela no ha recibido un tratamiento general. Sólo se recogen algunas hipótesis aisladas, en las que está presente la anticipación en la protección jurídica antes de la sentencia definitiva. Los casos más notorios son los siguientes:

### 1º) *La concesión de los alimentos provisionales*

Esta anticipación de tutela se concede antes que exista una sentencia definitiva en el juicio de alimentos. Conforme al artículo 327 del CC, “mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, podrá el juez ordenar que se den provisionalmente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demanda obtiene sentencia absolutoria”.

“Cesa este derecho a la restitución, contra el que, de buena fe y con algún fundamento plausible, haya intentado la demanda”.

La tutela anticipada sólo se dará cuando el alimentario haya solicitado los alimentos de buena fe, con fundamento plausible. No se trata de una precautoria, ya que esta última busca asegurar el resultado de la acción deducida y no otorgar satisfacción anticipada del derecho, como claramente ocurre en este caso; aunque no se le conceda el total de la pensión, no hay duda que el actor con la fijación de los alimentos provisorios está consiguiendo la prestación que se le debe.

### 2º) *La ordenanza de pago respecto de la cantidad no disputada*

El artículo 1592 CC dispone que si no hay controversia sobre la cantidad de la deuda o sobre sus accesorios, podrá el juez ordenar mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada.

Si el juez accede a anticipar el pago de las cantidades no disputadas claramente está anticipando la protección jurídica. No es precautoria, ya que la orden de pago

será respecto de lo no discutido irrevocable para el actor que la recibe.<sup>(108)</sup> Se ha estimado, por la jurisprudencia, que se trata de una cuestión distinta de la desacumulación de acciones prevista en el artículo 172 del CPC, ya que en este último caso la cuestión sigue siendo controvertida entre las partes, pero por razones de economía procesal se puede resolver antes que las otras acciones en discusión.<sup>(109)</sup>

### 3°) *La ejecución provisional de la demanda*

En el juicio sumario ordinario, el artículo 684 CPC admite otra hipótesis de anticipación de tutela. Se trata de una sanción procesal al demandado que asume una actitud de rebeldía en el juicio sumario, ya que permite al tribunal acceder provisionalmente a lo pedido.

A nuestro juicio, se trata de una singular forma de tutela anticipada, simplemente porque se accede a la demanda de un modo provisional, sin perjuicio de lo que resuelva en la sentencia definitiva.

### 4°) *La ejecución provisional de la sentencia*

La ejecución provisional de la sentencia es una situación que hace excepción al antiguo principio del Derecho Común: *appellatione pendente nihil innovandum*. Esta singular forma de tutela anticipada se regula a propósito de los efectos de los recursos, específicamente dentro de las sentencias que causan ejecutoria.

Las sentencias que causan ejecutoria no fueron contempladas originariamente en el

Código de Procedimiento Civil; su aceptación se debe a la reforma de la Ley N° 7.760, publicada el 5 de febrero de 1944. Con anterioridad, el antiguo artículo 236 (actual 231) sólo permitía que se pudieran cumplir las resoluciones ejecutoriadas.<sup>(110)</sup>

En términos generales, se trata de resoluciones en las que técnicamente no se ha producido aún la cosa juzgada. No obstante lo anterior, por razones de política legislativa y con el objeto de dar celeridad a los juicios, la ley permite que se puedan cumplir, aunque exista el riesgo que el tribunal ad quem, conociendo de la impugnación, deje sin efecto lo decidido en la sentencia recurrida.

La ejecución provisional permite cumplir los efectos de la sentencia como si ella estuviera firme, generando otra hipótesis de tutela anticipada, ya que el que la obtiene gozará del contenido total de la pretensión admitida en la sentencia, y no de una parte de ella, como ocurre con la concesión de las precautorias. Los casos más claros de esta situación surgen del juicio ejecutivo (arts. 475 y 512 CPC) y en el recurso de casación, cuando su interposición no provoca un efecto suspensivo (art. 773 CPC); allí, al exigirse la rendición de fianza por el interesado en ejecutar provisionalmente el fallo, se obtiene un equilibrio entre los derechos de las partes, que sabemos es un elemento imprescindible de la tutela anticipada.

### 5°) *El cumplimiento anticipado de una servidumbre*

En algunos casos se permite utilizar unas servidumbres, mientras se discute la existencia o la constitución de las mismas. El caso más claro de esta tutela anticipada lo recoge el artículo 123 del Código de Minería, al disponer: "Mientras se tramita el juicio respectivo, el juez podrá autorizar al solicitante para hacer uso,

<sup>(108)</sup> Esta tutela anticipada puede ser muy eficaz en juicios laborales, cuando no se discute acerca de algunas prestaciones evidentes. Se ha fallado que si la cuenta presentada por el demandante contra el curador es impugnada por éste, el saldo no objetado se puede pagar de inmediato (C. de Ap. de Talca, 15 de noviembre de 1904, RDJ, t. 3, sec. 1ª, p. 85). En igual sentido, en el pago por consignación se ha estimado que se puede ordenar el pago de la suma consignada, sobre la que no existe controversia, en el caso que el acreedor impute que lo depositado es una suma inferior a lo que se le debe (CS, 18 de mayo de 1959, RDJ, t. 56, sec. 1ª, p. 26).

<sup>(109)</sup> Cfr. CS, 28 de octubre de 1905, RDJ, t. 3, sec. 1ª, p. 85.

<sup>(110)</sup> Sobre esta reforma, cfr. CASARINO VITERBO, Mario, "Del cumplimiento de las sentencias judiciales civiles", en su obra homenaje *Medio siglo al servicio del derecho procesal*, Valparaíso: Edeval, 1993, pp. 21-45.

desde luego, de las servidumbres pedidas, siempre que rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones a que pueda ser obligado”.

### 3. LAS CONDENAS DE FUTURO

Se trata de una especial forma de tutela preventiva, mediante la cual se permite conceder protección jurisdiccional antes que se consuma la lesión del derecho. Con las condenas de futuro se protege al actor de un inminente peligro de daño futuro, que de consumarse lesionaría gravemente su situación jurídica. Constituyen, en rigor, una auténtica tutela preventiva que se debe dar para precaver el peligro inminente de un daño futuro.<sup>(111)</sup>

En las acciones de condena de futuro se ejercita una acción para obtener la tutela de una prestación futura, que no es todavía exigible. La peculiaridad de esta figura radica en el quiebre del tradicional axioma que las acciones de condena sólo se pueden ejercer cuando se ha lesionado el derecho, esto es, cuando el obligado a realizar la prestación no lo hizo en su oportunidad; en cambio, aquí la tutela jurisdiccional se solicita antes que se incumpla por el obligado, obteniendo el demandante una verdadera condena presente con ejecución futura. En todo caso, tal ejecución se hará realidad si el demandado no cumple su prestación en el tiempo que debe.

Los requisitos de procedencia de las acciones de condena de futuro son: 1º) la existencia de un derecho material a obtener cierta prestación (dar, hacer o no hacer); y, 2º) que la prestación sea exigible (que no haya plazo, modo o condición que lo impida).

<sup>(111)</sup> Un excelente trabajo sobre el tema, cfr. LOPEZ SIMO, Francisco, “Las condenas de futuro”, en *Revista General de Derecho*, Valencia, julio-agosto 1994, Nº 598-599, pp. 8123-8154. Un intento en nuestra doctrina, a nivel de memoria de prueba, cfr. Maite Aguirrezábal G., *Las condenas de futuro*, Universidad de Valparaíso, 1998, pp. 1-126.

### 4. SU ADMISIBILIDAD EN EL DERECHO CHILENO

Las condenas de futuro no tienen un reconocimiento legal expreso en nuestro derecho. Esta temática está a la espera de su desarrollo doctrinal y jurisprudencial.

Para su procedencia se deben sortear varios escollos, a saber:

#### 1º) *El problema de la oportunidad en el ejercicio de la acción*

En su concepción clásica, los instrumentos procesales están concebidos, ordinariamente, para conceder protección jurídica que repare a un justiciable de la lesión de un derecho inferida por el infractor. Los mecanismos de tutela preventiva son de excepción. Bajo tal prisma la protección judicial no puede dar respuesta a problemas hipotéticos o previsibles, sino que debe reaccionar ante hechos de la realidad consumados históricamente.<sup>(112)</sup> Sin ir más lejos, el Código Civil desarrolla el régimen de responsabilidad civil sobre la base de una lesión del derecho ya consumada, centrandó la tutela del afectado preferentemente en la indemnización de perjuicios.

Aunque lo anterior constituye lo normal, no se debe ignorar que pueden existir otras formas de protección jurídica que actúan preventivamente a la consumación de un incumplimiento, como ocurre con las condenas de futuro.

Sólo si se es partidario de un concepto de acción tributario de Celso se puede defender que la acción es una consecuencia de la lesión del derecho.<sup>(113)</sup> Bajo este pris-

<sup>(112)</sup> En esta línea, entre otros, cfr. PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., I, p. 473, not. 76; ORTIZ NAVACERRADA, Santiago, “Notas en torno al concepto de derecho procesal”, en *Actualidad Civil*, Nº 35, 1993, septiembre-octubre, p. 640.

<sup>(113)</sup> *Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi iudicio, quod sibi debetur. De actionibus*, en la Instituta, Libro IV, Título VI. [la acción no es otra cosa, que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe]. Cfr. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, por Ildelfonso L. García del Corral, Barcelona: Molinas, 1889, I, p. 135 (edición LEX NOVA, Valladolid, 1988).

ma se atribuía a la acción la naturaleza de derecho privado y, por lo mismo, se estimaba que la acción era un sinónimo de derecho subjetivo privado. Hasta dicha época la acción significaba tan sólo la posibilidad de acudir a los tribunales para que éstos defendieran un derecho frente a ataques injustificados del adversario. Sólo quien tuviera derecho podía en principio acudir a los jueces. Para hacer valer dicho derecho frente al adversario, la lesión del mismo era insoslayable. Desde la Pandectística Alemana ha sido tradicional considerar que la vulneración del derecho se transforma en un derecho de crédito. Esta visión coincide con una explicación del derecho de acción clásico como una prolongación del derecho material (un apéndice).

Sin embargo, desde que el derecho procesal inicia su desarrollo como disciplina autónoma, que sabemos ocurre en Alemania a partir de la polémica entre los pandectistas sobre la *actio*, librada entre Windscheid y Muther,<sup>(114)</sup> a partir de la cual se dejará de lado la tradicional definición romana de *actio*, nace la necesidad de buscar nuevas explicaciones sobre la acción. En efecto, la vieja concepción de la acción procesal no servirá para explicar, entre otras cuestiones, por qué es posible obtener protección jurídica antes de la lesión del derecho, incluso frente a las amenazas del mismo (como ocurre con nuestra acción constitucional de protección).

## 2º) *El momento en que nace la acción*

La otra censura que se formula a las condenas de futuro atañe al momento del nacimiento de la acción. Esta dificultad se relaciona con una cuestión muy debatida en la doctrina, relativa a fijar el momento en que nace la acción procesal. Mientras se explicaba el derecho de acción como un apéndice del derecho vulnerado (definición de Celso), el corolario lógico era conceder a este instituto como una cuestión puramente instrumental del derecho lesionado; producida la lesión, “nacía la acción”. En efecto, bajo la visión celsiana, es natural que se entienda que los hechos constitutivos del derecho de acción, comprendidos en la denominada causa de pedir, se presenten como un relato de hechos ya acaecidos en el tiempo: la infracción del contrato, la comisión del cuasidelito, el incumplimiento de la obligación, la comisión de una injuria, el no pago de una obligación, etc.

Sin embargo, esta objeción se supera puntualizando que para la existencia de una relación procesal válida se exige sólo la observancia de los presupuestos procesales y no es necesario, en rigor, que exista la acción; si la acción existe, sólo en ese evento el actor tiene derecho a que el órgano jurisdiccional pronuncie una determinada resolución de tutela jurídica solicitada en el proceso. Por lo mismo, para que nazca la obligación del órgano jurisdiccional de pronunciarse sobre el fondo del asunto controvertido basta que las acciones sean afirmadas mediante el acto de la pretensión. El planteamiento anterior se ve reforzado, cuando se puntualiza que el examen de las condiciones de la acción se debe realizar en la sentencia y no en una etapa anterior.<sup>(115)</sup>

Aunque en nuestra jurisprudencia algunas sentencias han establecido como pauta que “es improcedente una demanda que se funda en hechos que sólo que-

<sup>(114)</sup> Existe consenso para fijar como hito histórico de nacimiento del moderno derecho procesal esta polémica. Sobre el tema, cfr. WINDSCHEID, *Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des Heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856; MUTHER, *Zur lehre von der römischen actio, dem heutigen Klage-recht, der Litiskontetation und der singularsukzasion in Obligationen. Eine Kritik des Windscheidchen Buchs*, Erlangen, 1857; *Polemica intorno all' actio*, WINDSCHEID-MUTHER, Firenze: Sansoni, 1954, primera traducción italiana a cargo de E. Heinitz e di G. Pugliese. [Sin embargo no debe desconocerse que otros autores defienden que la autonomía del derecho procesal se encontraría en la obra de VON BÜLOW, *Teoría de las Excepciones Procesales y de los Presupuestos Procesales*, de 1868. Así lo sostiene GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, “El derecho procesal en la hora presente”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 3, 1977, p. 553.

<sup>(115)</sup> En esta orientación cfr., MANDRIOLI, Cristiano, “Riflessioni in tema di ‘petitum’ e di ‘causa petendi’”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1984, T. XXXIX, pp. 464-480.

dan perfeccionados y efectivos después de trabada la litis”,<sup>(116)</sup> o que “el interés en la acción debe ser actual”,<sup>(117)</sup> entendemos que dichas declaraciones no pueden ser concluyentes para desestimar la posibilidad de una condena de futuro. La mejor demostración para rebatir esta posible objeción proviene de la propia Constitución, que autoriza la tutela del derecho frente a una amenaza (art. 20 CPE). Ratifica lo anterior –en la práctica– la magnífica sentencia de la E. Corte Suprema, pronunciada en fecha 30 de agosto del 2001, en el polémico caso de la píldora del día después; allí se sentó un contundente precedente acerca de amplitud que reconoce nuestra Carta Fundamental en la tutela del derecho frente a una amenaza, incluso para tutelar las garantías de un sujeto que existirá al momento previsto para el cumplimiento de una amenaza (considerando 8°).<sup>(118)</sup>

En el plano positivo, nuestro derecho no es contrario a las tutelas anticipadas que actúan precavando la vulneración de un derecho, o incluso antes del nacimiento del derecho. En efecto, en ciertos casos se permite solicitar antes de que nazca el derecho medidas conservativas, como ocurre específicamente en las obligaciones condicionales (art. 1492 CC inc. final). Esta situación no dice relación con alguna precautoria, ya que no existe juicio pendiente sino que se inicia un proceso cuyo objetivo es adoptar estas “providencias conservativas”, con lo cual estamos frente

a una auténtica situación de condena de futuro, preventiva de un eventual incumplimiento.

También el artículo 236 del CPC discurre sobre la base de una posible condena de futuro, en materia de pago de obligaciones periódicas. En rigor, si la obligación no está vencida sólo una condena de futuro podría autorizar su pago antes que exista plazo vencido.

Por otra parte, en materia de juicios relativos al contrato de arrendamiento, los artículos 594 y 595 del CPC discurren sobre la base de una condena de futuro en materia de desahucio, que se ejecuta una vez que llega el día señalado para la restitución.

Con todo, se debe advertir que la condena de futuro es una figura muy excepcional, y que como tal debe ser admitida en forma restringida, debiendo exigir los tribunales un interés en accionar que justifique dicha condena anticipada al incumplimiento. En rigor, el interés vendría dado por el fundado temor a que el deudor no cumpla con su obligación, por tratarse de una persona con manifiesta insolvencia, con deudas impagas, o que se encuentra en otra situación análoga. De lo que se trata, en el fondo, es precaver, a través de una sentencia judicial anticipada, un daño al acreedor.<sup>(119)</sup> El simple temor a que se incumpla una obligación no puede dar lugar a una tutela anticipada, puesto que es un mecanismo de excepción.

<sup>(116)</sup> Corte de Ap. de Talca, 10 de diciembre de 1913, *Gaceta Jurídica* 1913, 2° sem. N° 1095, p. 3157.

<sup>(117)</sup> Así, Corte de Ap. de Santiago, 13 de enero de 1953, RDJ, L, sec. 2ª, p. 17.

<sup>(118)</sup> Causa Rol N° 2.186-2001.

<sup>(119)</sup> La condena de futuro es una situación distinta de la caducidad del plazo del art. 1496 del CC. En la condena de futuro la sentencia existe, pero si una vez vencido el plazo no se cumple por el demandado, se procede a la ejecución del fallo. La condena de futuro no está haciendo exigible la obligación antes del plazo.