Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ
© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 131, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción Nº 260.577, año 2015
Santiago - Chile

Se terminó de reimprimir esta segunda edición
en el mes de julio de 2016

IMPRESORES: Dimacofi Negocios Avanzados S. A.

IMPRESO EN CHILE/PRINTED IN CHILE

ISBN: 978-956-10-2374-1

JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ

TRATADO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DERECHO COMPARADO

Segunda edición

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

A mis amados padres: Hugo Marín Mercado y Silvia González Torrealba, y por su intermedio a todos los profesores normalistas de Chile.

ABREVIATURAS

CIJ	: Corte Internacional de Justicia de La Haya
COT	: Código Orgánico de Tribunales
CPC	: Código de Procedimiento Civil
CPR	: Constitución Política de la República
CPP	: Código Procesal Penal
CS	: Corte Suprema
Fallos	: Revista Fallos del Mes
FNE	: Fiscalía Nacional Económica
Gaceta	: Revista Gaceta Jurídica
LEC	: Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (España)
RDJ	: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales
RP	: Recurso de Protección
TC	: Tribunal Constitucional chileno
TDLC	: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
TEDH	: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
(ex TJCE)	: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN

I

Hace poco más de diez años publiqué este libro en Chile. Desde entonces muchas cosas han sucedido dentro y fuera del país. En términos generales la crisis de la justicia civil se ha agudizado y los Estados han comenzado a apostar decididamente por los denominados métodos alternativos de solución de los litigios (*ADR* por sus siglas en inglés). Algunos autores, incluso, ya hablan de los tres caminos de la justicia civil: el proceso jurisdiccional, la mediación y el arbitraje. El último de los mecanismos mencionados se ha consolidado –en Chile y en el extranjero– como instrumento para resolver conflictos que envuelven importantes sumas de dinero. Si se desea que, en verdad, constituya una alternativa a la justicia pública debería generalizarse y perder el carácter elitista que hasta ahora presenta. La mediación, por su parte, se ha desarrollado en el país primordialmente en el plano familiar y laboral, y en menor medida en los ámbitos vecinal, comunitario, penal y del consumidor. Sus resultados, salvo en materia familiar donde parece funcionar bien, son todavía inciertos.

En cuanto al proceso juridiccional participé en la elaboración de las bases del proyecto de ley de un nuevo Código Procesal Civil (2004-2005); en la redacción del anteproyecto de ley del aludido Código (2005-2006); y, finalmente, en el Foro Procesal Civil que revisó el susodicho anteproyecto (2007-2009). Lo anterior culminó con la presentación que la presidenta Bachelet hizo al Congreso Nacional –el 18 de mayo de 2009– del proyecto de ley que establecía un nuevo Código Procesal Civil (mensaje Nº 398-357). Posteriormente, como se sabe, el presidente Piñera reemplazó el referido proyecto por otro que envió al Congreso de la República el año 2012. Desde

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

entonces ha sido discutido tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados, sin que se avizore una pronta aprobación.[1] En general, se pretende contar con un Código que incorpore en materia civil los principios de oralidad, concentración, inmediación, continuidad y sana crítica que inspiran a los procedimientos que se han previsto en materia penal, familiar y laboral.

En Inglaterra, el mayor cambio llevado adelante en el proceso civil en los últimos cien años –*Woolf Reforms*– dio lugar a las *Civil Procedure Rules* (CPR), el año 1998, con una decidida apuesta por la utilización de los *ADR* en la solución de los conflictos entre particulares, de tal forma de dejar al proceso público como el último recurso disponible para las partes. Este profundo cambio de la justicia civil inglesa fue complementado con la incorporación de la *Human Rights Act* (1998) –en vigor desde el año 2000–; con el establecimiento de un Ministro de Justicia el año 2007; con la abolición de la *House of Lords* como cabeza del sistema judicial inglés y la creación de la *Supreme Court of the United Kingdom*, máximo tribunal de apelación en materia civil en el Reino Unido a partir del año 2009. La reforma del año 1998 fue objeto de varias modificaciones que han acentuado la ideología de conducir a las partes en conflicto a un temprano acuerdo y, de este modo, disminuir los recursos públicos destinados a la justicia civil. El nuevo gobierno británico (mayo de 2015) parece decidido a profundizar en esta línea.

En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 significó un hecho histórico en la administración de justicia en dicho país. Después de más de cien años de vigencia se dejaba atrás la homónima ley de 1881. Fue un cambio que se dilató por mucho tiempo, entre otras razones, por la esperanza que depositó el legislador español en las pequeñas reformas que durante muchos años se realizaron a la ley de 1881. Hacia fines del siglo pasado, finalmente, se comprendió que una nueva modificación a la centenaria ley ya no era viable. Se requería una nueva normativa. Las primeras valoraciones de la LEC 1/2000, en cuanto a su desenvolvimiento práctico, han sido positivas. Con todo, se echa en falta un estudio que analice el desempeño global de la ley en estos quince años de vigencia. Probablemente, la severa crisis económica por la que ha atravesado en los últimos cinco años el país ibérico ha impedido destinar fondos públicos a este tipo de estudios.

[1] El proyecto se encuentra desde el 20 de mayo de 2014 en el Senado de la República, en su segundo trámite constitucional, sin ningún movimiento en todo un año.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

En Italia, uno de los países europeos en los que peor funciona la justicia civil, se promulgó el año 2001 la curiosa *Legge Pinto*, que lleva el nombre del senador que redactó el proyecto normativo, como una forma de establecer por ley la duración máxima que debían alcanzar los procesos judiciales. Lamentablemente, la ley no ha funcionado de manera adecuada y ha venido, más bien, a incrementar los problemas que pretendía remediar. El año 2012 sufrió importantes cambios. Todo indica que estos últimos tampoco van en la dirección adecuada.

II

Tratándose de las medidas cautelares, objeto directo de este libro, podemos apreciar que su auge ha continuado en estos últimos diez años tanto en Chile como en el derecho comparado. En este segundo ámbito téngase presente, por ejemplo, que todo el programa migratorio del presidente Obama, en cuanto a la situación de más de cinco millones de migrantes ilegales en EE.UU., ha sido suspendido por una medida cautelar *(provisional injunction)* concedida por un juez federal de Texas a petición de veintiséis estados de la Unión, y ratificada en apelación por una corte federal del Quinto Circuito (Luisiana). En Inglaterra se han desarrollado dos tipos especiales de *injunctions*: la *Super injunction* y la *Anti Suit injunction*. La primera ha generado una enorme polémica en los últimos años por restringir nada menos que la libertad de expresión. Fue objeto de un abierto debate público cuando tres de los más famosos jugadores de fútbol de la *Premier League* inglesa (John Terry, Río Ferdinand y Ryan Giggs) trataron de obtener una *Super injunction* para evitar que se publicitaran aspectos de sus vidas sexuales. La segunda es una *injunction* que prohíbe a las partes acudir a otra jurisdicción a solucionar sus controversias cuando los tribunales ingleses son competentes para conocer del asunto. Como se comprenderá, este tipo de *injunction* es tremendamente conflictiva porque afecta las relaciones entre distintos países. Se aprecia, asimismo, un importante aumento en la utilización de esta herramienta procesal por parte de los tribunales internacionales que –permanentes o *ad hoc*– han sido creados para solucionar conflictos que involucran situaciones especialmente sensibles para la humanidad. Es precisamente en este ámbito –mucho más que en el plano estrictamente patrimonial de las relaciones civiles– donde más sentido tiene conceder una medida cautelar para evitar un *daño irreparable*. Paradigmático fue el proceso *LaGrand* que

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

conoció la CIJ, por el cual Alemania trató de detener la ejecución de un nacional suyo condenado a la pena capital en EE.UU.

En Chile, por su parte, tenemos ahora una regulación mucho más agresiva en algunas leyes especiales que la que teníamos hace diez años. Dos ideas destacan al respecto: (i) la de entregar un poder cautelar general a los jueces, por ejemplo, en materia laboral; y (ii) la de contemplar medidas innovativas que pueden importar una fuerte injerencia en la esfera de actuación de los sujetos demandados (familiar, propiedad industrial, competencia y ambiental, por ejemplo). En todo caso el legislador debe poner precaución. La regulación de las medidas cautelares en alguna de estas leyes especiales, particularmente en medio ambiente, deja mucho que desear y puede conducir a los jueces por un camino equivocado. Téngase presente, por ejemplo, que en esta última materia se facultó a los jueces ambientales para otorgar medidas de oficio, sin intervención del afectado, sin necesidad de fundamentar su resolución y sin que se hubiere previsto (no al menos expresamente) el recurso de apelación en contra de esta actuación. No se entiende bien, por otro lado, que el legislador desee tener un estatuto diferente de las medidas cautelares cada vez que crea un procedimiento especial. Lo anterior dificulta el entendimiento de estas medidas y hace más engorrosa la uniformidad de criterios que en este ámbito debe existir, en particular en cuanto a los requisitos de concesión de las medidas y en los recursos disponibles por los afectados.

III

En relación con el libro mismo, esta segunda edición presenta importantes cambios tanto de forma como de fondo. Tratándose de los primeros he eliminado la división original que él tenía en dos partes y he adicionado tres nuevos capítulos. He incorporado un índice de los fallos que la obra contiene y un índice analítico de las materias tratadas –referido a los párrafos enumerados que la obra ahora contiene– lo que, sin duda, facilitará su manejo. Es aconsejable que los libros jurídicos en el país incorporen este tipo de índices, especialmente el de los fallos citados. Una de las grandes deficiencias de nuestro sistema procesal es que, en general, no conocemos ni el tribunal que resuelve el conflicto, ni los magistrados que lo intregran. A diferencia de lo que sucede, por ejemplo en EE.UU. o en el Reino Unido, donde los libros jurídicos comienzan con una relación de las sentencias que se analizan *(table of cases)*, en Chile es

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

raro encontrar este tipo de referencias. El libro busca ser un aporte en este sentido.

En cuanto al fondo he modificado y actualizado tanto la introducción como el capítulo primero de esta obra; he actualizado el capítulo segundo y he adicionado un capítulo tercero con la regulación de las medidas cautelares en el derecho inglés. Asimismo, en la parte histórica, he añadido información tanto de España como de algunos otros países de Iberoamérica, especialmente de México. Me parece importante explicar en esta obra lo que en materia de medidas cautelares sucedía en el siglo XIX en la Madre Patria y en la América Hispana. Esto nos permite afirmar que la regulación castellana continuó vigente en los nuevos países hasta bien entrado el siglo XIX, lo cual, por su parte, fue determinante en la (escasa) evolución que estas medidas tuvieron durante buena parte del siglo XX. En el capítulo noveno se analiza el tratamiento de las medidas cautelares en algunas leyes especiales: familiar, laboral, propiedad industrial, ambiental y competencia. Finalmente, he adicionado un capítulo –el décimo– con la regulación de las medidas cautelares reales del proceso penal.

IV

En relación a la jurisprudencia he incrementado el número de fallos citados, en particular los que se han pronunciado en Chile desde el año 2000 a la fecha. Es bueno saber que la jurisprudencia de la Corte Suprema, tratándose de esta materia, se construyó primordialmente por medio del recurso de queja. De acuerdo con una pequeña estadística que he elaborado este recurso representa casi el 55% de los fallos relativos a medidas precautorias citados en este trabajo. La casación, por contraste, alcanza solo el 21%. Con la modificación que estos dos recursos experimentaron el año 1995 (Ley Nº 19.374) casi ha desaparecido la posibilidad de que nuestro máximo tribunal vuelva a resolver asuntos relacionados con estas medidas, salvo cuando siente la necesidad de hacer justicia al caso concreto. A lo anterior se suma el que la mayoría de las leyes especiales que se han ocupado de los temas, laboral, familiar y penal, por ejemplo, hayan previsto expresamente el recurso de apelación como forma de impugnar las resoluciones de los jueces de primera instancia que se pronuncian sobre estas medidas. A partir de 1995, por tanto, la jurisprudencia en esta materia se ha concentrado fundamentalmente en las Cortes de Apelaciones.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

IV

Finalmente, hay muchas personas a quienes deseo dar las gracias por haberme ayudado en la preparación de esta segunda edición. Desde luego una sincera disculpa a quienes podría omitir en este momento. En primer lugar a Víctor García Alcázar, egresado del ITAM, por su constante apoyo en la elaboración de este libro y por la recopilación de una valiosa jurisprudencia proveniente de las revistas *Gaceta Jurídica* y *Fallos del Mes*. A Pablo Lobato, egresado de la Universidad Adolfo Ibáñez, por su incansable revisión de todos los fallos citados de la *RDJ* y la corrección de más de una cita errónea. A Jorge González Gallástegui, por haberle robado horas de estudio a su maestría en Londres y haberme proporcionado un valioso material sobre el derecho inglés. Al profesor del ITAM Paolo Salerno, por haber puesto a mi disposición valiosos artículos, leyes y sentencias del derecho italiano. A Andy Fush, abogado de la Universidad de Chile, por su magnífica disposición en ayudarme con los fallos en materia de competencia. Al ITAM y a la Universidad de Houston (UH) por habernos permitido a Josefina y a mí disfrutar de un estupendo año sabático. A Stephen Zamora, Profesor Emérito de la Universidad de Houston, por su constante preocupación y cariño y gracias a quien gozamos en familia de una inolvidable vida en esa ciudad. Deseo agradecer especialmente a la Editorial Jurídica de Chile, que pese a todos los problemas que la afligen ha decidido publicar esta segunda edición en su magnífica colección de tratados. Con particular reconocimiento y estima a Rosa Da Venezia por haber hecho esto posible y por haberme animado siempre a concluir mi trabajo. Finalmente, ahora sí, en estos más de diez años que han transcurrido desde que este libro fuera lanzado al mercado jurídico, dos hermosos hijos han venido a enseñarnos a Josefina y a mí el difícil arte de (intentar) ser unos buenos padres. A Constanza y a Juan Cristóbal les quiero agradecer todo lo que he podido aprender de esta compleja tarea. Solo mis pequeños, y probablemente con algunos años más de vida, me podrán decir si algo aprendí al respecto.

JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ
Houston, agosto de 2015

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

PREFACIO DE LA PRIMERA EDICIÓN

I

Este trabajo es parte de la tesis doctoral que defendí en la Universidad Carlos III de Madrid, en septiembre de 2001.[2] Él pretende contribuir al desarrollo en Chile de la denominada tutela cautelar. Es un estudio comprensivo de los diferentes problemas prácticos y dogmáticos que el tema plantea. La investigación que ahora presento si bien debiera ser útil para los abogados y jueces chilenos, también problematiza sobre la tutela cautelar en España. Los dos ordenamientos jurídicos, el chileno y el español, son las principales guías de este trabajo. Hay alguna referencia genérica a otros órdenes jurídicos, principalmente al inglés. En el caso chileno se ha incorporado prácticamente toda la jurisprudencia que se ha publicado sobre la materia. También fueron integrados algunos fallos inéditos. La referencia al recurso de protección es mínima, porque en relación con los problemas que él plantea remito al lector al trabajo del que soy coautor con Andrés Jana, *Recurso de protección y contratos*, publicado en 1996 por esta misma casa editorial, hoy agotado, y del cual pronto esperamos finalizar su segunda edición.

He preferido la denominación de *medidas cautelares* a la de *medidas precautorias*, expresión esta última que, como se sabe, se encuentra más ligada a la cultura jurídica chilena. Creo, no obstante, que el primer término –cautelar– es el más adecuado; es el que ha venido

[2] El tribunal estuvo compuesto por los catedráticos de derecho procesal doctores Andrés de la Oliva Santos, Valentín Cortés Domínguez y Manuel Ortells Ramos, por el catedrático de derecho mercantil doctor Rafael Illescas Ortiz y por el profesor de la Universidad de Chile, doctor Enrique Barros Bourie. La calificación fue la máxima que se otorga para este tipo de eventos: sobresaliente *cum laude*, por unanimidad.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

imponiéndose en el ámbito comparado y hacia allá también se dirigen los nuevos textos positivos chilenos. Este es el nombre que, por ejemplo, ha adoptado el nuevo Código Procesal Penal chileno. Por lo demás, la jurisprudencia nacional utiliza los términos precautorio y cautelar como sinónimos. No habrá, pues, mayor dificultad en adaptarse a la terminología utilizada. Supongo que en toda investigación son más los temas que quedan sin desarrollo que los que en definitiva se discuten. En este sentido me hubiese gustado discutir y problematizar sobre muchas otras materias pero, como en el toreo, se acerca el tercer aviso y es prudente ir entregando estos materiales a la editorial.

II

Quisiera que me permitieras, amable lector, agradecer a todas las personas que de una u otra forma hicieron posible esta investigación. Desde ya pido mis más sinceras disculpas a aquellos que por cualquier motivo ahora pudiere olvidar, los cuales, como suele ocurrir, no serán pocos. En primer lugar, a la Agencia Chilena de Cooperación Internacional (ACCI) y a la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) que con sendas becas hicieron posible mi estadía en Europa por casi un lustro. A la Universidad Carlos III de Madrid y a su rector Gregorio Peces Barba Martínez por permitir el trabajo científico en óptimas condiciones y por abrir sus puertas a los estudiantes de Iberoamérica. A la residencia de estudiantes Fernando de los Ríos, donde disfruté mis mejores días en España y donde tuve la fortuna de conocer a Josefina Cortés, mi hermosa mujer. Gracias, también, al departamento de derecho procesal de la mencionada Universidad, en especial a los profesores María José Cabezudo, Raquel Castillejos, Ignacio Colomer, Ignacio Flores, Raquel López, Alfredo Moreno y Elena Soleto. En Chile al estudio Barros, Court, Correa & Abogados, mi casa, por toda la generosa ayuda brindada tanto en mi estadía fuera del país como cuando retorné a Santiago, en especial a mi buen amigo Francisco González. A Industrias Forestales S.A. (Inforsa), en especial a su gerente general Andrés Larraín Marchant por todo el apoyo brindado y por su generoso consejo. También, ¡cómo no!, a mi querida Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y a todos los profesores que contribuyeron en mi formación académica, especialmente a don Mario Mosquera Ruiz y a mi amigo Cristián Maturana Miquel. A todo el personal de la Biblioteca, particularmente a Ricardo Escobar y Marión García. A Luz Muñoz,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Directora de la Biblioteca. A Marcial Martínez. A William García, mi ayudante en la Facultad.

Finalmente, a las tres personas más decisivas en toda mi labor: Víctor Moreno Catena, por su enorme generosidad en el trato que siempre me entregó y por haberme permitido ser uno más de los suyos. Enrique Barros Bourie, quien desde mis primeros años como alumno en la Facultad me orientó y motivó para estudiar fuera del país y, sobre todo, por el enorme cariño que desde entonces me ha brindado. Josefina Cortés, mi bonita mexicana, quien mejor que nadie sabe lo que este trabajo significó en nuestras vidas.

Permítanme, ahora sí para terminar, rendir un pequeño tributo a dos de las personas que más he querido en mi vida y que partieron de este mundo cuando me encontraba estudiando fuera de mi país. Mi abuela, Eda Torrealba Jorquera, y mi primo Hugo Marín Iribarren (Junquito). Ella nos dejó cuando ya nos había entregado todo el amor y cariño que se puede dar en esta vida; él, en cambio, cuando estaba en la flor de la misma. No dejo de recordarlos y extrañarlos a los dos, especialmente las ocurrencias y frases de mi querido primo...

JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ
Santiago, diciembre de 2003

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICIÓN

I

En el trasfondo de este libro late la pregunta recurrente por la eficacia del procedimiento civil. Su objeto preciso son las medidas cautelares, pero el impulso está dado por esa inquietud, que el autor asume sobre la base de una amplia información sobre la evolución del derecho comparado y de un fundamento dogmático muy sólido.

En un régimen de resguardos procesales que procuran asegurar la corrección material de la sentencia definitiva, resulta inevitable la desatención correlativa del valor que tiene la oportunidad como componente de la justicia. A su vez, el carácter de la judicatura como poder público desplaza hacia un segundo plano su naturaleza de servicio público, que debe satisfacer con prontitud bienes esenciales para la fluidez y certeza del tráfico económico y para la protección eficaz de los derechos de las personas. La tarea de agilizar el proceso pasa, en consecuencia, por enfrentar con lucidez los aspectos institucionales, relativos a la organización del servicio de administración de justicia, y los propiamente procesales del procedimiento civil.

El libro analiza los instrumentos ideados para neutralizar los efectos negativos que el largo tiempo de tramitación suele tener en el resultado del proceso. La asfixia de la justicia civil ha sido enfrentada con decisión en otros sistemas jurídicos. No debe ignorarse que en las últimas tres décadas el procedimiento civil ordinario ha sido objeto de reformas sustanciales en los principales sistemas jurídicos europeos, con los fines de favorecer la inmediación entre el juez y las partes, de acortar el tiempo que dure el proceso y de desincentivar el agobio procesal que sufren los demandantes en razón del abuso de incidentes procesales cuya función se ha desvirtuado.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (ART. 79 LEY Nº 17.336)

II

En el marco de esa inquietud más general, el libro analiza las medidas provisionales que el juez puede decretar a efectos de garantizar la eficacia de una sentencia condenatoria o de evitar perjuicios irreparables al actor.

Es interesante constatar la evolución de la tutela cautelar, desde una función exclusivamente aseguradora y protectora del interés que el actor pretende le sea reconocido en la sentencia definitiva, hacia funciones protectoras que atienden derechamente a la urgencia del reconocimiento material de la pretensión. En esta dimensión aparecen como objetos adicionales de cautela el interés del actor de que se mantenga el *statu quo* mientras se decide el asunto y de que se anticipe el resultado del juicio, dándose lugar provisoriamente a la demanda.

El derecho privado establece desde antiguo caminos procesales para satisfacer estos intereses. A efectos de la mantención del *statu quo*, sin que ello suponga pronunciamiento sobre el derecho, se otorgan las acciones posesorias. Y para asegurar que el reconocimiento definitivo de la pretensión no se produzca cuando el mal ya es irremediable, se autoriza al juez para conceder alimentos provisorios. En ambos casos el derecho sacrifica, al menos transitoriamente, la certeza material con el fin de favorecer, respectivamente, la paz y la oportunidad. Son formas provisorias de protección de un interés del actor, cuyo objeto no es asegurar el ejercicio de otro derecho (como, por ejemplo, ocurre con el embargo), sino evitar que entretanto cambie la situación de hecho que es indicio de un derecho; o, incluso, acceder a lo solicitado mientras se discute la procedencia de la pretensión en el mismo juicio o en otro diferente.

Desde el punto de vista procesal, sin embargo, las acciones posesorias y los alimentos provisorios son diferentes entre sí. Las acciones posesorias, ampliadas en la práctica jurisprudencial con las funciones de mantención del *statu quo* asumidas por el recurso de protección entre sujetos privados, dan lugar a procedimientos expeditos que no producen cosa juzgada material, en la medida que la propiedad o el otro derecho reconocido puede luego ser discutido en un juicio de lato conocimiento; sin embargo, se trata de acciones cuya eficacia es independiente de que llegue siquiera a plantearse ese segundo proceso de lato conocimiento.

Por el contrario, al menos técnicamente, los alimentos provisorios son decretados en un incidente planteado dentro del juicio en que se discute si el actor tiene el derecho que reclama. Aunque constituyen un reconocimiento anticipado de la pretensión del

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

demandante, su naturaleza es cautelar, porque tienen por objeto proteger el interés del actor de que no pierda sentido material su pretensión, a consecuencias del tiempo que transcurrirá hasta la dictación de la sentencia. También a este respecto, la protección ha asumido la función típica de los procedimientos de urgencia (como ocurre, por ejemplo, con las acciones relativas a prestaciones de institutos de salud previsional).

El autor refiere rigurosamente la discusión doctrinal respecto a si las medidas que tienen por objeto conceder anticipadamente el derecho que se reclama participan del carácter instrumental, que tradicionalmente ha sido atribuido genéricamente a las medidas cautelares. En la obra se concluye, con razón, que el reconocimiento provisorio de lo solicitado cumple la función de prevenir que la prestación del demandado sea exigible cuando el daño ya se ha consumado. De este modo, ese tipo de medidas conserva, a la manera de las cautelares típicas, el carácter instrumental respecto de lo que se decida en el proceso. Por cierto que el demandado puede cesar la defensa una vez que han sido decretadas (en la medida que el sistema procesal, una vez que han sido concedidas, invierta la carga de llevar adelante el proceso); ello es simplemente un síntoma de que la medida cautelar de anticipación de lo solicitado puede actuar en la práctica como un procedimiento de urgencia, si el demandado no prosigue su defensa. Se pueden inferir las consecuencias de economía de costos y de eficacia del proceso que se siguen de ese temprano reconocimiento del derecho provisoriamente declarado, pues la experiencia muestra que parte importante de los juicios terminan de hecho luego de su otorgamiento (como también ocurre, por lo demás, con las acciones posesorias y los recursos de protección).

En definitiva, aunque el autor, asumiendo una clásica distinción del derecho procesal, establece una línea divisoria entre las medidas cautelares, que son instrumentales respecto de una acción principal, y los procedimientos de urgencia, que también pueden conducir al reconocimiento rápido de lo solicitado, queda en evidencia que unas y otras funcionalmente presentan analogías que debieran ser consideradas en la legislación procesal civil y en la interpretación del derecho vigente.

III

En circunstancias que el objeto preciso de la obra es el análisis de las medidas cautelares, se atiende en detalle a sus características

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

dogmáticas, que se expresan en sus aspectos de provisoriedad (que establece la analogía con los procedimientos de urgencia) y de instrumentalidad respecto de la acción planteada en el proceso de lato conocimiento (que plantea la diferencia con aquéllas). De ahí que la parte central del libro está dedicada al estudio general de las medidas cautelares, con referencia a los orígenes históricos del instituto (especialmente en el derecho español) y a los desarrollos dogmáticos ocurridos durante el siglo XX, desde los grandes procesalistas italianos hasta los aportes de juristas contemporáneos.

En seguida, son analizadas en concreto las medidas cautelares nominadas del Código de Procedimiento Civil, cuya finalidad es asegurar la ejecución de una eventual sentencia condenatoria. El análisis particular del secuestro, la designación de interventor judicial, la retención de bienes y la prohibición de celebrar actos y contratos, sigue una orientación histórica, comparada y jurisprudencial que permite una comprensión de estos institutos especiales en un nivel de análisis que significa un aporte significativo a la doctrina nacional. A ello se agrega el estudio de medidas cautelares provenientes de otras fuentes: por un lado, las que tienen por objeto mantener el *statu quo*, como ocurre con la orden de no innovar en el recurso de protección, y, por otro, las de carácter anticipativo, como alimentos provisorios y otras hipótesis legislativas puntuales.

No es casual que el estudio termine con el análisis de las medidas cautelares innominadas del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil. A pesar de su formulación imprecisa, esta norma abre un camino, en opinión del autor, para otorgar provisoriamente lugar a la pretensión principal del actor en casos de urgencia y a condición de que los antecedentes acompañados en el incidente respectivo permitan inferir la plausibilidad de lo solicitado. Es el camino seguido transversalmente, mediante diversas técnicas, en el derecho comparado, para evitar el perjuicio que se sigue para el actor cuando puede inferirse seriamente su derecho y todo indica que un largo proceso sólo producirá daño a quien *prima facie* está en lo justo. Los riesgos correlativos de desprotección del demandado pueden ser corregidos mediante la caución que el juez puede exigir de conformidad con esa misma norma.

En definitiva, lo esencial radica en el sopesamiento prudencial que el juez debe hacer del interés del actor de que su derecho sea reconocido, lo que supone también una exigencia de oportunidad, y del demandado a no ser sometido a una injusticia. Todo indica que este segundo interés tiene excesiva preponderancia en el proceso civil chileno. El libro muestra que pendientes, como están, las modificaciones más sustanciales que requiere el procedimiento civil, el sistema de medidas cautelares puede contribuir a neutralizar ese desequilibrio.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

IV

La obra de Juan Carlos Marín González es un espléndido aporte al derecho chileno. La tarea emprendida no es simplemente segmentar el laberinto de normas que transforman el proceso y los más importantes recursos en una red de cazabobos, donde se pierde el horizonte de los fines del proceso. Todo sistema procesal civil tiene que enfrentarse con el riesgo de que los instrumentos de justicia y de certeza, que los procedimientos legítimamente persiguen, se transformen en un fin en sí mismos. La consecuencia es que el proceso pasa a ser manipulable por los expertos en los intrincados y artificiosos laberintos, que son retroalimentados por una "ciencia" procesal que pasa a olvidar sus funciones más esenciales.

En el texto sopla el aire fresco de la innovación responsable, basada en la experiencia histórica y comparada y en la razón, que caracteriza al buen pensamiento jurídico. La exposición elude la pedantería infructuosa y la ramplonería del análisis textual que conduce a los vicios conocidos. El trabajo de doctorado del autor en la Universidad Carlos III de Madrid, calificado con todos los honores, ha evolucionado hacia un libro sobre el derecho chileno que empuja la puerta de la muy morosa renovación de nuestro derecho procesal civil. Si algo se le puede reprochar a la obra es más bien que su intención crítica y constructiva permanece a veces latente en su compromiso con nuestras prácticas docentes y jurisprudenciales. Es posible que en esta actitud resida otra demostración del talento práctico del autor, que tiene en vista que todo cambio duradero supone que se asuma respetuosa y reflexivamente la práctica que se pretende superar.

ENRIQUE BARROS BOURIE
Profesor de la Universidad de Chile

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO

0.1. La concepción normativa de las medidas cautelares ha cambiado en Chile. La noción tradicional se construyó en base a la regulación contenida en el título V, del libro II, del Código de Procedimiento Civil (CPC), intitulado *De las medidas precautorias.* Dos son las ideas matrices que destacan de esta construcción: (i) en primer lugar, ellas sirven para asegurar el resultado práctico de la acción, pero en ningún momento pueden anticipar parte o el total de la pretensión del actor. (ii) En segundo término, estas medidas son esencialmente patrimoniales, esto es, pretenden asegurar uno o más bienes en pos de una futura ejecución forzosa. Sobre estas dos ideas, lo veremos, se elaboró todo el edificio dogmático de la tutela cautelar en el país.

En los últimos lustros, sin embargo, diversos cuerpos legales se han apartado de esta tradicional visión. Lo mismo, en parte, hace el proyecto de Código Procesal Civil. Lo anterior no es un fenómeno peculiar de nuestro país sino, como lo veremos, una tendencia muy acentuada en el derecho comparado. Esta situación encuentra en parte su justificación por lo largo e ineficientes que resultan los procedimientos judiciales, y por la esperanza –muchas veces infundada– de que la tutela cautelar va a dar una solución pronta y expedita del litigio. Es cierto que un buen sistema de medidas cautelares constituye un instrumento valioso del cual hoy en día los ordenamientos jurídicos no pueden prescindir, pero de allí a creer que estamos frente a una fórmula mágica que va a finalizar los múltiples problemas que aquejan a los procedimientos judiciales, hay largo trecho que recorrer. Sin ir más lejos, las medidas cautelares presentan varios

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

0.4. Esta fue precisamente la filosofía que inspiró a los códigos procesales decimonónicos que contemplaron diversos mecanismos para resguardar los eventuales derechos del demandante y, de este modo, evitar futuros fraudes a la acción de la justicia, pero sin introducir ninguna innovación en la posesión de los bienes mientras se tramitaba el proceso. Esta filosofía se encuentra perfectamente reflejada en la *Curia Filípica Mexicana:*

> Si el actor precisamente ha de demandar en juicio lo que se le debe y en la manera, lugar y tiempo en que se le debe, sin que pueda entenderse por ningún capítulo en la cosa que demanda, tampoco puede pretender que se haga novedad alguna en la misma cosa demandada hasta que sea terminado el pleito por la sentencia definitiva, porque es un principio elemental de la práctica forense, que *pendiente el pleito nada debe innovarse.* Este principio forma en el código canónico de las decretales, una oración completa, y constituye un título verdadero; y tiene lugar tanto en la propiedad, como en la posesión, como en el uso y en cualquier otro derecho. De aquí es que la cosa que se ha hecho litigiosa a virtud de una demanda, debe conservarse en el mismo estado, sin diferencia alguna, que el que antes de la misma demanda, sin que el actor pueda pretender que se haga en ella la más leve novedad, sino que el reo debe gozarla con la propia libertad que la gozaba antes del litigio. Por la misma razón está establecido en nuestra práctica otro principio, que viene a ser como corolario o consecuencia precisa del anterior. *Ningún juicio debe comenzar por secuestro o embargo de la cosa litigiosa.* Y ambas reglas se fundan nada menos que en la fuerza del derecho natural, que no permite que la voluntad simple de un hombre, sea bastante para causar a otro el más leve perjuicio y trastorno en sus intereses o derechos.

Notable construcción que muestra nítidamente el ideal que regía en el mundo del ayer y cuyo fundamento se hacía descansar nada menos que en el derecho natural. Incluso esta ideología, según lo veremos un poco más adelante, fue la que imperó hasta bien entrado el siglo XX en el Derecho inglés. Ahora bien, incluso bajo este predicamento la legislación de aquel entonces admitía el secuestro y el embargo de la cosa sobre la que se litigaba. Continúa señalando el autor de la *Curia Filípica Mexicana:*

> Secuestro o embargo es un depósito que se hace de la cosa litigiosa, en poder de alguna persona que la recibe en guarda y bajo su responsabilidad. Las leyes de Partida y Recopiladas lo llaman *fieldad,* así como llaman *fiel* al mismo depositario; [...]
>
> Ya que queda sentado, que ningún juicio debe comenzar por embargo de la cosa demandada; mas esta regla tiene, como todas, algunas excepciones. Seis pone la ley de Partida y son las siguientes: [...] Segunda, cuando la cosa litigiosa es mueble y el demandado persona sospechosa, temiéndose que la pueda trasportar, deteriorar o malversar.[7]

favorable". *Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada,* t. IV, Madrid, 1861, p. 241.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

Como se aprecia si se establece que los bienes en disputa permanecían bajo el dominio del sujeto pasivo de la relación procesal –el *reo* en la terminología de la Curia Filípica– quien en principio no perdía ninguno de los atributos que la propiedad daba sobre ellos, era en el entendido de que dichos bienes no sufrirían deterioro alguno, ni serían transferidos en fraude de los acreedores. También esto último se sustentaba en la fuerza del derecho natural: la confianza en la actuación de buena fe del deudor que no iba a realizar ninguna conducta que perjudicase los derechos o intereses de su acreedor. De allí que la regla de no intervención reconocía algunas excepciones que fueron recogidas en los códigos procesales del siglo XIX en los países de Iberoamérica, bajo la denominación de medidas precautorias o conservativas.

0.5. Durante el siglo XX –principalmente a partir de su segunda mitad– la originaria "tranquilidad" del demandado ha sido puesta en entredicho. El objeto sobre el cual se desenvolvían los litigios se ve alterado; surgen nuevos textos positivos (familia, laboral, ambiental, propiedad industrial, competencia, etc.) que no comparten del todo la filosofía antes vista.

La sociedad actual controvierte los cimientos sobre los cuales descansaron los procesos judiciales en el siglo XIX y en buena parte del XX. Lo anterior, en nuestra parcela, se ha traducido en un cuestionamiento de los propios fundamentos de la tutela cautelar, alterándose la finalidad que de manera tradicional cumplió. En esta materia en forma paulatina se ha avanzado de una concepción eminentemente conservativa o precautoria, hacia un plano innovativo o anticipativo en la solución del litigio. Esto nos conduce a preguntarnos por los fines que la tutela cautelar cumple.

[7] *Curia Filípica Mejicana,* 1858, edición facsimilar, Porrúa-UNAM, México, 1991, pp. 163 y 164. La misma inspiró al CC chileno. El artículo 902 del referido Código, sin modificación desde su promulgación en 1855, señala: "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". Agregando el inciso segundo de la referida norma: "Pero el actor tendrá derecho de provocar las *providencias necesarias* para evitar todo deterioro de la cosa, y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía". (Énfasis añadido).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

inconvenientes que –en manos de jueces poco preparados– pueden transformarse en herramientas sumamente abusivas.[3]

2. Breve evolución de la tutela cautelar

0.2. Las medidas cautelares permiten a los jueces resolver con calma el fondo de la controversia. Hay algunas actividades que requieren tiempo para desarrollarse de manera apropiada. A quienes les gusta la cocina saben que un buen alimento requiere de un tiempo prolongado de preparación y cocción. Todo melómano sabe que una buena obra musical tarda tiempo en componerse. Al que le agrada la literatura o la pintura sabe que un buen libro, o un buen cuadro, no se redacta, ni se pinta, de la noche a la mañana. Los procesos judiciales, en general, no son diferentes. También requieren de un tiempo –razonable, se agrega– para resolver quién de las partes tiene la razón. Pero este tiempo, necesario para que las afirmaciones de las partes puedan ser probadas y, en definitiva, para lograr la convicción en el juez al momento de resolver el litigio puede transformarse, paradójicamente, en el gran enemigo del proceso y, como se comprenderá, en el principal obstáculo que encuentra el sujeto activo de la relación procesal. Al respecto, no se olvide que desde antiguo rige el principio de que durante la tramitación del procedimiento nada debe innovarse en él *(lite pendente nihil innovetur)*. Esto encuentra su fundamento en la incertidumbre que todo proceso conlleva, indecisión que sólo se dilucida una vez que se

[3] De hecho las medidas cautelares han sido referidas como "bombas nucleares" al interior del procedimiento civil inglés. *Donaldson, Bank Mellat v. Nikpour* (1986) F.S.R., pp. 87-92, *"one of the law's two nuclear weapons"*. A ello se añade, como indica Andrews, que dicha metáfora nos puede poner a todos nerviosos, especialmente desde el momento que los tribunales ingleses han sugerido que una solicitud de este tipo de órdenes, bien presentada, será muy difícil que sea denegada. "Si es esto correcto, lo que se sigue es que es el abogado, y no el juez, quien tiene en sus dedos el detonador nuclear". *Principles of civil procedure*, Londres, 1994, p. 160. Incluso, no hace mucho el título de un libro ha continuado con la metáfora bélica. Véase *The real legal weapons: Interim measures in civil and criminal cases.* Sandra de Vito y Mark Beardworth (editors). Dike, Zurich, 2009. Desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado por violación de tratados bilaterales de inversión en la adopción indiscriminada de medidas cautelares véase Prieto, María José, "Expropiación indirecta por medidas cautelares en procedimiento tributario", en Revista Chilena de Derecho, vol. 39 Nº 3 (2012), pp. 809-817. En contra de esta preocupación y con plena confianza en la judicatura y en el sistema recursivo véase Núñez, René y Cortés, Mauricio, *Derecho procesal de familia* (la primera reforma procesal civil en Chile), Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 177.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

dicta la sentencia definitiva y, más precisamente, una vez que esta adquiere firmeza.

Si bien lo anterior es correcto, no puede hacernos olvidar que de una u otra forma favorece la posición del sujeto pasivo de la relación procesal, el cual puede esperar con "tranquilidad" el desarrollo completo del *iter* procesal, sabiendo que durante ese tiempo el objeto sobre el cual se litiga permanecerá en su poder y que su patrimonio no sufrirá detrimento alguno.[4] Carnelutti a este respecto observa que "cuando dos contienden acerca del disfrute de una cosa, se halla en posición indiscutiblemente superior el que la posee. Las razones de esta superioridad son prácticas e intuitivas: basta, para mencionar una de ellas, imaginar la hipótesis de dos aspirantes a una herencia importante, poseída por uno y reclamada por el otro: el poseedor tiene, por lo menos, sobre su adversario, y con mayor motivo si este no cuenta con otros bienes de fortuna, la ventaja de sacar de la propia cosa controvertida los medios para sostener el proceso".[5]

0.3. Frente a esta realidad, y a efectos de no hacer ilusorio el cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte acogiendo la pretensión del demandante, los ordenamientos jurídicos de tradición continental han previsto desde antaño una serie de medidas que englobadas bajo diferentes nombres (cautelares, precautorias, conservativas, aseguratívas, provisionales, entre otros) buscan –precisamente– asegurar la efectividad de dicho cumplimiento.[6]

[4] Sin perjuicio, claro está, de que puede además tomar acciones que hagan desaparecer sus bienes, transferirlos, deteriorarlos, y emplear cuanto recurso procesal tenga a su alcance a efectos de dilatar el proceso incoado en su contra. Storme sobre este punto refiere que a pesar de la enorme importancia que hoy en día tiene el tema de la duración de los procesos judiciales, ningún avance se ha logrado al respecto, con la excepción de algunos procesos especiales como *Mahnverfahren* y pequeñas demandas. En su parecer tres razones fundamentales pueden ayudar a explicar esta situación: a) Fifty percent of citizens do not want the case to be concluded quickly: what debtor never dreamed of letting his debt drag on for years at a low rate of interested? We allowed our courts to degenerate into banks with low rates of interest [...]. "Introductory addres" en *The Law's delay (essays on undue delay in civil litigation)*, CH van Rhee (ed.), Intersentia, 2004, p. v.

[5] Carnelutti, *Sistema de derecho procesal*, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo, t. I, Buenos Aires, 1944, pp. 249 y 250.

[6] Así, Manresa y Reus, a propósito del embargo preventivo español regulado en la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, señalaban que "en todos [los] tiempos han adoptado las leyes medidas provisionales en beneficio de los acreedores, para que en su día pudieren conseguir el reintegro de lo que se le adeudaba o la reivindicación de la cosa, en el caso de que llegaren a obtener una sentencia

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

3. Finalidad de las medidas cautelares

0.6. En términos simples se puede afirmar que estas medidas persiguen dos fines: conservativos, por una parte, e innovativos, por la otra. Los primeros nunca han presentado problemas; los segundos, en cambio, han sido objeto de un mayor cuestionamiento.

3.1. *Finalidad conservativa*

0.7. Estamos frente a medidas que ejecutan la finalidad tradicional de esta tutela, a saber, aquellas que sirven para "facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma".[8] En el ordenamiento procesal civil chileno se puede pensar en las medidas precautorias previstas en el título V del libro II del CPC (secuestro, intervención y retención, por ejemplo), que en definitiva buscan asegurar un conjunto de bienes con miras al cumplimiento posterior del fallo. Lo mismo, por ejemplo, con la guarda y aposición de sellos que en materia sucesoria prevén los artículos 1222 a 1224 del CC. Dispone el primero de los artículos referidos: "Desde el momento de abrirse una sucesión, todo el que tenga interés en ella, o se presuma que pueda tenerlo, *podrá pedir que los muebles y papeles de la sucesión se guarden bajo llave y sello, hasta que se proceda al inventario solemne de los bienes y efectos hereditarios.* No se guardarán bajo llave y sello los muebles domésticos de uso cotidiano, pero se formará lista de ellos. La guarda y aposición de sellos deberá hacerse por el ministerio del juez con las formalidades legales".[9]

Son medidas cuyo principal objetivo es conservar la situación de hecho o de derecho que se ve amagada por un preciso *periculum* que cada medida regula en concreto. Así, por ejemplo, si el conflicto surge debido al cuestionamiento de las facultades de quien aparece

[8] CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, p. 56.

[9] SOMARRIVA, refiriéndose a esta figura, señala que este "derecho consiste en que después de efectuada la apertura de la sucesión y mientras no se hace inventario solemne de los bienes hereditarios, todos los muebles y papeles de la sucesión se guardan bajo llave y sello, a fin de que no desaparezcan". Añadiendo de inmediato que "esta es una medida conservativa que tienen los acreedores a fin de que sus derechos no sean burlados por los herederos. Por eso se menciona generalmente entre los derechos auxiliares que tienen los acreedores para defender sus créditos". SOMARRIVA, MANUEL, *Derecho sucesorio*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed., Santiago, 1988, p. 423.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

como propietario de una cosa y se ejerce en su contra una acción real (v. gr., la de dominio), será suficiente para evitar el peligro de que la cosa desaparezca o se deteriore con privar al aparente propietario de alguna de las facultades que legalmente ejerce sobre ese concreto bien. Si lo que se utiliza, en cambio, es una acción personal (por ejemplo, la indemnizatoria por el incumplimiento de un contrato, o por la comisión de un hecho ilícito) y lo que se demanda es el pago de una determinada suma de dinero, será suficiente para evitar el riesgo de insolvencia del sujeto demandado con privarlo de la disposición jurídica de uno o más bienes integrantes de su patrimonio.

Sin duda son las diferentes medidas cautelares que integran esta categoría, con sus respectivos fines conservativos o asegurativos, las que constituyen la base de toda construcción dogmática que pretenda realizarse en torno a esta tutela. El cuestionamiento que en las últimas décadas se viene realizando de los fines que tradicionalmente esta tutela ha cumplido no pasa en ningún momento por eliminar de su estudio estas medidas. Son fundamentales y su utilidad práctica es innegable. En el Proyecto de Código Procesal Civil son las que tienen la regulación más acabada. En la LEC son, en general, las únicas que se tratan directamente con este nombre.[10] En el derecho inglés ha sido un tipo de medida conservativa *(freezing injunction)* la que mayor desarrollo ha tenido en los últimos cuarenta años. En el derecho internacional, según lo veremos un poco más adelante, juegan un papel fundamental. El año 1972 la Corte Internacional de Justicia (CIJ) –*International Justice Court*– a propósito de los conocidos *Fisheries Jurisdicction Cases*[11] *se refirió de manera incidental a estas medidas reguladas en el art. 41 de su estatuto. Señaló en aquella oportunidad:*

[10] Artículos 726 y 727 de la LEC.

[11] *ICJ Reports* 1972. En términos muy simples el proceso aborda el problema de derechos de pesca en aguas que rodeaban Islandia. Durante mucho tiempo barcos de distintas nacionalidades habían pescado en dichas aguas. Sin embargo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial debido a la nueva tecnología que los barcos pesqueros utilizaban, la preocupación de Islandia aumentó porque se había puesto en grave riesgo la fauna marina del lugar. Islandia, entonces, modificó su legislación y aumentó la zona exclusiva de pesca. Lo anterior generó problemas con algunos países. En 1961 se suscribió un tratado entre Islandia e Inglaterra para solucionar el impase. El año 1972, sin embargo, el parlamento de Islandia declaró de manera unilateral que el tratado de 1961 debía revocarse, porque las circunstancias que se tuvieron presente al momento de suscribirlo –diez años antes– habían cambiado. Inglaterra y Alemania demandaron a Islandia ante la CIJ. Fue a propósito de este proceso que la CIJ hizo la declaración relativa a las medidas provisionales.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

"Whereas the right of the Court to indicate provisional measures as provided for in Article 41 of the Statute has as its object to preserve the respective rights of the Parties pending the decision of the Court, and presupposes that irreparable prejudice should not be caused to rights which are the subject of dispute in judicial proceedings and that the Court's judgment should not be anticipated by reason of any initiative regarding the measures which are in issue".[12]

Como se aprecia, para la CIJ las medidas provisionales tienen un fin primordialmente precautorio: conservar los derechos de las partes mientras se encuentra pendiente la decisión final del asunto. Lo mismo sucede en materia de arbitraje comercial internacional en el cual los fines que cumplen las medidas provisionales son proteger los derechos de las partes mientras se encuentra pendiente la decisión de fondo, evitando, por ejemplo, que las partes trasladen sus bienes de un lugar a otro, que destruyan importantes medios de prueba o que alteren el *statu quo* existente cobrando, por ejemplo, determinadas boletas bancarias en violación de lo pactado por las partes. Cuando se habla de medidas provisionales *(interim relief)* en el derecho y en el arbitraje internacional se piensa, en general, en medidas conservativas de los derechos de las partes y no en medidas innovativas.

3.2. *Finalidad innovativa*

0.8. Esta finalidad ha sido la que más problema ha generado en la doctrina comparada. Así en el derecho español, a propósito de la regulación realizada por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, se había observado que "Como antes se adelantó, la que se adopte como medida cautelar debe ser *semejante* ("parecida" u "homogénea", si se quiere) a la medida ejecutiva que en su día deba acordarse para la efectividad de la sentencia. De esta semejanza dependen por igual su utilidad y su licitud. El legislador, cuando regula una medida cautelar o el Juez cuando la ordena apoyándose en una autorización genérica, deben intentar siempre obtener, para el caso concreto, este difícil equilibrio: adelantar, de un lado, el mayor número posible de

[12] "Considerando que la facultad de la Corte para recomendar medidas provisionales, según lo previsto en el art. 41 de su Estatuto, tiene como objeto resguardar los respectivos derechos de las partes pendiente la decisión de la Corte, y presupone que no se debe causar un daño irreparable a los derechos que son objeto del proceso judicial, y que la decisión de la Corte no debe ser anticipada en virtud de iniciativa alguna con respecto a las medidas en cuestión". *ICJ Reports* 1972, para. 21. (Traducción libre).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

actuaciones ejecutivas (para asegurar su eficacia), y poner extremo cuidado, de otro, *en que tales medidas no produzcan los perjuicios irreparables que causaría la ejecución de la sentencia, pues se estaría, entonces, adelantando la ejecución sin que exista título ejecutivo (o lo que es igual, sin que el demandante haya acreditado su derecho a la tutela, y sin que el juez esté facultado para penetrar en el patrimonio del deudor)*".[13] La discusión parece haber sido zanjada normativamente por la LEC que en su art. 726.2. contempla la posibilidad de que se adopten *como medidas cautelares* "[...] las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte".[14]

En Chile la jurisprudencia sistemáticamente rechazó medidas en las que se pretendió alejar de los fines estrictamente conservativos y patrimoniales. Así la Corte de Apelaciones de Antofagasta al resolver un recurso de queja –que la Corte Suprema hizo suyo al desechar la apelación interpuesta en su contra– señaló:

> Que, por su naturaleza, la institución de las medidas precautorias tiene *como único y limitado objetivo el de asegurar el resultado de la acción deducida* (c. 1º.); Que en la especie se ha pedido que se decrete desde luego, y sin previa notificación como medida precautoria, *la inmediata reincorporación en los cargos que desempeñaban los demandantes* en la Compañía del Cobre de Chuquicamata S.A. en juicios del trabajo sobre nulidad de despidos (c. 2º.); Que, a juicio de esta Corte no puede estimarse que "existan razones graves" para ordenar desde luego el cumplimiento de las precautorias solicitadas, *en atención a que no se observa, con los antecedentes reunidos, que las susodichas medidas tienden a asegurar el resultado de la acción, toda vez que no procede confundir el 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 –aún entendiendo en la forma más amplia las finalidades de las precautorias– podría significar autorizar de manera encubierta a un Tribunal a decretar una verdadera orden de* no innovar *a lo obrado por particulares*

[13] FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, t. III, 3ª ed., segunda reimpresión, Madrid, 1994, pp. 338 y 339 (el destacado es nuestro). En el mismo sentido GUTIÉRREZ DE CABIEDES, observa que "otro elemento básico de toda medida cautelar es la homogeneidad pero no la identidad entre la medida que se pide y el derecho sustantivo deducido en el proceso". Ahora bien si esta homogeneidad, agrega el referido autor, "fuera tan absoluta que la medida cautelar llegara a identificarse con el derecho sustantivo cuya cautela se pide, se concluiría en el extremo opuesto, es decir, en la ejecución adelantada del derecho. En este caso, la medida dejaría de ser cautelar y se convertiría en una auténtica medida ejecutiva, se obtendría una ejecución adelantada, o sin título suficiente para la misma. Las medidas cautelares, como tantas veces hemos dicho, tienden a ser posible una ejecución, pero no a adelantar esta o a confundirse con ella". "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", en *El Sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, p. 16.

[14] C. fr. PÉREZ DAUDÍ, VICENTE, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Atelier, 2012, Barcelona, pp. 47 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

en relación, precisamente con los hechos que motivan el litigio (c. 3º.); Que, por otra parte, el Código del Trabajo es categórico en su artículo 542 en establecer que en los procedimientos que regla el juez puede decretar medidas precautorias a petición de parte "sobre bienes determinados" disposición que por su naturaleza debe interpretarse restrictivamente, pues las medidas precautorias son normas de excepción *de lo que se colige que solo deben recaer sobre bienes y no sobre situaciones de otra índole,* como hasta el momento parece ocurrir en autos, de lo que fluye que no es adecuado decretar de inmediato una medida como la en análisis (c. 4º.); Que, la juez recurrida al decretar las medidas precautorias que motivan el recurso, en las circunstancias que se han señalado, ha incurrido en falta susceptible de ser reparada por la vía disciplinaria".[15]

Como se aprecia se niega que estas medidas puedan tener fines más amplios que los asegurativos, y se descarta de plano que dichos fines puedan ser anticipativos de la pretensión deducida, como sería la inmediata reincorporación de los trabajadores en los cargos que desempeñaban los demandantes en la Compañía. Se aprecia, asimismo, que las medidas tienen un contenido eminentemente patrimonial, de lo que se sigue "que solo deben recaer sobre bienes y no sobre situaciones de otra índole". En este mismo sentido la Corte Suprema también ha resuelto que "es inaceptable la medida precautoria en cuanto tiende a que por ella se decida que las cosas no pueden calificarse de comunes y se establezca, desde luego, que el poseedor no podrá ser privado del goce exclusivo de los bienes. *Pretender que mediante un decreto de precautorias se altere la naturaleza jurídica de los bienes, significaría un prejuzgamiento de la cuestión de fondo, concediendo en el hecho, desde luego, lo que no puede ser sino un resultado del fallo del juicio*".[16] Descartándose de plano que estas medidas puedan tener otros fines que los meramente precautorios.

[15] RDJ, t. LXIX, (1972), segunda parte, sec. 3ª, pp. 26 y 27. También en *Fallos* Nº 160 (1972), pp. 16 y 17. En el informe que los ministros de la Corte de Apelaciones de Antofagasta deberieron emitir con motivo del recurso de queja aclaran que "los recurrentes solicitaron como medida precautoria su inmediata reincorporación al cargo que desempeñaban y agregaron que, sin perjuicio de su tramitación ordinaria se ordenara llevarla a efecto desde luego, antes de notificarse a la demandada fundándose en lo dispuesto en el art. 302 del CPC. Es decir, que no solo se pedía la reposición inmediata a sus cargos, sino que tal reincorporación se hiciera "desde luego" y "antes de notificar a la demandada". La señora juez concedió traslado a la solicitud de precautoria y accedió a que se llevara a efecto desde luego sin previa notificación a la demandada". Cuando analicemos la forma como se tramitan estas medidas veremos que en este caso la juez tramitó incidentalmente la petición (traslado) y otorgó provisionalmente la medida.

[16] RDJ, LVIII (1961), segunda parte, sec. 1ª, p. 222 (el destacado es nuestro). También se ha resuelto: "Que, por lo tanto, la aludida medida precautoria no impide proceder a la designación de administrador pro-indiviso de todos los bienes

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

0.9. Tal vez el carácter de homogeneidad que pronto la doctrina española predicó de estas medidas según lo mostraremos en este libro, haya influido para retrasar la llegada de medidas con fines innovativos en el derecho español, situación que puede haberse repetido en el país al adherir parte de nuestra doctrina a dicho carácter.[17] Pero en Italia tal inconveniente no se presentó. Así, CALAMANDREI en 1936 ya había advertido que ciertas medidas cautelares decidían interinamente una relación controvertida, de cuya indecisión podrían derivarse a una de las partes daños irreparables. En estas medidas, que el autor italiano denominaba del tercer grupo o del grupo "c", la providencia cautelar consiste "precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario".[18]

comunes heredados por don [...]". "Que aunque lo dicho es suficiente para resolver la cuestión materia de la apelación, conviene agregar, a mayor abundamiento, que los bienes que forman la herencia de don [...], sobre los cuales se alega dérecho exclusivo, no han perdido, por tal alegación, su calidad de comunes, como tampoco por estar sometido el litigio el derecho de dominio, quedan excluidos de las medidas conservativas que mientras se decide la litis deben tomarse en resguardo de los derechos de todos los interesados. *Lo contrario conduciría a dejar entregada a la mera voluntad de quien alegara derecho exclusivo, por el solo hecho de invocarlo, la condición actual de los bienes y la pérdida inmediata del derecho de cautelar su conservación y giro, o sea, que desde luego, se producirían los efectos propios del acogimiento por sentencia definitiva firme de las acciones de nulidad y reivindicatoria, lo cual es notoriamente antijurídico*". RDJ, LX (1963), segunda parte, sec. 2ª pp. 168 y 169 (el destacado es nuestro).

[17] Véase TAVOLARI, "La orden de no innovar en el recurso de protección (una manifestación de la tutela cautelar en el Derecho chileno)", en *Justicia* III (1992), pp. 685 y ss.

[18] CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., pp. 58 y 59. Inclusive en la misma obra, CALAMANDREI había tenido oportunidad de observar que "la calificación de "cautelares" (o asegurativas, que es sinónimo) es la más apropiada para indicar estas providencias, porque es común a todas la finalidad de constituir una cautela o aseguración preventiva contra un peligro que amenaza. *Pero no todas las providencias cautelares son conservativas:* pudiendo en ciertos casos la cautela que mediante ellas se constituye *consistir no en la conservación, sino en la modificación del estado de hecho existente.* En todos los casos en que uno se encuentra frente a un estado de hecho de tal manera que, si la providencia principal pudiera ejecutarse inmediatamente, su eficacia se traduciría en frutos prácticos, la providencia cautelar mira a conservar aquel estado de hecho, en espera y con el objeto de que sobre el mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos (por ejemplo, el secuestro conservativo que determina la indisponibilidad en cuanto a la futura ejecución forzada de los muebles hoy existentes en poder del deudor); *pero otras veces, cuando se trata de que la futura providencia principal constituya nuevas relaciones jurídicas o bien ordene medidas*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

CARNELUTTI, por su parte, refiriéndose a lo que denominó proceso cautelar innovativo, señaló que "otras veces, de lo que se trata no es de eliminar una peligrosa desigualdad entre los litigantes, sino de anticipar proveimientos que si recayesen en el momento normal, perderían en todo o en parte su eficacia".[19]

En Chile, como hemos avanzado, la discusión se ha sido resolviendo normativamente –al menos en algunos ámbitos de esta tutela–, según lo veremos hacia el final en este libro, aun cuando se han cometido algunos excesos por el legislador particularmente en materia ambiental. En verdad en buena medida la situación depende del objeto sobre el que recae la disputa. Hay algunas materias en las que la anticipación es más simple, o más razonable y rara vez se ha discutido su procedencia (alimentos, propiedad industrial, violencia doméstica, denuncia de obra nueva, competencia, por ejemplo). Hay otras, en cambio, en las que no parece pertinente dicha anticipación (demanda de daños y perjuicios por un supuesto incumplimiento contractual o una acción reivindicatoria). En estas últimas materias no es prudente anticipar parte de la disputa antes de que se dicte la sentencia que resuelva el conflicto.

Como muchos eventos, por tanto, es una situación de equilibrio. A *priori* no deben descartarse fines anticipativos en la tutela cautelar. Debe, eso sí, exigirse una concreta previsión legislativa porque, reitero, hay materias en las que anticipar parte o el total de la pretensión es lo sensato y hay otras en las que debe ser rechazada. Frente a este dilema es el legislador quien debe tomar la decisión *ex ante* de tal forma de facilitar la labor de adjudicación del juez y evitar, de este modo, un activismo judicial fomentado por alguna doctrina comparada.[20]

innovativas del mundo exterior, la providencia cautelar, para eliminar el daño que podría derivar del retardo con el que la providencia principal podrá llegar a constituir tales efectos, debe tender ya no a conservar el estado de hecho existente, sino a operar en vía provisoria o anticipada, los efectos constitutivos e innovativos que, diferidos, podrían resultar ineficaces o inaplicables (se puede pensar, por ejemplo, en el derribo de un árbol que ofrece peligro [...]; o en la providencia de urgencia con que el proceso de separación personal el presidente constituye provisoriamente, a cargo de los cónyuges, la obligación de pasar alimentos al otro". Introducción..., op. cit., pp. 48 y 49. (El destacado es nuestro).

[19] CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal, op. cit.*, p. 250.

[20] Tengo en mente, primordialmente, la labor de la doctrina argentina de los últimos veinte años en esta materia, que ha sido seguida de manera un tanto irreflexiva por algunos autores en Chile. En ese sentido, la labor del jurista ha sido expresada con palabras singularmente claras por BASCUÑÁN RODRÍGUEZ: "A pesar de lo anterior, en su papel de intermediario entre la aplicación del derecho

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

0.10. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de referirse a estas medidas. Con motivo de una iniciativa de ley, enviada por el presidente Piñera el año 2012, que busca reformar la Ley Nº 19.039, de propiedad industrial, un grupo de senadores recurrió al Tribunal Constitucional pidiendo la declaración de inconstitucionalidad de los incisos 2º y 3º del art. 112 B. De cara a este cuestionamiento el TC señaló:

> Que la primera de las impugnaciones que los requirentes formulan dice relación con el indebido privilegio que, en su opinión, importaría la concesión de una medida precautoria de suspensión de registro sanitario a favor del titular de una patente sobre el principio activo incluido en el medicamento de cuyo registro se trata [...]. En tal caso, a juicio de los objetores, se estaría incurriendo en una discriminación arbitraria en perjuicio de los productores de un fármaco genérico que incorpora el mismo principio activo amparado por una patente, en circunstancias de que la protección del titular de la patente podría obtener sin recurrir a tal arbitrio procesal extraordinario. (c. 5º);
>
> Que el privilegio indebido que advierten los requirentes en la adopción de la referida medida precautoria, en realidad no es tal, pues este tipo de providencias procesales tiene precisamente por objeto asegurar el resultado de la acción deducida y, en el caso preciso de la que prevé el proyecto, impedir que se consume una infracción del derecho invocado por el actor. *Esto es propio de toda medida precautoria de índole anticipatoria*, plenamente justificada por la verosimilitud del derecho invocado y del riesgo de vulneración que se cierne sobre el mismo, de modo que su consagración en este caso mal podría configurar una discriminación arbitraria en beneficio del titular de la patente farmacéutica y en desmedro de los interesados en producir medicamentos similares que empleen el mismo principio activo del producto patentado" (c. 6º).[21] (Énfasis añadido).

No me queda tan claro si el TC fue consciente del alcance de los considerandos recién vistos, especialmente del último de ellos. Lo que no hay duda, en todo caso, es que después de este fallo es bastante más complejo argumentar que en nuestro sistema procesal las medidas cautelares solo cumplen un fin conservativo.

vigente y su reforma, la tarea del jurista pasa por constatar y exponer el fenómeno de la desobediencia judicial responsable, para hacer responsable al legislador. Lo que no puede hacer el jurista es ocultar la irresponsabilidad legislativa y la desobediencia judicial, asignando a la decisión del legislador un sentido del que carece para proveer una justificación falaz a la decisión del juez. Por esa vía se inmuniza al sistema jurídico respecto del sistema político, en circunstancias que lo que se requiere es que el sistema político asuma y satisfaga las demandas de definiciones racionales que le plantea el sistema jurídico". "El robo como coacción", en Revista de Estudios de la Justicia, Nº 1 (2002), p. 61.

[21] TC, rol 2411-2013, 22 de marzo de 2013.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

4. El Recurso de Protección y la tutela cautelar

0.11. El recurso de protección es una acción prevista en el art. 20 de la Constitución Política que protege al que producto de una acción u omisión, arbitraria o ilegal, de una autoridad o de un particular, sufre una privación, perturbación o amenaza en el legítimo desempeño de una de aquellas garantías constitucionales que la propia disposición señala.[22] Desde su nacimiento, hace casi cuarenta años, ha tenido una enorme expansión. Los abogados suelen acudir a él en prácticamente todas las materias imaginables, tanto en conflictos que se desenvuelven con la autoridad como entre particulares. En este sentido, como ha observado Barros, desde el punto de vista comparado "la protección constituye una acción muy atípica, pues no es usual que los tribunales apliquen directamente la Constitución en la resolución de conflictos [...]. En este contexto complejísimo de jurisdicciones constitucionales no es extraño que el recurso de protección se haya desarrollado como una acción que cumple funciones específicas que exceden su sede estrictamente constitucional".[23]

0.12. En ciertos aspectos la protección presenta algunos puntos de conflicto con las medidas cautelares. Dos son los temas que particularmente me preocupan. El primero nos conduce a preguntarnos por el alcance de lo resuelto en sede de protección y a diferenciar el sentido en el que se utiliza la voz *provisional* en ambas instituciones;

[22] Dispone la norma constitucional lo siguiente: "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 [...] podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada".

[23] Barros, "El recurso de protección como medio de amparo de los contratos", en *Instituciones modernas de derecho civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Santiago (Chile), 1996, p. 331. Recientemente Bordalí, comentando un fallo del TC en el que el máximo interprete de nuestra Constitución ha incurrido en varios errores procesales, se refiere al recurso de protección como una institución que no tiene, aún, una fisonomía clara en el sistema sistema jurídico nacional. Véase Bordalí, "El recurso de protección todavía un fantasma jurídico" en Revista de Derecho, Universidad Austral, v. XXVII (Nº 2), diciembre (2014), pp. 277-283.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

el segundo dice relación con el traslape que se ha producido entre estas dos instituciones en la solución de algunos conflictos.

0.13. Tratándose del primer tema aludido nuestros tribunales tradicionalmente han sostenido que el recurso de protección constituye un proceso cautelar. Recientemente, sin embargo, han comenzado a sustentar que las providencias que ordenan por su intermedio tendrían la naturaleza de una medida cautelar. En el último tiempo han aparecido considerandos del siguiente tenor:

> "Que la acción constitucional de protección requiere siempre la concurrencia simultánea de varios requisitos, entre los cuales podemos señalar como el primero la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario. Decidir si un acto es arbitrario o ilegal; si causa o no afectación a derechos y garantías fundamentales; y si esta Corte se encuentra o no en posición *de proveer medidas cautelares urgentes* para salvaguardar su subsistencia y ejercicio, exige como condición previa y esencial dilucidar si el comportamiento u omisión existen o no, y si son contrarios a derecho".[24]

¿Medidas cautelares urgentes solicitadas como *materia de fondo* en un recurso de protección? Creo que hay una confusión. Por más

[24] Corte de Apelaciones de Santiago. Sexta Sala. Recurso de protección. Rol Nº 27.724-2014, 25 de septiembre de 2014. (Énfasis añadido). En el mismo sentido se ha dicho: "Que, de acuerdo al mérito de los antecedentes, no resulta acreditada la existencia de algún acto ilegal o arbitrario, que vulnere alguna de las garantías constitucionales protegidas a través del recurso de protección, razón por la cual resulta *que en la especie no existen medidas cautelares de carácter urgente que pueda disponer esta Corte para restablecer el imperio del derecho.* Sin perjuicio que, además, los hechos denunciados a través de la presente acción cautelar, ya han sido puestos en conocimiento del tribunal competente, y están siendo conocidos por la Quinta Fiscalía Militar, razones por las cuales el presente recurso deberá ser rechazado. Corte de Apelaciones de Santiago. Sexta Sala. Recurso de protección. Rol Nº 17.634-12, 22 de agosto de 2012. (Énfasis añadido). En idéntico sentido: Que, respecto a la primera solicitud de la parte recurrente, atendido el mérito de lo informado por la recurrida, que señala que a la fecha el menor asiste normalmente a clases, resulta que en la especie *no existen medidas cautelares de carácter urgente que pueda disponer esta Corte* para restablecer el imperio del derecho, por lo que el presente recurso, en este punto, ha perdido oportunidad y deberá ser rechazado. Corte de Apelaciones de Santiago. Sexta Sala. Recurso de protección. Rol Nº 24.752-12, 26 de septiembre de 2012. (Énfasis añadido). Que la acción intentada requiere siempre la concurrencia simultánea de varios requisitos, entre los cuales podemos señalar como el primero la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario. Decidir si un acto es arbitrario o ilegal; si causa o no afectación a derechos y garantías fundamentales; y *si esta Corte se encuentra o no en posición de proveer medidas cautelares urgentes* para salvaguardar su subsistencia y ejercicio, exige como condición previa y esencial dilucidar si el comportamiento u omisión existen o no". Corte de Apelaciones de Santiago. Novena Sala. Recurso de protección. Rol Nº 26.760-12, 22 de octubre de 2012. (Énfasis añadido).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

desformalizado que el recurso sea y por más "provisional" que sea la resolución que las cortes adopten, tal resolución no constituye una medida cautelar. Es una resolución que resuelve el fondo de la disputa, sin gozar, eso sí, de la estabilidad que produce la cosa juzgada sustancial. Se asemeja más a una sentencia definitiva.[25] La circunstancia de que esta resolución no produzca cosa juzgada no altera en nada su carácter. Como se sabe, este no es un elemento que se predique ni se exija *necesariamente* de estas resoluciones. En otros procedimientos ocurre lo mismo (así, por ejemplo, la sentencia definitiva que se pronuncia en el juicio de alimentos; en las querellas posesorias;[26] en el juicio ejecutivo cuando el ejecutado hizo reserva de derechos, etc.).[27] Este ha sido el sentido en el que *siempre* se ha entendido el efecto provisional de la resolución que resuelve este recurso, que no es la misma razón por la que son provisionales las medidas cautelares.[28] Evidentemente nada se opone a que en un proceso de urgencia se pidan este tipo de medidas. No son incompatibles. De hecho la orden de no innovar en el recurso

[25] Por ello en el Auto Acordado sobre tramitación de este recurso se dice que "*La sentencia* que se dicte, ya sea que lo acoja, rechace o declare inadmisible el recurso, será apelable ante la Corte Suprema" (Nº 5). Y pienso que esta fue la razón que tuvo la Corte para decir que "En contra de la sentencia que expida la Corte de Apelaciones no procederá el recurso de casación". (Nº 12). Si esta sentencia fuere una medida cautelar el artículo estaría absolutamente de más.

[26] El art. 563, inc. 1º, del CPC es muy claro: "Cualquiera que sea la sentencia, queda siempre a salvo a los que resulten condenados el ejercicio de la acción ordinaria que corresponda con arreglo a derecho, pudiendo comprenderse en dicha acción el resarcimiento de las costas y perjuicios que hayan pagado o que se les hayan causado con la querella". Lo mismo el art. 564 del CPC: "La sentencia pronunciada en la querella de restablecimiento *deja a salvo a las partes, no sólo el ejercicio de la acción ordinaria en conformidad al artículo 563, sino también el de las acciones posesorias que les correspondan*". (Énfasis añadido). Hasta donde conozco nadie en Chile ha sostenido que esta sentencia es una medida cautelar o una medida provisional.

[27] Lo mismo sucede en el derecho comparado. Así, por ejemplo, en la exposición de motivos de la LEC a propósito de los procesos sumarios se señala: "En cuanto al carácter sumario, en sentido técnico-jurídico, de los procesos, la Ley dispone que carezcan de fuerza de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a aquellos en que se pretenda una rápida tutela de la posesión o tenencia, las que decidan sobre peticiones de cese de actividades ilícitas en materia de propiedad intelectual o industrial, las que provean a una inmediata protección frente obras nuevas o ruinosas, así como las que resuelvan sobre el desahucio o recuperación de fincas por falta de pago de la renta o alquiler o sobre la efectividad de los derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación".

[28] C. fr. JANA, MARÍN, *Recurso de protección y contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 77-80.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de protección suele desempeñar un papel muy parecido al de una medida cautelar conservativa.

En la denuncia de obra nueva encontramos un buen ejemplo que nos permitirá comprender mejor el punto que estamos explicando. El referido interdicto constituye un inequívoco proceso de urgencia y no uno cautelar. Lo anterior no es impedimento para que el referido interdicto comience, nada menos, que con una medida cautelar innovativa: la suspensión provisional de la obra. El artículo 565 del CPC señala: "Presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciable, *el juez decretará provisionalmente dicha suspensión y mandará que se tome razón del estado y circunstancias de la obra y que se aperciba al que la esté ejecutando con la demolición o destrucción, a su costa, de lo que en adelante se haga* [...]". (Énfasis añadido). Por su parte, el artículo 567 del CPC añade que "Suspendida la obra, y *mientras esté pendiente el interdicto*, sólo podrá hacerse en ella lo que sea absolutamente indispensable para que no se destruya lo edificado". (Énfasis añadido).

Como se aprecia, por un lado tenemos el interdicto (proceso de urgencia) y, por el otro, la medida cautelar (suspensión de la obra). Como he dicho no son incompatibles, sino absolutamente complementarios. Lo mismo sucede en la protección. Por un lado tenemos el recurso (proceso de urgencia) y por el otro la medida cautelar (la orden de no innovar o cualquiera otra que la Corte ordene mientras resuelve el fondo del asunto). Lo importante es lo siguiente: la medida cautelar es provisional porque no puede durar más que la resolución final del proceso. Este último es provisional, en cambio, porque lo resuelto en esta sede no impide a las partes acudir posteriormente al respectivo proceso declarativo ordinario. Si regresamos al interdicto de obra nueva veremos que el art. 569 inc. 2º del CPC es muy claro: "En la *sentencia* se ratificará la suspensión provisional decretada o se mandará alzarla, *dejando a salvo, en todo caso, al vencido el ejercicio de las acciones ordinarias que le competan, para que se declare el derecho de continuar la obra o de hacerla demoler*". (Énfasis añadido).

Una vez que la sentencia ratifica la suspensión provisional esta deja de existir. Ya no se necesita. Es reemplazada por la sentencia definitiva que pone fin al litigio. La primera suspensión fue provisional; la segunda es defintiva. Lo mismo sucede en el caso inverso. Si la sentencia rechaza el interdicto de obra nueva la suspensión provisional deja de existir. Se mostró infundada. La suspensión provisional no sobrevive a la resolución final del interdicto, sea en un sentido, sea en el otro. Esta resolución, al igual que la que se

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

pronuncia sobre la protección, resuelve el fondo del conflicto y tiene la naturaleza de una sentencia definitiva. La resolución que, en cambio, se pronuncia sobre la suspensión provisional (o sobre la orden de no innovar en el recurso de protección) tiene el carácter de una medida cautelar, es decir, de un auto o de una sentencia interlocutoria. Ambas resoluciones (la final y la medida cautelar) son provisionales, pero no deben ser confundidas. La provisionalidad de una y otra es muy diversa.

Ahora bien, si analizamos el desarrollo del recurso de protección en estos casi cuarenta años de vigencia, comprobamos que su expansión se ve en áreas como el derecho de los contratos, pago de sumas de dinero, actos de autotutela, prohibición de publicar libros que contengan expresiones que atenten contra el honor de determinadas personas o instituciones, situaciones de contaminación del medio ambiente, cierre de locales comerciales, privación del derecho a usar de una servidumbre de tránsito, cancelación de una matrícula, modificaciones unilaterales de seguros médicos, etc.; situaciones todas en las cuales la solución que se da si bien es provisional, en el sentido que hemos apuntado, es decir, que el fallo que se dicta en sede de protección no produce cosa juzgada material, deviene en la gran mayoría de los casos en una solución definitiva, por cuanto con posterioridad las partes no instan el respectivo juicio de lato conocimiento.[29]

[29] Esto se refleja palmariamente en aquellos casos en que los tribunales chilenos ordenan a la recurrida de protección pagar determinados subsidios o realizar determinadas actuaciones. En este sentido reiteradamente se ha resuelto que el rechazo por una institución de salud previsional (Isapre) de una licencia médica otorgada con todos los requisitos legales y reglamentarios para su validez, aparte de contravenir principios elementales para el goce del derecho a la salud en los términos concebidos en la Carta Fundamental, importa una privación arbitraria y manifiesta del derecho de propiedad del afiliado respecto de las prestaciones y subsidios que se le deben otorgar por ser parte del contrato de salud previsional que suscribió con la Isapre. Por estas consideraciones "*se acoge el recurso de protección disponiéndose que la recurrida deberá cursar las licencias médicas y pagar los correspondientes subsidios a la imponente*, con motivo de la enfermedad que padece". *Vid. Fallos* Nº 437 (1995), pp. 254 y ss. Del mismo modo se ha resuelto que "se acoge el recurso de protección deducido en lo principal de la presentación de fojas 1, sólo en cuanto, la Isapre Banmédica deberá otorgar a la actora la Cobertura Adicional de Enfermedades Catastróficas con respecto a las prestaciones médicas y días cama emanados del período en que estuvo hospitalizada en la Clínica Santa María de Santiago, entre los días 21 de agosto y 9 de septiembre, ambos del año 2014". C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 1099-15, 07 de abril de 2015. Redacción de la ministra Sandoval. Asimismo se ha resuelto: "Que en este caso concreto, al no estar suficientemente explicada la mayor suma que se cobra al recurrente resultante

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Al respecto se comprueba que los tribunales, en muchos casos, han actuado en aquellas situaciones en que operan los procedimientos de urgencia: por una parte, evitando las actuaciones de facto que alteran el normal desenvolvimiento del ordenamiento jurídico, y por la otra, dando a partir de la solución de fondo del asunto un remedio allí donde aparecía que una acción rápida y eficaz era esencial para impedir que un derecho perdiera eficacia o que se causara un mal irreparable.[30] Es decir, los tribunales han actuado

de la incorporación de nuevas prestaciones al régimen de las Garantías Explícitas en Salud, sólo cabe concluir que la utilización de la facultad que confiere el artículo 206 del DFL Nº 1 de Salud, de 2005, carece de una justificación razonable y, en esa medida, no aparece revestida de legitimidad, pues no es posible dilucidar si el nuevo precio se ajusta al costo que conlleva la ampliación de la cobertura. Dicha arbitrariedad importa afectar directamente el derecho de propiedad del recurrente, protegido por el artículo 19 Nº 24 de la Carta Fundamental, desde que lo actuado importa una disminución concreta y efectiva en el patrimonio de este, al tener que soportar una injustificada carga derivada del mayor costo de su contrato de salud, circunstancia que, además, incide en que el derecho de afiliación se torne de difícil materialización, puesto que si los aumentos hacen excesivamente gravosa la permanencia en el sistema, el interesado puede verse compelido a trasladarse al sistema estatal de salud. Todo, sin atender a factores de cautividad por edad o patologías ya declaradas por el afiliado; Que acorde con lo que se ha señalado, el recurso debe ser acogido, por las razones consignadas en los motivos que preceden. De conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de veinte de enero último, escrita a fojas 45, *decidiéndose que se acoge el recurso de protección interpuesto en lo principal de la presentación de fojas 1, y en consecuencia se deja sin efecto el aumento del precio de las Garantías Explícitas en Salud efectuado por la Isapre recurrida*, con costas". C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 1287-2011, 10 de mayo de 2011. La sentencia no señala quién la redactó. (Énfasis añadido). En idéntico sentido roles Nos 1353-2011 y 1428-2011, ambos de 03 de mayo de 2011; Nº 1529-2011, de 25 de mayo; Nº 2885-2001, de 19 de agosto; 3730-2011, de 01 de junio de 2011.

[30] Así tratándose de cortes unilaterales en el suministro eléctrico por parte del arrendador, la Corte invariablemente ha resuelto: "Que la acción llevada a efecto por la recurrida se encuentra al margen de la legalidad, por cuanto si el arrendatario no paga las rentas o consumos eléctricos en forma íntegra y oportuna, lo que cabe es iniciar los procedimientos que la ley contempla para tales efectos con el fin de obtener el pago de lo adeudado o poner término al contrato que liga a las partes o cualquier otra medida que permita restablecer los derechos del arrendador al amparo del ordenamiento jurídico. Pero no puede tolerarse la autotutela que ha desplegado la recurrida, pues ello significa desconocer el Estado de Derecho que consagra procedimientos y tribunales competentes para la solución de conflictos como el de autos. Que lo anterior no significa imponer a la empresa la obligación de solventar con su peculio un consumo que no le corresponde, *sino sólo reprocharle que no puede justificarse en ello para efectuar el corte de energía por sí misma*, debiendo

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

precisamente cuando ha existido urgencia en dar una solución al conflicto, rechazándose la protección cuando esta urgencia no ha existido.[31]

Ahora bien, un cambio importante en lo que hasta ahora hemos visto lo encontramos en el reciente fallo de nuestra Corte Suprema

recurrir a los tribunales de justicia para obtener el resguardo de sus intereses en un procedimiento en que ambas partes sean oídas. Que la conducta ilegal a que se ha hecho referencia priva a la recurrente de ejercer los derechos que emanan del contrato de arrendamiento del local que ocupa en la forma como había sido convenida, lo que repercute en sus ingresos económicos que se verán menguados dada la actividad que desarrolla, que comprende, entre otras, venta de helados y juegos de azar a través de máquinas suministradas por empresas proveedoras de estos rubros, afectándose de este modo la garantía constitucional del derecho de propiedad sobre los ingresos provenientes de dichos insumos, por lo que se brindará la cautela constitucional que procede". C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 4619-2011, 29 de julio de 2011. Redacción a cargo del ministro Sandoval.

[31] Así el año 2011 la Corte Suprema resolvió: "Que la acción que otorga el artículo 20 de la Constitución Política de la República procura restablecer el pronto imperio del derecho y asegurar una expedita protección al afectado, sin perjuicio de los demás derechos que los sujetos implicados "recurrente y recurrido" puedan hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes, de modo que su evidente carácter cautelar supone se acredite la existencia de una necesidad de urgencia que así lo demande (c. 1). Que, en la especie, se encuentra establecido que la madre del recurrente ingresó por el Servicio de Urgencia al Hospital Clínico de la Universidad de Chile con fecha 30 de julio de 2010, desde donde fue derivada a la Unidad de Intermedio Quirúrgico. Luego, el 9 de agosto pasado, egresa satisfactoriamente desde ese centro asistencial (c. 2). [...] Que de lo señalado queda en evidencia que la cuestión del pago de los servicios médicos –que el recurrente califica de urgencia–, debe de observarse desde la perspectiva del derecho de propiedad, *toda vez que la paciente recibió oportuna atención, lo que derivó en su alta a los diez días después. Ello conduce a que el asunto debatido a través de la presente acción excede sus márgenes, porque se pretende en esta sede cautelar obtener una sentencia declarativa acerca de la responsabilidad en el pago de determinadas prestaciones médicas.* Quinto: Que dicha materia no es propia de este recurso, cuyo objeto es dar una rápida y eficaz solución al quebrantamiento del legítimo ejercicio de derechos preestablecidos y no el de dirimir la controversia promovida por el reclamante en relación a si le corresponde o no a la entidad recurrida asumir el costo económico que implicó el tratamiento que recibió su madre en ese centro asistencial y del cual egresó, como se dijo, una vez recuperada su salud. Una determinación de esa clase es ajena a esta acción". C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 690-2011, 17 de mayo de 2011. Redacción a cargo del abogado integrante señor Bates. En idéntico sentido rol 3889-2001, 5 de julio de 2011. También ha dicho: "Que si la recurrente estima que el Banco ha excedido los términos del mandato debe ejercer las acciones que estime pertinentes, sin que proceda otorgarle por esta vía la cautela que pretende". C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 2150-2011, 20 de mayo de 2011. Redacción a cargo del abogado integrante señor Lagos.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

en la que el propio tribunal instó a las partes –dándoles un plazo para ello– a solucionar de manera definitiva la disputa:

> "Que tal y como señala el fallo en alzada en su motivo octavo, la conducta desplegada por los recurridos, consistente en la obstrucción del camino que accede a la propiedad de los recurrentes, consistente en la instalación de palos, matorrales y alambres de púas –ruta que conforme sostienen los propios recurridos, habría sido utilizada por los recurrentes con su consentimiento, que lo atribuyen a meras razones de buena vecindad–, constituye una alteración de una situación de hecho, cuya ejecución se presenta como una acción voluntariosa que se aparta de la legalidad vigente y que, por ende, debe ser corregida (c. 1).
>
> Que en estas condiciones, aparece que el recurso de protección es el instrumento adecuado para obtener el restablecimiento del *statu quo* existente con anterioridad a la ejecución de los actos perturbatorios señalados (c. 2).
>
> Que sin embargo, no obstante lo antes señalado, *no es posible otorgar por esta vía de urgencia, una cautela de carácter permanente, pues de otro modo, se estaría consolidando jurídicamente una situación meramente fáctica al no haberse acreditado en autos la servidumbre de tránsito que los recurrentes alegan. En efecto, se podría estar constituyendo tal derecho real, sin cumplirse con el procedimiento establecido en la ley, lo que excede los fines y márgenes del recurso de protección; todo lo anterior, sin perjuicio del derecho que tienen las partes para ejercer, en la sede correspondiente, las acciones que crean más convenientes a sus intereses con el objeto de regularizar la situación que les afecta*" (c. 3).
>
> Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre la materia, se confirma la sentencia apelada de dieciocho de noviembre de dos mil catorce, escrita a fojas 82, *con declaración de que los recurridos deberán permitir el acceso de los actores hacia su predio a través del camino obstaculizado, por el plazo de seis meses a contar de la fecha de notificación de esta sentencia, término en el cual los recurrentes deberán realizar los trámites necesarios para constituir una servidumbre de tránsito, en el evento que no la hubiere, o ejercer otras acciones legales que pudieren corresponderles respecto del acceso al inmueble en el que habitan*".[32]

Obsérvese como la Corte confirma la concesión del recurso con un importante añadido: le da un efecto temporal a su propia resolución: "*los recurridos deberán permitir* [...] *por el plazo de seis meses* [...]", plazo en el cual los recurrentes, por su parte, deberán realizar los trámites a fin de constituir una servidumbre de tránsito o hacer valer otras acciones –entiéndase definitivas– a fin de solucionar el fondo de la controversia. El fallo es muy interesante porque en este evento la resolución de protección es temporal en sí misma: solo durará seis meses. No puede devenir en definitiva. "*[N]o es posible otorgar por esta vía de urgencia, una cautela de carácter permanente, pues de otro modo, se estaría consolidando jurídicamente una situación meramente*

[32] C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 414-2015, 16 de marzo de 2015. Redacción a cargo del ministro Pierry.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

fáctica al no haberse acreditado en autos la servidumbre de tránsito que los recurrentes alegan".

Como he explicado esta no ha sido la tradición en esta materia, ni lo que suelen perseguir los recurrentes. Hemos afirmado que la fisonomía de un proceso de urgencia encuadra mejor con la regulación –escasa, por cierto– que el recurso tiene en nuestro sistema jurídico y encuadra mejor, esto es lo que ahora queremos destacar, con lo que los recurrentes normalmente buscan mediante su interposición: una solución pronta y "definitiva" del conflicto. Ningún recurrente de protección está pensando en obtener una solución "temporal" del litigio. Por ello el fallo que acabamos de ver puede ser muy importante. Puede significar un giro en la visión que hasta ahora se tiene de este recurso. Habrá que esperar, en todo caso, para saber si este tipo de resolución se va a consolidar, o si solo será un episodio más bien aislado. Por de pronto, a poco andar –menos de un mes– la Corte Suprema volvió sobre sus pasos. En una situación muy parecida a la que acabamos de analizar, alteración por el recurrido del *statu quo* que impide al recurrente acceder a su propiedad, nuestro máximo tribunal, revocando el fallo de la Corte de Apelaciones señaló:

> "Que el cambio de clave del portón eléctrico y la instalación de bloques de hormigón al interior de la calle del Loteo Los Naranjos en la parte que enfrenta al lote de Cristián Ramos Carrasco, que había sido utilizado por este para acceder al mismo, importa alterar una situación de uso aceptada e implica una acción de autotutela, que le ha provocado al recurrente un impedimento para acceder a su inmueble y, por ende, de ejercer efectivamente su derecho de propiedad sobre este. (C. 4).
>
> Que en estas condiciones, ha quedado de manifiesto que la actuación descrita, por arbitraria, ha vulnerado la garantía constitucional del numeral 24º del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que el recurrido al alterar una situación de hecho preexistente ha incursionado en materias que, por su naturaleza y contenido, corresponden al ámbito jurisdiccional de los tribunales, impidiendo con su actuación el ejercicio de los atributos del dominio del recurrente.
>
> Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre la materia, se revoca la sentencia apelada de doce de marzo de dos mil quince, escrita a fojas 45 vuelta, y en su lugar se resuelve que se acoge la acción constitucional de protección deducida a fojas 8 *y en consecuencia, el recurrido deberá permitir el acceso al recurrente hacia su predio a través del camino que cerró, sacando los bloques de hormigón que se encuentran instalados, sin perjuicio de las restantes acciones que puedan ejercerse respecto del acceso al inmueble*".[33]

[33] C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 3974-2015, 9 de abril de 2015. Redacción a cargo del ministro Pierry. Nótese que el mismo ministro ha redactado los dos fallos.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

Como se aprecia, esta resolución en los hechos será definitiva. La Corte, a diferencia de la protección anterior, no le ha dado un efecto temporal a su resolución. Simplemente aseveró lo que tradicionalmente ha dicho: *sin perjuicio de las restantes acciones que puedan ejercerse respecto del acceso al inmueble.* La Corte no impone a las partes la carga de instar por dichas acciones. En los hechos el actor obtuvo de manera rápida el restablecimiento de su derecho afectado y no tiene mayor motivación de iniciar algún otro proceso judicial. A él no le preocupa que la sentencia sea normativamente provisional. El recurrido, por su parte, quien sí debería tener alguna motivación para acudir a los tribunales y tratar de revertir la "decisión provisional" ordenada en su contra, tampoco va a acudir a las restantes acciones procesales. Probablemente sabe que va a perder mucho tiempo y no es claro que su posición sea razonable. En los hechos, por tanto, la solución es definitiva.[34]

0.14. El segundo punto de controversia entre el recurso de protección y las medidas cautelares dice relación con el traslape que se ha producido en algunos conflictos. Un ejemplo muy claro lo tenemos en materia ambiental donde el legislador decidió intervenir y entregar amplias facultades cautelares tanto a la Superintendencia del Medio Ambiente (Ley Nº 20.417) como a los Tribunales Ambientales (Ley Nº 20.600).[35]

En buena medida lo anterior buscaba desincentivar el uso en esta materia del recurso de protección y permitir la sustanciación

[34] Lo mismo sucede en el caso inverso. En la protección rol 1511-15 el recurrente, Manuel Campos Baeza, alegó que el recurrido –Claudio Solís Ramírez– cerró el camino que sirve de único acceso al predio que él habita, impidiéndole con ello el ingreso al mismo. El recurrido no negó esta situación pero explicó "que si bien procedió a efectuar un cierre, lo hizo respecto de un camino privado que permite el tránsito interno en su inmueble, *no impidiendo con ello en caso alguno que el recurrente pueda acceder al predio donde reside, toda vez que su acceso natural es a través del camino público*". Lo aseverado por el recurrido fue ratificado por Carabineros de Chile por medio de un informe que emitió al efecto. La Corte Suprema, teniendo como elemento probatorio lo expresado en el informe policial, revocó el fallo de la Corte de Apelaciones que había acogido la protección y resolvió que "[...] de esta forma procede rechazar el recurso deducido, *sin perjuicio de otras acciones que se puedan hacer valer en la sede correspondiente*". (Énfasis añadido). Ni recurrente ni recurrido van a utilizar estas *otras acciones*. La solución del conflicto es definitiva. C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 1511-15, 8 de abril de 2015. Redacción a cargo del ministro señor Carreño.

[35] Véase el análisis que en el capítulo noveno de este libro hacemos de la regulación de las medidas cautelares en materia ambiental, aunque acotado solo a las previstas en el ámbito jurisdiccional.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

de los litigios medioambientales ante órganos especializados que, con un buen arsenal de medidas cautelares, pudieran resolver estas disputas sin prescindir de las garantías de un proceso justo y racional. Como se sabe, sin embargo, las inercias y costumbres de los abogados no son fáciles de cambiar y estos han continuado usando –ahora– ambas herramientas en defensa de los derechos –reales y ficticios– de sus clientes.

Traigo a colación el conocido proceso de la Central Termoeléctrica Bocamina II. La Corte Suprema conoció de dos recursos de protección acumulados. Allí señaló que la recurrida esgrimió "la improcedencia de traer a esta sede de protección los hechos fundantes de los recursos en examen, toda vez que la Superintendencia del Medio Ambiente instruyó un procedimiento sancionatorio dirigido en contra de su representada, formulándole cargos, entre los que se encuentran el incumplimiento de la RCA Nº 206 del año 2007 y además el de operar el proyecto "Optimización Central Bocamina Segunda Unidad" sin contar con aprobación ambiental, de modo que el asunto se encuentra sometido al imperio del derecho. *Explica que en el referido procedimiento administrativo no sólo es posible aplicar sanciones sino que se contempla también la facultad de adoptar medidas cautelares, entre las que se encuentra la paralización solicitada en estos autos, medida que debe estar sujeta al control jurisdiccional de los tribunales ambientales*". (Énfasis añadido). Frente a este planteamiento nuestro máximo tribunal precisó:

> "Que establecido lo anterior y frente a la alegación de la recurrida de estar siendo sustanciada esta materia en un procedimiento administrativo seguido por la autoridad ambiental pertinente y, por ende, bajo el imperio del derecho, perentorio resulta precisar que ello, siendo efectivo, no es óbice para el ejercicio por parte de esta Corte, de las facultades conservadoras de que está investida la jurisdicción para que, frente a la perturbación o amenaza de perturbación, de alguna de las garantías consagradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, en razón de alguna acción u omisión ilegal y/o arbitraria, se dispongan la o *las medidas de cautela urgentes* que la situación denunciada aconseje y amerite –con la cobertura y prontitud que esta sede proporciona– y todo ello, entre tanto se substancian y afinan los procedimientos seguidos ante las autoridades, o los tribunales ordinarios, o especiales, que deban resolver sobre el fondo del conflicto planteado" (c. 11).

Reitero el cambio de lenguaje de la Corte Suprema. De lo que se trata ahora es de adoptar *medidas de cautela urgentes.*[36] Precisamente estas medidas son las que se pueden solicitar y conceder por la Superintendencia del Medio Ambiente dentro del procedimiento sancionador incoado en contra de la recurrida. Si en este procedimiento sancionador se pueden conceder un vasto número de medidas de urgencia, ¿por qué la Corte utiliza en su resolución el lenguaje propio de las medidas cautelares? ¿Nuestra Corte Suprema desea adoptar como solución de fondo medidas cautelares urgentes conociendo de una protección? Añade la Corte:

> "Que esta Corte, en fallos anteriores, ha reconocido que si bien la parte final del inciso 1º del artículo 20 de la Carta Fundamental señala que la interposición del recurso de protección lo es sin perjuicio de los demás derechos que se puedan hacer valer ante la autoridad o los tribunales competentes, no cabe duda que a contar de la dictación de la Ley Nº 20.600, de 28 de junio de 2012, que crea los tribunales ambientales, son éstos los llamados a conocer de las controversias medioambientales puestas en la órbita de sus competencias, y entre ellas, por cierto, se hallan distintas aristas de entre las materias propuestas a través de estos recursos. Desde luego, es el Superintendente quien tiene la facultad para sancionar a la recurrida por un eventual incumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental, como también por la operación de un proyecto sin contar con el instrumento de evaluación ambiental que la autorice. En este aspecto, es en el procedimiento administrativo respectivo que ha debido determinarse si la operación del proyecto de "Optimización Central Bocamina Segunda Unidad", está o no incluido en el incumplimiento de la RCA Nº 206/2007, y determinar además, específicamente, cuáles son los incumplimientos de este instrumento ambiental, estableciendo la sanción pertinente. Esta resolución que pone término al procedimiento sancionatorio puede ser impugnada por quien o quienes revisten el carácter de interesado, a través de una reclamación ante el respectivo Tribunal Ambiental, conforme lo establece el artículo 17 Nº 2 de la Ley Nº 20.600" (c. 12).

Hasta aquí el razonamiento es correcto y uno esperaría que la conclusión también lo fuera: el asunto ya se encuentra bajo el imperio del derecho y la protección debe ser desestimada.[37] Pero de inmediato la CS en la parte final del c. 12 del fallo añade:

[36] Lo mismo reitera la CS en el considerando 21 del fallo que estamos viendo: "Que en el escenario precedentemente descrito, no es posible soslayar el tenor de los oficios que corren a fojas 294 y 299 de esta causa, ambos dirigidos al Director del Servicio del Evaluación Ambiental, VIII Región del Bío Bío, puesto que, no obstante que corresponden a informes que se expiden en el contexto del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto "Optimización Central Termoeléctrica Bocamina Segunda Unidad", aquellos dan cuenta de antecedentes que resultan de cualquier manera útiles a los acotados efectos *de decidir sobre las medidas cautelares de urgencia aquí impetradas* [...]". Como se aprecia la Corte vuelve a reiterar la idea de que lo que adopta cuando resuelve la protección son medidas cautelares (¿?).

[37] Que fue exactamente el punto que sostuvieron los ministros Ballesteros y Sandoval en su voto de minoría: "En este mismo orden de ideas, se debe consignar que conforme al artículo 48 de la ley antes referida una vez iniciado el procedimiento

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

"Cabe tener presente sin embargo, que en la especie no se persigue ni corresponde la sanción de la recurrida, sino que cautelar los derechos fundamentales que se estiman conculcados por aquélla. *Conviene reiterar que la presente acción constituye una medida de tutela urgente de modo que, si en el curso de su substanciación se detectan riesgos o amenazas graves en relación a las garantías antes aludidas cuyo acaecimiento sea verosímil, corresponderá adoptar las medidas que se estimen conducentes para otorgar la debida protección* (c. 12)". (Énfasis añadido).[38]

Aquí la confusión de lenguaje es completa. Precisamente uno de los elementos centrales para la concesión de un medida cautelar, sea conservativa, sea innovativa, es la verosimilitud del derecho que

sancionador, el instructor del procedimiento, con el objeto de evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, podrá solicitar al Superintendente la adopción de alguna de las medidas provisionales señaladas en la norma, estableciéndose distintos requisitos dependiendo de la intensidad de la medida que se pretenda decretar (c. 4); Que de lo expuesto fluye que, tal como lo establece el fallo impugnado, la materia objeto de la acción de protección se encuentra sometida al imperio del derecho, puesto que la Superintendencia del Medio Ambiente inició un proceso administrativo para investigar eventuales incumplimientos de la RCA Nº 206/2007. Una vez iniciado el procedimiento reformuló los cargos incluyendo entre ellos operar el proyecto de "Optimización" sin contar con resolución de calificación ambiental. Luego, la referida autoridad administrativa dictó la Resolución Nº 421 que puso término al procedimiento sancionatorio, la que, según certificó el Tercer Tribunal del Medio Ambiente a fojas 619 fue reclamada por Endesa S. A. y por Marisol Ortega y otros, reclamaciones que generaron dos procesos jurisdiccionales que se tramitan actualmente con los roles Nos 6-2014 y 7-2014. En este punto es imprescindible retomar la idea expuesta en el fundamento primero de esta disidencia del fallo, esto es, que desde la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad en materia medioambiental consagrada en la Ley Nº 20.417 y Ley Nº 20.600, la acción de protección sólo puede prosperar si se detecta la existencia de riesgos inminentes a las garantías constitucionales que requieran una cautela inmediata y urgente, *requisitos que no se cumplen en la especie desde que la autoridad administrativa adoptó, dentro de la órbita de su competencia, las medidas provisionales para cautelar los riesgos generados por la operación de la Primera Unidad, quedando consignado que si no se adoptaron medidas respecto de la Segunda Unidad, ello se debió a que esta se encontraba paralizada producto de la orden de no innovar decretada en estos autos* (c. 5); Que, en la especie, la circunstancia que la operación del proyecto de "Optimización" se lleve a efecto sin contar con resolución de calificación ambiental, así como las demás materias que se denuncian en autos por los recurrentes, se encuentren sometidas al imperio del derecho, cuyo conocimiento se encuentra pendiente ante el tribunal que establece la ley, determina que esta Corte no tenga que otorgar la cautela urgente e inmediata que se solicita respecto de las garantías que se denuncian como vulneradas". C. Suprema. Recurso de protección. Recurso de protección. Rol Nº 15.737-2014, 6 de noviembre de 2014. Redacción del voto de minoría a cargo de los ministros disidentes.

[38] Recurso de protección. Rol Nº 15.737-2014, 6 de noviembre de 2014. Redacción de la ministra Egnem.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

se reclama según la vieja fórmula acuñada por Calamandrei hace ya más de 70 años. Se supone que ello es así porque la medida cautelar normalmente se concede con la sola presentación del solicitante *(inaudita parte)*. Quien soporta los efectos de la medida acude al tribunal, por tanto solicitando el alzamiento de la medida ya concedida. Por ello el consenso en la doctrina, e incluso en el legislador, es exigir que el derecho cuya protección se pide sea al menos verosímil. Pero en un proceso de urgencia en el que se puede desarrollar un pequeño debate y, eventualmente, rendir alguna prueba la resolución final que se adopte no es cautelar en los términos que hemos referido, sino, en todo caso, una sentencia de fondo que resuelve la disputa sin producir el efecto de cosa juzgada sustancial, como lo hemos explicado latamente. Volveré a discutir este aspecto al tratar el carácter instrumental de las medidas cautelares.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROCESO CIVIL

1. CRISIS EN LA SOLUCIÓN PÚBLICA DE LOS LITIGIOS

1.1. En las facultades de derecho de Iberoamérica tradicionalmente se enseña que la solución de los conflictos entre particulares puede lograrse mediante el empleo de una de las tres siguientes figuras: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición (pública o privada).[39] La primera de estas figuras –en general– está prohibida por los distintos ordenamientos jurídicos; la segunda es la que más auge y fomento ha tenido en los últimos veinticinco años. La tercera (el proceso jurisdiccional a cargo de funcionarios públicos llamados jueces) se encuentra en absoluta crisis.

1.2. El desprestigio de la solución pública de los conflictos ha llevado a las partes a procurar la solución de sus conflictos acudiendo a otras vías, una de ellas es la justicia privada. En este ámbito destaca el arbitraje. Lo anterior es un fenómeno común en los países de Iberoamérica. Como ha expresado DERAINS: "Durante mis años de trayectoria en la Cámara de Comercio Internacional, en los años setenta, América Latina era una tierra de misión para el arbitraje. Un

[39] Para una visión tradicional de esta aproximación véase ALCALÁ-ZAMORA, NICETO, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, UNAM, México, 1970, *passim*. Una visión diferente puede verse en CHASE, OSCAR: *Law, Culture and Ritual*, New York University Press, 2005. Señala este autor en el prefacio de su obra: "After years of studying, and writing the law of civil litigation in the United States, my curiosity caused me to investigate in ever more exotic places the question "how do others do it?" –with the "it" being "deal with disputes". This took me first to the study of comparative law, in which the "others" are various modern states with Western-style legal system, and then to anthropology, in which discipline the "others" may be people who organize themselves very differently from the people of modern states", p. XIII.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

panorama desierto –aunque ya explorado– en la materia en razón de la influencia adversa de los códigos napoleónicos y del largo y férreo reinado de los procesalistas. La gran mayoría de ellos se oponían al arbitraje e irónicamente, aquella pequeña minoría que se presentía como favorable constituía un peligro mayor, ya que transformaba el procedimiento arbitral en algo aún más complicado que un proceso judicial. Conferencias sobre el arbitraje se organizaban de vez en cuando, con la participación de pocos aficionados cuyo entusiasmo excusaba la ignorancia. [...] Este año de 1975 fue un año de transición. Es el año de la adopción de la Convención Interamericana de Panamá sobre arbitraje internacional, un paso importante, junto con la Convención de Nueva York, en el camino que llevó a las circunstancias que rodean al arbitraje hoy, tan diferentes. Todos los estados latinoamericanos son signatarios de la Convención de Nueva York, así como casi todos cuentan con legislaciones modernas en la materia. La primera Conferencia Latinoamericana de Arbitraje, que tuvo lugar en asunción, en junio de 2009, contó con la asistencia de mil participantes con representantes de toda la región".[40]

1.3. En Chile en los últimos lustros hemos visto un importante fomento del arbitraje –en general– y del arbitraje comercial internacional –en particular–. En este último ámbito se aprobó la Ley Nº 19.971 que encuentra su antecedente inmediato en la Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL –aprobada por la Asamblea General de la ONU el 11 de diciembre de 1985–, cuyo objetivo fue homologar los procedimientos arbitrales internacionales a nivel global. La nueva ley chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional incorporó a Chile "al círculo de países que han adoptado en su ordenamiento interno la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), más conocida en inglés como UNCITRAL de 1985, respondiendo de esta forma a la tendencia moderna de armonización del derecho de arbitraje comercial internacional".[41]

En los últimos años también ha estado en la agenda pública el contar con una nueva ley de arbitraje en materia local. Varios expertos han trabajado junto al Ministerio de Justicia en esta materia sin que a la fecha –mediados de 2015– se tenga un proyecto de ley

[40] DERAINS, YVES, prefacio de la obra coordinada por CONEJERO ROOS, CRISTIÁN y otros, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, Legis, Colombia, 2009, p. 47.

[41] FIGUEROA VALDÉS, J. E., "La nueva ley chilena sobre arbitraje comercial internacional", en Gaceta Nº 303 (2005), p. 8.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

sobre el particular. De todos modos, de acuerdo con un reciente estudio encargado por el Ministerio de Justicia titulado *Radiografía del sistema arbitral chileno*, el número de causas que resuelven los árbitros en Chile, en relación con las que conocen los jueces ordinarios, son insignificantes.[42] Esto muestra que el arbitraje no es todavía en el país una alternativa real para quienes acuden diariamente al sistema público en busca de una respuesta pronta y adecuada a sus problemas.

1.4. El Ministerio de Justicia, por otra parte, como forma de mejorar la justicia civil convocó un panel de expertos para ver la viabilidad de contar en Chile con nuevos métodos alternativos de solución del conflicto. Este grupo presentó su propuesta el año 2013. En la introducción del informe final se indicó:

> La reforma a nuestro sistema de enjuiciamiento civil y comercial, junto con ser la más significativa de las reformas judiciales, es uno de los desafíos más importantes a que se encuentra abocado el Ministerio de Justicia desde hace más de diez años. La modernización de un sector tan vital para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos, es un imperativo tanto para las autoridades como diversos actores de la comunidad jurídica nacional. Se espera que con la introducción de tecnologías, instituciones y principios procesales modernos, suficientemente comprobados en la experiencia nacional y comparada, se mejore tanto en calidad como en oportunidad la oferta de solución de controversias que el Estado pone a disposición de las personas. Uno de los ejes que inspiran el proyecto de Nuevo Código Procesal Civil (Boletín 8197-07) es la introducción de los sistemas alternativos de resolución de conflictos (SARC). Es así que el Mensaje del mismo establece un marco para la regulación de esos sistemas en torno a tres ideas fuerza. Primero, concibe la justicia civil de manera amplia, es decir, "como un sistema que engloba todos los mecanismos de resolución de los conflictos de intereses de relevancia jurídica que el Estado pone a disposición de los particulares, los cuales deben actuar de forma orgánica". En segundo lugar, el Mensaje establece que "dichos mecanismos alternativos no pueden ser mirados como un sustituto de la jurisdicción ni una justificación que permita al Estado impartir una justicia de menor calidad. Por el contrario, de lo que se trata es que las partes puedan acceder a vías más adecuadas de resolución según la naturaleza y entidad del conflicto (...)". Por último, el proyecto de Código radica expresamente en leyes especiales la regulación a estos sistemas, refiriéndose en su cuerpo normativo únicamente a la conciliación procesal. De esta manera, en el marco de la Reforma Procesal Civil, y haciéndose cargo de lo señalado en el Mensaje presidencial, el Ministerio de Justicia convocó a un panel de expertos que tuviera como misión principal la creación, desarrollo y proposición de bases

[42] C. fr. Informe final de consultoría *Radiografía del sistema arbitral chileno*, diciembre de 2013, elaborado por Cliodinámica, Asesorías, Consultorías e Ingeniería Limitada.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

tendientes a configurar un modelo orgánico de SARC, analizando desde un punto de vista académico y técnico todas aquellas consideraciones propias y necesarias para una correcta aproximación al tema, que permita efectuar las definiciones requeridas.[43]

Como se aprecia el Estado chileno entiende que los métodos alternativos no constituyen una sustitución de la solución pública heterónoma, ni significan una justicia de menor calidad. Lo que se busca es que las partes puedan acceder a vías más adecuadas de resolución según la naturaleza y entidad del conflicto. De acuerdo con la información proporcionada por el panel de expertos, el sistema de mediación familiar, por ejemplo, estaría funcionando bien en el país. A la fecha se cuenta con doce centros de mediación adscritos a las Corporaciones de Asistencia Judicial.[44] En estos centros no solo tratan asuntos familiares, sino también civiles y labores. En lo que importa, el panel de expertos señaló en sus conclusiones lo siguiente:

"De lo visto, podemos concluir que la mediación, como mecanismo de resolución de conflictos, se ha instalado en nuestra sociedad y es un sistema que se ha probado a nivel nacional. Se observa también que esta se encuentra presente en todos los sistemas judiciales que han sido objeto de reformas en los últimos quince años, lo que da cuenta de la presencia de un gran consenso para su incorporación. De esta manera, se ha ampliado la oferta de servicios de resolución de conflictos tanto en materias familiares, laborales, de consumo, penales y de salud, permitiendo reservar para el juicio los casos más complejos. Los resultados estadísticos muestran que los porcentajes de acuerdos que se alcanzan en la mediación se asemejan a los obtenidos en la evidencia comparada. Por otro lado, desde el punto de vista de los usuarios estos mecanismos proveen una solución que en muchos casos es igual o equivalente a la que obtendrían en sede jurisdiccional, pero con menores costos en tiempo y en recursos. Cabe destacar también que la incorporación de estos mecanismos ha llevado a una profesionalización de quienes prestan el servicio, generando variadas instancias de formación y perfeccionamiento. Lo anterior ha permitido una creciente validación del sistema frente a la comunidad.[45]

El análisis que los expertos han hecho es mucho más profundo que lo que acá se ha explicado y él, lógicamente, excede los alcances

[43] Informe Final, abril de 2013. Panel de Expertos Modelo Orgánico para la incorporación de Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, p. 4. http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/07/Informe-Final-SARC.pdf.

[44] Sobre la experiencia en materia de mediación en el Centro de Mediación de Santiago, de la Corporación de Asistencia Judicial, entre los años 1996-2000, véase ALLIENDE, LEONOR, y otros, *El proceso de mediación*, Editorial Jurídica de Chile, 2002 (reimpresión 2014), 220 pp.

[45] Informe Final, abril de 2013. Panel de Expertos Modelo Orgánico..., ob. cit., p. 4.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de este libro. El punto que hemos querido destacar simplemente es que, en general, los diferentes países que fueron estudiados por quienes elaboraron el informe ya no piensan que la sola mejora del proceso jurisdiccional sea suficiente para tener una justicia pública de mejor calidad. Estos países buscan tener una visión más amplia en la forma como debemos solucionar el problema de la lentitud y congestionamiento del sistema público de resolución de los litigios. Lo que ahora firmemente se cree es que los métodos alternativos –la mediación, la conciliación y el arbitraje– deberían cumplir en el futuro cercano un papel mucho más activo en la solución de estos conflictos.[46] Las estadísticas disponibles en Chile muestran que la mediación familiar estaría cumpliendo los fines que se previeron. El tiempo nos dirá si en las demás materias la apuesta resultó existosa o no.[47]

1.5. En la crisis de la justicia civil pública, en todo caso, alguna responsabilidad tiene el "largo y férreo reinado de los procesalistas" al que aludía DERAINS un poco más arriba. Uno de los mejores procesalistas que ha tenido Occidente –Piero CALAMANDREI– en los últimos años de su vida se percató de esta situación. CALAMANDREI se preguntó –al término de las discusiones en el Congreso Internacional de Derecho Procesal del año 1953– lo siguiente: "¿Nuestras construcciones teóricas son verdaderamente útiles a la justicia? ¿Nuestro refinado conceptualismo sirve verdaderamente para lograr que las sentencias de los jueces sean más justas? ¿Y el proceso, que debería ser estudiado para hacer de él un instrumento adecuado a las exigencias de la sociedad, es en verdad el mecanismo de precisión, hecho de elegancias lógicas, con las que teorizamos en nuestros tratados?". En aquella ocasión el gran procesalista florentino reiteraba

[46] Uno podría decir que en esto no hay nada nuevo. Ya en 1567 el jurista flamenco Joost De Damhounder (1507-1581) había publicado su *Praxis rerum civilium*, donde describía al proceso como un monstruo que debía ser exterminado. Propuso, por tanto, una serie de soluciones para evitarlo o para hacerlo más rápido. Soluciones que no han perdido su vigencia el día de hoy: "[C]lients must practise neighbourly love more and thus restrain the virulence of their urge to sue, lawyers must curb their rapacity, according preference to agreements over lawsuits and new procedures, and judges must show more diligence and adopt a guiding role in the proceedings". Citado por STORME, "Introductory address" en *The Law's delay (essays on undue delay in civil litigation)*, CH van Rhee (ed.), Intersentia, 2004, p. iv.

[47] Para una visión crítica de la apuesta por los *ADR* que se ha hecho en Inglaterra con una férrea defensa de la justicia civil pública véase GENN, HAZEL, "What is civil justice for? Reform, ADR, and Access to justice", en 24 *Yale J.L. & Human.* (2012) pp. 397-417. De la misma autora véase *Judging civil justice*, Cambridge, 2010.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

el propósito de "continuar con renovado fervor nuestro trabajo de estudio, pero no para favorecer el estilo arquitectónico de las abstractas construcciones sistemáticas, sino para servir concretamente a la justicia, para servir a los hombres que tienen sed de justicia".[48] El punto al que el autor italiano aludía hace más de sesenta años no era menor; luego veremos que Italia es uno de los países de Europa donde peor funciona la justicia civil. Si tenemos presente que –después de Alemania– es el creador de la llamada ciencia procesal moderna se comprenderá que la afirmación de DERAINS, al inicio de este capítulo, no es casual.[49]

2. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

1.6. El funcionamiento de los sistemas judiciales es uno de los elementos que los organismos internacionales tienen en cuenta en sus estudios sobre el desarrollo económico de los países.[50] Lo anterior

[48] CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix Zamudio, Buenos Aires, 1960, pp. 54 y 55.

[49] Véase MARÍN, J. C., "¿Qué queda del procesalismo científico"?, en *Nos ad justitiam ese natos, Libro homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el Centenario de su Fundación (1911-2011)*, Edeval, Valparaíso, 2011, pp. 889-901.

[50] La OCDE, por ejemplo, ha señalado: "Judicial systems serve important purposes in up-holding social values but also in determining economic performance. Well-functioning judiciaries guarantee security of property rights and enforcement of contracts. Security of property rights strengthens incentives to save and invest, by protecting returns from these activities. A good enforcement of contracts stimulates agents to enter into economic relationships, by dissuading opportunistic behaviour and reducing transaction costs. This has a positive impact on growth through various channels: it promotes competition, fosters specialisation in more innovative industries, contributes to the development of financial and credit markets and facilitates firm growth". OECD (2013), "What makes civil justice effective?", *OECD Economics Department Policy Notes*, No. 18 June 2013, p. 2. Ver, asimismo, *The World Justice Project. Rule of Law Index*, 2014. The *World Justice Project* es una organización independiente que promueve el desarrollo del estado de derecho en el mundo. El índice describe cómo funciona en la práctica el estado de derecho de acuerdo con un conjunto de datos (47 indicadores) agrupados en nueve temas. Uno de ellos, el número siete, se refiere a la justicia civil: "Factor 7 measures whether ordinary people can resolve their grievances peacefully and effectively through the civil justice system". La justicia civil para ser efectiva requiere cumplir con las siguientes características: ser accesible para los ciudadanos y razonable en términos económicos; que no exista discriminación ni corrupción en su interior; que no haya una injerencia indebida de otros funcionarios públicos; que el proceso culmine en un plazo razonable; que las sentencias puedan ejecutarse; y, finalmente, que el sistema cuente con métodos alternativos de solución de controversias *(ADR)* que sean accesibles, imparciales y eficientes. Chile en el rubro justicia civil ocupa el lugar 26 de 99 países.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ha llevado a los operadores jurídicos de esos países (el legislador en el plano normativo, abogados, jueces y demás personas interesadas en la aplicación del derecho) a buscar fórmulas que intenten hacer realidad lo que diversas constituciones consagran como el derecho a un proceso "sin dilaciones indebidas"[51] o, en palabras del Convenio Europeo de 1950, a que la causa sea vista "en un plazo razonable".[52]

1.7. El TEDH ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre la infracción del citado art. 6.1 del Convenio, en cuanto a que la causa sea vista dentro de un plazo razonable. Entre estos fallos podemos citar la sentencia de 1-7-1997, caso Pammel contra Alemania,[53] en la cual el TEDH razona y concluye que se ha producido la violación del art. 6.1 del Convenio:

> El carácter razonable de la duración de un procedimiento se aprecia siguiendo las circunstancias del caso y en función, sobre todo, de la complejidad del asunto y del comportamiento de las partes y de las autoridades implicadas:

[51] En la declaración de derechos de Maryland el 3 de noviembre de 1776 se señaló: "That every freeman, for any injury done to him in his person, or property, ought to have remedy by the course of the law of the land, and ought to have justice and right, freely without sale, fully without any denial, and *speedily without delay*, according to the law of the land". (Énfasis añadido). Por su parte, el Tratado de Niza del año 2000 establece en su art. 47 inc. 2º lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y *dentro de un plazo razonable* por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar". (Énfasis añadido).

[52] La Convención europea para la protección de los derechos del hombre y libertades fundamentales de 1950, en su artículo 6.1 dispone: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley que decidirá sobre sus derechos y obligaciones civiles, [...]".

[53] En este asunto, el demandante había rescindido el contrato de arrendamiento con la ciudad de Höxter y solicitado la evicción de esta última, así como de la asociación de jardines familiares, para recuperar su terreno. El litigio ante los tribunales civiles se refería, por lo tanto, al derecho de propiedad del interesado, que reviste un carácter civil en el sentido del artículo 6. El Tribunal de apelación de Hamm remitió seguidamente el asunto al Tribunal Constitucional Federal, para que resolviera sobre la constitucionalidad de las disposiciones litigiosas de la Ley Federal sobre jardines familiares. El procedimiento ante el Tribunal Constitucional Federal estaba, por lo tanto, estrechamente ligado al procedimiento ante el tribunal civil: no solamente la decisión del primero era directamente determinante para el derecho de carácter civil del demandante, sino que, además, al tratarse de una remisión prejudicial, el Tribunal de apelación de Hamm debía esperar la decisión del Tribunal Constitucional Federal antes de pronunciarse.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

a) Complejidad del asunto: El Tribunal estima, al igual que la Comisión, que el asunto revestía una cierta complejidad. La ampliación de oficio del examen de constitucionalidad a otra disposición de la Ley sobre jardines familiares, a la que el Tribunal Constitucional Federal procedió en su Sentencia, ampliamente motivada, de 23 de septiembre de 1992, demuestra la dificultad jurídica de los puntos planteados. El alcance de su sentencia superaba así ampliamente el presente caso. Además, el Tribunal Constitucional Federal debió recoger las observaciones de diferentes autoridades antes de pronunciarse; b) Comportamiento del demandante: El Tribunal señala, al igual que la Comisión, que el demandante no ha sido origen de ningún retraso en el procedimiento. Esto, por otro lado, no ha sido alegado por el Gobierno; c) Comportamiento del Tribunal Constitucional Federal: El Tribunal recuerda que ha afirmado en numerosas ocasiones que el artículo 6.1 obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema jurídico de manera que sus tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, sobre todo en cuanto al plazo razonable (ver sentencia Süssmann). Si tal obligación no pudiera interpretarse de la misma manera para un Tribunal Constitucional que para un Tribunal ordinario, corresponde en última instancia al Tribunal Europeo controlar su aplicación siguiendo las circunstancias del caso y los criterios fijados por su jurisprudencia. Por otro lado, un atasco pasajero del turno de causas y pleitos no compromete la responsabilidad internacional de un Estado contratante si este último aplica, con la prontitud requerida, medidas aptas para remediarlo (ver sentencia "Unión Alimentaria Sanders, S.A." contra España de 7 julio 1989, serie A núm. 157, p. 15, ap. 40). Sin embargo, según la jurisprudencia constante del Tribunal, una sobrecarga crónica, como es el caso del Tribunal Constitucional Federal desde finales de los años 1970, no podría justificar una duración excesiva del procedimiento. Por tanto, a pesar de la complejidad del asunto, la duración del procedimiento constitucional no podría responder a la condición de plazo razonable planteada por el artículo 6.1 del convenio; d) Conclusión: A la luz del conjunto de las circunstancias del caso, el Tribunal concluye que se ha superado el plazo razonable previsto en el artículo 6.1, que ha sido por lo tanto violado en este aspecto.

Como se aprecia siguiendo la jurisprudencia del TEDH es perfectamente posible que en los procedimientos judiciales ocurran retardos sin que por ello se vulnere el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, principalmente si tales demoras permiten al órgano jurisdiccional comprender mejor el problema ante él planteado. En este sentido JACOB, refiriéndose precisamente al problema de las dilaciones al interior de la maquinaria judicial inglesa, observa que en verdad, "debe recordarse que no es todo período de retraso o cualquier proceso con dilaciones los que llaman por una condena o, incluso, por una crítica. Sólo el retraso inexcusable, injustificable o inaceptable debe ser considerado como un mal uso del proceso, y tratarse como corresponde. Los tribunales deberían conservar su competencia a fin de examinar los hechos relevantes y, de este modo, establecer si los retrasos que han ocurrido fueron

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

(o no) excusables, justificables o aceptables, debiendo tratar el caso en conformidad con estos hechos".[54]

De este modo, lo que se debe examinar es si los procedimientos judiciales que los Estados democráticos ponen a disposición de sus ciudadanos permiten o no resolver las disputas que inevitablemente surgen en el seno de las sociedades dentro de unos parámetros plausibles. Para ello no sólo se debería analizar la estricta concordancia entre los plazos previstos en las respectivas leyes procesales con los términos reales de actuación procesal, sino, principalmente, la manera en que las partes –mejor, sus abogados– han conducido el proceso, si han mostrado verdadero interés en que avance o, si por el contrario, han entorpecido su marcha promoviendo todo tipo de diligencias inútiles e innecesarias. Igualmente, se debe verificar el comportamiento del órgano judicial a fin de establecer si ha contribuido con su actuar a que el proceso discurra de una manera expedita, ágil, sin demoras, o si, por contraste, él ha sido una de las principales causas de que en el proceso ocurran dilaciones manifiestas o injustificadas.

1.8. En los últimos quince años, sin embargo, el tema de la duración de los procesos judiciales públicos ha sido objeto de una creciente preocupación.[55] Los problemas han aumentado e incluso alcanzaron

[54] JACOB, "Accelerating the process of law", en *The reform of civil procedural law and other essays in civil procedure*, Londres, 1982, p. 95. En el mismo sentido ZUCKERMAN observa que "it should be borne in mind, though, that no every delay is inimical to an accurate resolution of the dispute. A judgment given in haste, without allowing adequate time for the collection of evidence and the preparation an argument would be less likely to lead to an accurate finding of fact and law than a judgment given after an interval during which sufficient preparation for trail has taken place". ZUCKERMAN. "Quality and economy in civil procedure. The case for commuting correct judgments for timely judgments", en *Oxford Journal of Legal Studies* (1994), vol. 14, Nº 3, p. 360. En el mismo sentido se ha pronunciado la OCDE: "*A reasonable length of trials is an important characteristic of good judicial performance, together with independence and fairness of adjudication, predictability of court decisions, and accessibility to the system.* Lengthy trials undermine certainty of transactions and investment returns, and impose heavy costs on firms. Moreover, the length of trials is related to other crucial measures of performance such as confidence in the justice system: OECD analyses on surveys of individuals in different countries suggest that a 10% increase in the average length of trials is associated with a decrease of around 2 percentage points in the probability to have confidence in the justice system". (Énfasis añadido). OECD (2013), "What makes civil justice effective?", *OECD Economics Department Policy Notes*, Nº 18 June 2013, p. 2.

[55] En general véase: A. UZELAC (ed.), *Goals of civil justice and civil procedure in cotemporary juidicial system*, Springer, 2014; CH. van Rhee and F. Yulin, Editors, *Civil litigation in China and Europe*, Springer, 2014; L. Ervo and A. Nylund (ed.), *The*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

al propio TEDH cuya carga de trabajo y, por consiguiente, acumulación de causas pendientes llegó a desbordarlo peligrosamente. De este modo el año 2002 se creó mediante Resolución Res(2002)12, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), con un doble propósito: "(a) to improve the efficiency and the functioning of the justice system of member states, with a view to ensuring that everyone within their jurisdiction can enforce their legal rights effectively, thereby generating increased confidence of the citizens in the justice system and (b) to enable a better implementation of the international legal instruments of the Council of Europe concerning efficiency and fairness of justice".[56]

La referida Comisión ha trabajando desde entonces en la medición del tiempo que alcanzan los procesos judiciales en los diversos países de Europa, tratando de homogeneizar la información estadística que éstos generan. De este modo la Comisión ha producido unas directrices *"GOJUST Guidelines"* que son útiles a la hora de comparar lo que sucede en cada país y, de esta forma, establecer qué mejoras se pueden implementar en cada uno de sus sistemas judiciales. Uno de los indicadores que utiliza la CEPEJ, entre otros, es el denominado *Clarence Rate* (CR), que permite comparar cada año la carga de trabajo que mantienen los tribunales en cada país. El indicador analiza el número de procesos judiciales que ingresan cada año a los respectivos sistemas judiciales, en relación con el número de procesos que son resueltos (los que salen del sistema). Desde este punto de vista en el informe del año 2014, capítulo 9, relativo a la eficacia de los tribunales, se señala:

future of civil litigation. Access to courts and courts-annexed mediation in Nordic countries, Springer, 2014; X.E, KRAMER and CH VAN RHEE (ed.), *Civil litigation in a globalizing world*, Springer, 2012. J. MAXEINER (y otros), *Failures of American civil justice in international perspective*, Cambridge, 2011; CHASE-HERSJKOFF (ed.), *Civil litigation in comparative context*, Thomson-West, USA, 2007; VAN RHEE (ed.), *The Law's delay. Essays on undue delay in civil litigation*, Intersentia, 2004. N. Trocker and V. Varano (ed.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Torino, 2005.

[56] "(a) para mejorar la eficacia y el funcionamiento del sistema de justicia de los estados miembros, con el objeto de asegurar que toda persona dentro de su jurisdicción puedan hacer valer sus derechos eficazmente, generando, de esta forma, mayor confianza en el sistema de justicia entre los ciudadanos; y (b) permitir una mejor puesta en práctica de los instrumentos jurídicos internacionales del Consejo de Europa referente a la eficacia e imparcialidad de la justicia". Artículo 1 Estatuto de la CEPEJ. Apéndice 1 de la Resolucioón Res(2002)12. (Traducción libre).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

"The Clearance Rate, expressed as a percentage, is obtained when the number of resolved cases is divided by the number of incoming cases and the result is multiplied by 100:[57]

$$(\%) = \frac{\text{Resolved cases in a period}}{\text{Incoming cases in a period}} \times 100$$

1.9. Lo anterior ha permitido confeccionar un cuadro más preciso de lo que sucede en materia judicial en cada estado europeo y, de este modo, determinar cuáles muestran un buen desempeño y cuáles no. Entre estos últimos destaca Italia que, pese a todas las reformas que ha efectuado al *Codigo de Procedura Civile*, no parece encontrar la solución al problema de la dilación de los proceos judiciales.[58] Como una forma atemperar esta situación el año 2001 se promulgó la conocida en el foro como *Legge Pinto*, que estableció el tiempo de duración máximo que podían alcanzar los procesos judiciales: tres años en primera instancia; dos años en apelación y un año para el recurso de casación. Lo máximo, por tanto, que debían durar estos procesos era de seis años. En el evento de que un juicio sobrepasara este lapso, se previó un procedimiento para que las partes demandaran al Estado italiano la correspondiente indemnización de los

[57] "El índice *Clearence*, expresado como un porcentaje, se obtiene dividiendo el número de procesos resueltos por el número de procesos entrantes y multiplicando el resultado por 100". En el referido informe se expresa que "A Clearance Rate close to 100% indicates the ability of the court or of a judicial system to resolve more or less as many cases as the number of incoming cases within the given time period. A Clearance Rate above 100% indicates the ability of the system to resolve more cases than received, thus reducing any potential backlog. Finally, if the number of incoming cases is higher than the number of resolved cases, the Clearance Rate will fall below 100%. When a Clearance Rate goes below 100%, the number of unresolved cases at the end of a reporting period (backlog) will rise. Essentially, a Clearance Rate shows how the court or judicial system is coping with the in-flow of cases". CEPEJ Report on "European judicial systems - Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice", p. 191.

[58] Al respecto se ha expresado: "The constitucional referencia to the "reasonable duration" of judicial proceedings [alude al art. 111 constitucional] may sound almost paradoxical in light of the notorious unreasonable length of Italian cases. As a matter of fact, excessive delay has always been one of the most egregious shortcomings of Italian justice, and the reason that brought about and endless series of reform affecting civil procedure and the Code since the 1950. Since no reform has proven to be effective, as is clearly demonstrated by the fact that at the end of June 2011 the backlog burdening civil courts amounted to the astronomical number of 5.5 million cases and that the average length of adjudication was estimated at 7 years and 3 months, it is reasonable to expect a new wave of reforms in the near future". SILVESTRI, "Italy: civil procedure crisis", en *Civil litigation in China and Europe*, CH (Remco) van Rhee and Fu Yulin, Editors. Springer, 2014, pp. 236 y 237. Véase, asimismo, CONSOLO, CLAUDIO, *Le tutele*, t. I, CEDAM, Milán, 2003, pp. 54-74.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

daños y perjuicios que la excesiva demora les hubiere provocado. La competencia para conocer de este procedimiento se entregó a la respectiva Corte de Apelaciones *(Corte d'Appello)*. En última instancia lo que el gobierno italiano buscaba con esta ley era evitar que las partes acudieran directamente al Tribunal de Estrasburgo en busca de dicha indemnización.

Todo indica, sin embargo, que el remedio salió más caro que la propia enfermedad: la ley misma generó nuevos problemas en el sistema de administración de justicia en Italia: por un lado, las demandas aumentaron el nivel de congestión y retraso en las Cortes de Apelaciones; por el otro, los daños concedidos a los reclamantes fueron inadecuados.[59] Adicionalmente, el Estado italiano no ha podido cumplir con dichos pagos por falta de presupuesto en las arcas fiscales. Todo lo anterior significó, se comprenderá, nuevas demandas ante el TEDH.

El año 2010 el TEDH condenó a Italia en el caso *Gaglione and Others v. Italy*,[60] por violación tanto del art. 6.1 de la Convención como del art. 1º del Protocolo Nº 1 de la Convención (derecho al uso y disfrute de la propiedad), porque los demandantes no fueron indemnizados en un tiempo razonable. Este tiempo, en opinión del TEDH, no puede ser superior a los seis meses desde que el fallo que concedió la indemnización pueda ejecutarse. La Corte, adicionalmente, manifestó su enorme preocupación por el número de casos pendientes conforme a la *Legge Pinto*, llamando al gobierno italiano a mejorar esta situación, a proveer de mayores fondos para indemnizar a las víctimas y destacando que la situación de Italia ponía en peligro el trabajo mismo del TEDH, con un incremento significativo de los procesos pendientes de fallo.

La *Legge Pinto* tuvo que ser reformada el 2012. La finalidad de la reforma va en dos direcciones: (i) disminuir los tiempos de resolución de controversias de la Corte de Apelaciones. La Corte puede desestimar el recurso cuando estima que no existe alguna

[59] Entre otras razones porque la legislación italiana consideró que la indemnización se debía calcular *solo* por el periodo de tiempo que excedía la duración máxima del proceso. Es decir, y así lo afirmó también la *Corte di Cassazione* (3716/2008), no se tiene que tomar en cuenta la duración total del proceso a efectos de indemnizar, sino sólo la diferencia entre un proceso de duración "normal" de acuerdo con la *Legge Pinto* y uno que le excede. Para el año 2013, de acuerdo con información proporcionada por el Ministerio de Justicia italiano, el monto que el Estado italiano debía a las víctimas de la duración excesiva de los procesos judiciales era de $ 340 millones de euros.

[60] Nº 45867/07, 21 de diciembre de 2010.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

posibilidad concreta de que sea acogido. (ii) Racionalizar el procedimiento para obtener la indemnización por una excesiva duración del proceso y, de este modo, reducir los gastos públicos relacionados con la materia.

Una novedad importante después de la reforma del año 2012 (art. 4 de la ley) es que la demanda, en contraste con lo que ha establecido el TEDH, se puede presentar en los seis meses siguientes a que la decisión se ha transformado en definitiva. Sobre este tema se ha pronunciado la Corte Costituzionale –sentencia Nº 30 del 24 de febrero 2014–, diciendo que la reforma de la *Legge Pinto* va en contra de la jurisprudencia del TEDH y exhorta el Ejecutivo a cambiar esta disposición, a pesar de que ha declarado inadmisible la excepción de inconstitucionalidad propuesta.

3. EXPANSIÓN DE LA TUTELA PROVISIONAL: ÁMBITO LOCAL E INTERNACIONAL[61]

1.10. La tutela provisional es un mecanismo al que cada vez más se acude como forma de paliar –al menos en parte– los males que antes hemos descrito. Frente a la generalizada crisis que sufre la tutela ordinaria como forma normal de poner fin al litigio, en las últimas décadas, y en ordenamientos pertenecientes a diferentes familias jurídicas, no es de extrañar que esta tutela haya experimentado una fuerte expansión.[62] En el derecho inglés, por ejemplo, la figura de los *provisional remedies* ha tenido un gran desarrollo que se ha traducido en importantes cambios al interior de su maquinaria judicial y

[61] Desde mi perspectiva esta tutela engloba dos instrumentos procesales: por un lado, las medidas cautelares que han experimentado en los últimos treinta años un significativo desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial; y, por el otro, los llamados procesos de urgencia o sumarios, que también muestran una sólida expansión. En el mismo sentido se ha expresado HERSHKOFF: "[...] Short-cut remedies typically fall into two categories: first, those that produce a final judgment on an expedited or summary basis; and second, those that offer provisional relief during the pendency of a lawsuit. Although conceptually distinct, summary and provisional remedies often work togheter in the same lawsuit, implicating important issues of fairness, cost and proportionality". "Shorts-cuts to judgment and provisional remedies", en CHASE-HERSHKOFF (ed.), *Civil litigation in comparative context*, ob. cit., p. 276.

[62] Véase DE VITO-BEARDWORTH (ed.). *The real legal weapons: Interim measures in civil and criminal cases*. Dike, Zurich, 2009. En este libro se analiza la situación de las medidas cautelares en catorce países: Argentina, Bélgica, Canadá, Inglaterra y Gales, Finlandia, Francia, Israel, Italia, Letonia, Holanda, Rusia, España, Suiza y los Estados Unidos de Norteamérica.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

en objeto de un creciente estudio por la doctrina jurídica.[63] En este sentido, desde el año 1975 a la fecha han tenido un gran desarrollo dos especiales *injuctions*: la denominada *Freezing injunction* y la *Search orders*, ambas de creación jurisprudencial y actualmente contenidas en *s. 37 Senior Court Act* 1981.[64] Más adelante me referiré en detalle a la primera de las medidas nombradas.

En Italia, el artículo 700 del CPC italiano, que regula el *provvedimento d'urgenza*, cada vez tiene mayor aplicación como forma de solución provisional y anticipada de la controversia.[65] Según observa

[63] Sólo a modo ilustrativo puede verse: ANDREWS, *On civil processes*. Court proceeding. Intersentia, Cambridge, 2013, v. I, chapter 10 Pre-trial termination of actions without settlement: interim, summary, default, preliminary and striking out procedures, pp. 213-260; BEAN, *Injunctions*, 11th ed., Sweet & Maxwell, 2012. ZUCKERMAN, *On civi procedure principles of practice*, Sweet & Maxwell, 2ª ed., 2006 (reprinted 2011), Chaper 9, Interim remedies: injunctions, interim payment, security for cost, pp. 296-394; KHOO-WINDSOR, *Civil litigation, evidence and remedies*, 2014-2015, chapter 18 Interim injunction, pp. 88-91; HERSJKOFF, "Shorts-cuts to judgment and provisional remedies" en CHASE-HERSJKOFF (ed.), *Civil litigation in comparative context*, Thomson-West, USA, 2007, pp. 276-326; GORE, "Interlocutory injunctions, a final judgment?", en *The modern law review* (1975), vol. 38, pp. 672-679; WALLINGTON, "Injunctions and the 'rigth to demonstrate'", en *The Cambridge law journal* (1976), vol. 35, abril, pp. 82-111; GRANT, "Interlocutory injunctions: time for a new model?" en *University of Toronto law journal*, (1980), vol. 30, pp. 240-282; CARLSON, "Granting an interlocutory injunction: what is the test?", en *Manitoba law journal* (1982), v. 12, Nº 2, pp. 109-128; MACLEOD ROGERS-HATELY, "Getting the pre-trial injunction", en *The Canadian bar review* (1982), vol. 60, Nº 1, pp. 1-35; PERELL, "The interlocutory injunction and irreparable harm", en *The Canadian bar review* (1989), vol. 68, pp. 538-559; GALINSKY, "Interlocutory injunctions and damages", en *Litigation* (1992), vol. 136, pp. 1086 y 1087; GOLDREIN-WILKINSON-KERSHAW, *Comercial litigation pre-emptive remedies*, 3ª ed., Londres, 1997.

[64] *Vid.* ROSE, "The Mareva injunction –attachment in personal–", en *Lloyd's maritime and commercial law* (1981), febrero, pp. 1-16 (primera parte), y pp. 177-198 (segunda parte); DINE-MCEVOY, "Are Mareva injunctions becoming attachment orders?", en *Civil justice quarterly* (1989), pp. 236-248; ZUCKERMAN, "Mareva injunction and security for judgment in a framework of interlocutory remedies", en *The law quarterly review* (1993), vol. 109, pp. 432-460; S.W. HOYLE, *Mareva injunctions and related orders*, 3ª ed., Londres, 1997; BURROWS, *Remedies for torts and breach of contract*, 2ª ed., Londres, 1994, pp. 387-451. ZUCKERMAN, *On civil procedure principles of practice*, Sweet & Maxwell, 2ª ed., 2006 (reprinted 2011), pp. 359-380; ANDREWS, *On civil procedure*, Intersentia, Cambridge, 2013, v. I, chapter 12 Protective relief, pp. 587-610.

[65] *Vid.* CONSOLO, CLAUDIO, *Le tutele*, t. I, CEDAM, Milán, 2003, pp. 283-346; VARANO, "Civil procedure reform in Italy", ob. cit., pp. 657-674; PROTO PISANI, *Lezione di diritto processuale civile*, 2ª ed., Nápoles, 1996, parte relativa I provvedimenti d'urgenza, pp. 690-704. DITTRICH, "Il provvedimento d'urgenza", en *Il nuovo processo cautelare*, a cargo de TARZIA, Padova, 1993, pp. 175-205. Para una visión general de las medidas provisionales *vid.* SALETTI, "Le système des mesures provisoires en droit italien", en

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

PROTO PISANI, "se trata de un procedimiento cautelar sumario: en presencia de condiciones entre la probable subsistencia del derecho accionable en vía ordinaria (*fumus boni iuris*) y un *periculum in mora* "inminente e irreparable", causado por la permanencia del derecho en un estado de insatisfacción por todo el tiempo necesario para obtener una sentencia de cognición plena, el titular del derecho puede obtener una medida idónea en el contenido, para asegurar o para anticipar, provisionalmente, los efectos de la futura decisión de fondo; la medida, característica de un conocimiento sumario ya que es superficial, provisional e instrumental respecto a la sentencia de conocimiento pleno".[66]

En España la LEC reguló de manera sistemática las medidas cautelares en los artículos 721 y ss. De esta regulación destacan las medidas contempladas en los arts. 726.2 y 727.11[67] que prevén claros fines anticipativos de la pretensión deducida en el proceso principal.[68]

En Alemania, las medidas provisionales de seguridad (el *Arrest* y la *einstweilige Verfügung*) se han convertido en objeto de extraordinaria importancia en el trabajo diario de los tribunales alemanes en la búsqueda por alcanzar una efectiva administración de justicia.[69]

Les mesures provisoires en droit Belge, Français et Italien, Étude de droit comparé, bajo la dirección de COMPERNOLLE-TARZIA, Bruselas, 1998, pp. 59-70.

[66] *Lezioni...*, ob. cit., p. 690.

[67] El primero de los artículos dispone al efecto: "Características de las medidas cautelares [...] 2. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte". El art. 727, por su parte, señala que "Medidas cautelares específicas. Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: Nº 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 pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio".

[68] *Vid.* PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2012.

[69] *Vid.* UNGER, MARK, "Medidas cautelares y tutelas provisorias de derechos en el proceso civil alemán", en *Derecho procesal civil comparado: homenaje a Rolf Stürner*, Pérez Ragone, Álvaro, Tavolari, Pía (coordinadores), Thomson Reuters, 2014, pp. 113-131. MURRAY y STÜRNER, *German civil justice*. Carolina Academic Press, USA, 2004, pp. 433 y ss. GRUNSKY, "Reflexiones sobre la eficacia del derecho procesal civil en Alemania", en *Para un proceso civil eficaz*, Barcelona, 1982, pp. 143-154; BAUR, *Estudios sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*, trad. al portugués de Armindo Laux, Porto Alegre, 1985, especialmente pp. 11-18; ROSE (editor general),

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En Francia, en el año 1973 se introdujo la figura del *référé provision*, quizás el instrumento europeo de mayor éxito en esta lucha contra la dilación de los procesos. Como observa PERROT, "el fenómeno más espectacular en materia de rapidez procesal ha sido el de la prodigiosa eclosión experimentada en los últimos años por las llamadas 'resoluciones provisionales', es decir, resoluciones dictadas provisionalmente en el curso del proceso en espera de que el tribunal pronuncie la sentencia definitiva".[70] En el mismo sentido se ha dicho: "[T]here also exist special adversial procedures, such as summary proceedings *(procédures de référé)* and *ex parte* proceedings *(procédures sur requête)*, both of which are very frequently used. This long-practiced procedure, dating to before the French Revolution, emerged to remedy the excessive slowness and complexity of proceedings. Its success has become significant lately due to the explosion of litigation and the protractedness of proceeding which the increase in the number of court cases has brought about".[71]

Pre-emptive remedies in Europe, Londres, 1992, parte relativa a Alemania a cargo de GERSTENMAIER, pp. 117-136; KOCH-DIEDRICH, *Civil procedure in Germany*, La Haya, 1998, parte relativa a los *provisional proceedings* y *ex parte proceedings*, pp. 91-96. Para un estudio comparado de la tutela provisional en Inglaterra y en Alemania *vid.* GRUNERT, "Interlocutory remedies in England and Germany: a comparative perspective", en *Civil justice quarterly* (1996), vol. 15, enero, pp. 18-43.

[70] "La eficacia...", ob. cit., p. 193. *Vid.* SOULEZ, "Overview of the problems of French civil procedures", Symposium on civil procedure reform in comparative context, en *The American journal of comparative law* (1997), vol. 45, Nº 4, pp. 737-746, quien observa: "Also significant is the considerable recourse to emergency or summary proceedings (en référé), which enable a decision to be handed down with immediate effect within one month. 240,000 of such decisions are handed down each year, and an appeal is lodged in only 6.2% of cases". Ídem, p. 741. Para una visión general de las medidas provisionales *vid.* NORMAND, "Les fonctions des référés", en *Les mesures provisoires en droit Belge, Français et Italien*, Étude de droit comparé, bajo la dirección de COMPERNOLLE-TARZIA, Bruselas, 1998, pp. 72-87. Para un estudio comparado de los remedios provisionales en Inglaterra y en Francia *vid.* NGWASIRI, "Pre-triel civil procedings in England and France: a comparative study", en *Civil justice quarterly* (1991), pp. 289-310.

[71] CADIET y AMRANI-MEKKI, "Civil procedure", en *Introduction to French Law*, Wolters Kluwer, Holanda, 2008, p. 317. "[T]ambién existe(n) procedimientos contenciosos especiales, como procesos sumarios (*procédures de référé*) y procesos unilaterales –*ex parte*– (*procédures sur requête*), ambos utilizados con mucha frecuencia. Este antiguo procedimiento, que se remonta antes de la Revolución Francesa, surgió para solucionar la excesiva lentitud y complejidad de los procesos judiciales. Su reciente éxito ha sido importante debido a la explosión de litigios y a lo prolongado de los procedimientos lo cual ha incrementado en el número de procesos judiciales". (Traducción libre).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

1.11. El auge de las medidas provisionales no se restringe solo al uso que los tribunales nacionales vienen haciendo de las mismas, sino que han alcanzado un importante desarrollo en los tribunales internacionales. Al respecto destaca la Corte Internacional de Justicia en cuyos estatutos se prevé la posibilidad de adoptar este tipo de medidas.[72] Si bien durante algún tiempo se planteó la duda en cuanto a si dichas medidas eran vinculantes o no para los estados, ello se zanjó en el proceso *La Grand* el año 2001, donde la CIJ aclaró que las medidas provisionales obligaban a las partes y su incumplimiento podía generar la responsabilidad internacional de los estados.

En términos muy generales el aludido proceso trata de dos ciudadanos alemanes (Walter y Karl LaGrand) que crecieron y pasaron la mayor parte de sus vidas en EE.UU. Nunca, en todo caso, obtuvieron la nacionalidad de este último país. El año 1982 fueron detenidos por haber participado en el intento de robo armado de un banco en Arizona, en el cual murió el gerente del banco y fue herido de gravedad otro trabajador. El año 1984 los dos hermanos fueron condenados a la pena capital sin haber obtenido la asistencia consular de Alemania. Tanto EE.UU. como Alemania eran parte de la Convención de Viena que obliga a los estados a dar noticia de inmediato cuando un ciudadano de otro país es detenido en su territorio. El gobierno de EE.UU. reconoció que sus autoridades no cumplieron con esta obligación. La sentencia condenatoria fue recurrida por los hermanos LaGrand en diversas instancias, tanto locales como federales. Finalmente el año 1999 todos las impugnaciones y clemencias solicitadas fueron desechadas. Karl LaGrand fue ejecutado el 24 de febrero de 1999.

La ejecución de su hermano Walter quedó programada para el día 3 de marzo de 1999. El día 2 de marzo, es decir, un día antes de la ejecución, el gobierno Alemán demandó a EE.UU. ante la CIJ donde pidió, entre otras cosas, que se condenara a EE.UU. por haber infringido el art. 36 de la Convención de Viena sobre asistencia consular. Solicitó, asimismo, de manera provisional y urgente que se ordenara por la Corte la suspensión de la ejecución programada para el día siguiente. En relación con esta última petición la CIJ resolvió:

[72] El artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone: "1. The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party. 2. Pending the final decision, notice of the measures suggested shall forthwith be given to the parties and to the Security Council".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

"In an Order of 3 March 1999. this Court found that the circumstances required it to *indicate,* as a matter of the greatest urgency and without any other proceedings, provisional measures in accordance with Article 41 of its Statute and with Article 75, paragraph 1, of its Rules (I. C.J. Reports 1YYY (1), p. 15, para. 26); it *indicated* provisional measures in the following terms *"(a)* The United States of America should take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand is not executed pending the final decision in these proceedings, and should inform the Court of all the measures which it has taken in implementation of this Order: (b) The Government of the United States of America should transmit this Order to the Governor of the State of Arizona".[73]

Una vez notificada la orden (¿recomendación?) al gobernador de Arizona este la rechazó y mandó proseguir con la ejecución. El día mismo de esta el gobierno alemán solicitó a la Corte Suprema de EE.UU. que paralizara la condena en virtud de que existía una medida cautelar adoptada por la CIJ. El Abogado General de los EE.UU., *inter alia,* argumentó que la resolución de la CIJ no era vinculante para los estados firmantes de la Convención. El art. 41 del estatuto de la Corte, señaló la referida autoridad, empleaba la voz *indicate,* es decir, recomendar y no ordenar *(order).* La Corte Suprema de Estados Unidos, por su parte, rechazó la petición de Alemania alegando que fue hecha demasiado tarde. Walter LaGrand fue ejecutado el 3 de marzo de 1999.

El procedimiento ante la CIJ continuó. Alemania pidió –adicionalmente– que se condenara a EE.UU.: "[...] by failing to take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand was not executed pending the final decisión of the International Court of Justice on the matter, violated its international legal obligation to comply with the Order on provisional measures issued by the Court on 3 March 1999, and to refrain from any action which might interfere with the subject matter of a dispute while judicial proceedings are pending". Los Estados Unidos pidieron el rechazo de esta solicitud.

Frente a este último planteamiento la CIJ expresó, en primer término, que con anterioridad a la petición de Alemania no se había

[73] "En una orden con fecha del 3 de marzo de 1999, esta Corte encontró que las circunstancias que le solicitan *recomendar,* con máxima urgencia e independientemente de todo otro procedimiento, medidas cautelares de acuerdo con el art. 41 de su Estatuto y con el art. 75, párrafo 1, de sus reglas (I.C.J. Reportes 1YYY (1), p. 15, párrafo 26); las medidas recomendadas lo fueron en los siguientes términos: "(a) Estados Unidos de América debe adoptar todas las medidas a su alcance a fin de asegurar que Walter LaGrand no sea ejecutado mientras se encuentre pendiente la decisión final de este asunto, y debe informar a la Corte de todas las acciones llevadas a cabo para implementar esta orden. (b) El Gobierno de Estados Unidos de América debe transmitir la misma al gobernador del Estado de Arizona". *LaGrand Case (Germany v. United State of America)* ICJ Rep. 2001. (Énfasis añadido). (Traducción libre).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

decidido sobre los efectos legales de una medida provisional. Este era el momento de hacerlo.[74] Posteriormente la CIJ se concentró en la versión original del art. 41, en francés, para determinar el alcance de la palabra *indicate* (*indiquer* en francés). Para la Corte dicha palabra tenía en 1920 un significado similar al de *order, must* o *shall,* por lo cual descartó el argumento de Estados Unidos de que la medida provisional no era vinculante. Posteriormente se centró en el propósito de la medida provisional. Al respecto señaló:

The Court will therefore now consider the object and purpose of the Statute together with the context of Article 41. The object and purpose of the Statute is to enable the Court to fulfil the functions provided for therein, and, in particular, the basic function of judicial settlement of international disputes by binding decisions in accordance with Article 59 of the Statute. The context in which Article 41 has to be seen within the Statute is to prevent the Court from being hampered in the exercise of its functions because the respective rights of the parties to a dispute before the Court are not preserved. It follows from the object and purpose of the Statute, as well as from the terms of Article 41 when read in their context, that the power to indicate provisional measures entails that such measures should be binding, inasmuch as the power in question is based on the necessity, when the circumstances call for it, to safeguard, and to avoid prejudice to, the rights of the parties as determined by the final judgment of the Court. *The contention that provisional measures indicated under Article 41 might not be binding would be contrary to the object and purpose of that Article.*[75] (Énfasis añadido).

[74] "98. Neither the Permanent Court of International Justice, nor the present Court to date, has been called upon to determine the legal effects of orders made under Article 41 of the Statute. As Germany's third submission refers expressly to an international legal obligation "to comply with the Order on Provisional Measures issued by the Court on 3 March 1999", and as the United States disputes the existence of such an obligation, the Court is now called upon to rule expressly on this question".

[75] "La Corte, por lo tanto, considerará el objeto y el propósito del Estatuto, así como el contexto del art. 41. El objeto y el propósito del mismo es permitir a la Corte cumplir las funciones establecidas en él y, particularmente, la función básica de resolver judicialmente las controversias internacionales por medio de decisiones obligatorias de acuerdo con el art. 59 del Estatuto. El contexto en el cual el art. 41 debe ser visto es evitar que la Corte se vea obstaculizada en el ejercicio de sus funciones porque los respectivos derechos de las partes, en un conflicto ante ella, no sean conservados. Se desprende del objeto y del propósito del Estatuto, así como del contexto del art. 41, que la facultad de recomendar medidas cautelares implica que ellas deben ser obligatorias, ya que la facultad en cuestión se basa en la necesidad, cuando las circunstancias lo requieren, de salvaguardar y evitar el daño a los derechos de las partes, según lo determinado por la decisión final de la Corte. *El argumento en el sentido de que las medidas cautelares ordenadas bajo el art. 41 pudieran no ser obligatorias sería contrario al objeto y al propósito de dicho artículo*". (Traducción libre). (Énfasis añadido).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

Con posterioridad a esta decisión, como he avanzado, las medidas cautelares se han convertido en una herramienta de cotidiano uso por las cortes internacionales.[76] No se olvide, en todo caso, que en el plano internacional las disputas envuelven elementos mucho más dramáticos que los que suelen afectar a las partes de una disputa civil. Veremos que los requisitos de concesión no difieren sustancialmente en uno y otro plano. Los resultados prácticos sí.

4. Problemas que plantea la tutela provisional

1.12. No se piense, en todo caso, que la tutela provisional es la panacea que va a resolver todos los males que aquejan al proceso civil; actualmente presenta importantes inconvenientes que no han recibido una adecuada atención ni legislativa ni doctrinal, dados por la tentación de expandir considerablemente su ámbito de aplicación y transformarla, de este modo, en una tutela generalizada (y en no pocas ocasiones definitiva) de resolución de litigios.[77] Así, en el derecho italiano, VARANO observa que "en este contexto, ha adquirido una importancia particular el art. 700 CPC, el cual permite al tribunal, a falta de otro medio jurídico disponible, conceder un 'remedio urgente' en vista de un peligro de daño inmediato e irreparable. Importante como este fenómeno ha sido, no obstante preocupante por muchas razones, la disminución de garantías del debido proceso y *de hecho jueces y abogados han llegado a considerarlo* 'normal' (o mejor dicho, la única forma efectiva de protección judicial) lo que debiera ser considerado extraordinario".[78]

[76] *Vid.* S. ROSENNE, S. *Provisional measures in international law*, Oxford, 2005. R. BERNHARDT (ed.), *Interim measures indicated by international courts*, Springer-Verlag 1994.

[77] En la exposición de motivos de la LEC se dice a este propósito: "Aunque necesarias para conjurar el *periculum in mora*, las medidas cautelares no dejan de entrañar, como es sabido, otros peligros y riesgos. De modo que es preciso también regular cuidadosamente, y así se ha pretendido en esta Ley, la oposición a las medidas cautelares, su razonable sustitución, revisión y modificación y las posibles contracautelas o medidas que neutralicen o enerven las cautelares, haciéndolas innecesarias o menos gravosas".

[78] VARANO, "Civil...", ob. cit., p. 661. En el mismo sentido PROTO PISANI manifiesta que "el procedimiento sumario previsto por esta norma ha asumido una función inestimable por cuanto ha sido con muchísima frecuencia el 'único' procedimiento que, de hecho, ha proporcionado la tutela jurisdiccional adecuada a una vasta y variada serie de situaciones de privilegio con contenido no patrimonial (como las libertades formales clásicas, los derechos de la personalidad, el derecho a la salud, etc.) o derechos de contenido patrimonial que, institucionalmente o en

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En el mismo sentido ZUCKERMAN[79] observa que el tiempo es una dimensión de la justicia ampliamente reconocida y que se refleja en el aforismo legal "justicia retrasada es justicia denegada". Señala, igualmente, que uno de los dispositivos más importantes con que cuenta el proceso civil inglés para asegurar que la justicia no sea denegada a causa de su dilación lo constituyen las medidas provisionales *(interlocutory injunctions)*. "La filosofía que se encuentra detrás de estas medidas es que en casos de urgencia los tribunales pueden dictar un interdicto provisional que no tiene el propósito de establecer derechos permanentes en favor de las partes, sino mantener el *statu quo* mientras estas continúan con el procedimiento hasta su total término. Igualmente, se argumenta que cualquier daño que pueda producirse como consecuencia de la decisión de conceder o rechazar la medida provisional será restablecido en la sentencia definitiva".

ZUCKERMAN apunta que "en el centro de esta filosofía se encuentra la noción de que los tribunales pueden adoptar decisiones urgentes y oportunas, y de este modo, asegurar que la capacidad de impartir justicia no será minada producto de la dilación del juicio, y, al mismo tiempo, mantener las normales garantías del procedimiento consideradas esenciales para alcanzar una sentencia justa. De este modo, esta filosofía presupone que las medidas adoptadas para promover resoluciones oportunas no comprometen el derecho que tiene cada parte de obtener lo que le es debido". Agrega

un caso particular, sirven para garantizar al titular la satisfacción de las necesidades primarias que no puedan satisfacerse de otra forma (tales como el derecho a la retribución, el derecho a la reintegración en el puesto de trabajo del trabajador despedido ilegítimamente, el derecho al funcionamiento de servicios públicos esenciales gestionados en régimen de concesión o de monopolio, el derecho del arrendatario al mantenimiento del inmueble alquilado, etc.), e incluso derechos de contenido y función exclusivamente patrimoniales con relación a los cuales, por causa de la complejidad de los pronunciamientos necesarios para individualizar el daño efectivamente realizado, es presumible *a priori* que si el daño se continúa produciendo durante el proceso de cognición ordinaria se lograría un distanciamiento excesivo entre daño efectivamente causado y daño efectivamente resarcido (es el caso, especialmente, de la represión de la concurrencia desleal)". Agrega el autor citado que "el reconocimiento de la función del art. 700 del Código Procesal Civil, asumida en los últimos años como medida cautelar, no debe, en mi opinión, hacernos olvidar que la función del art. 700 es la de una típica norma de clausura, es decir, la de una norma encaminada a dar salida a exigencias de tutela no previstas por el legislador, una vez que tales exigencias hayan surgido y sean consideradas con un carácter no marginal o esporádico". "La eficacia...", ob. cit., pp. 226 y 227.

[79] "Quality...", ob. cit., pp. 353 y 354.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

el autor citado que "esta filosofía presenta importantes grietas. La necesidad de obtener decisiones en tiempo no siempre se satisface sin algún sacrificio en la calidad del proceso y una consecuente disminución del nivel de exactitud [...]. La actual estrategia de las medidas provisionales oculta el costo real en términos de desigualdad en el procedimiento y diferente protección de los derechos de las partes, con el resultado de que insuficientes medidas han sido adoptadas a efectos de prevenir una parcial y desigual protección de estos derechos".[80]

1.13. En este contexto, las medidas provisionales no deben transformarse en instrumentos de solución definitiva del litigio, no por una cuestión de índole semántica, que al fin y al cabo poco importa en estas consideraciones, sino porque aun respetando la circunstancia de que las partes estén de acuerdo en que la solución de su litigio se efectúe en esta sede,[81] lo preocupante es desviar los fines que la tutela provisional debe cumplir e inhibir el objeto principal del juicio ordinario.[82] PERROT señala respecto del *référé* francés que "la

[80] Ídem, p. 354.

[81] JACOB observa en relación con el derecho inglés que "una medida provisional *(interlocutory injunction)* puede ser concedida *inter partes* pendiente el juicio y, en verdad, en la mayoría de los casos esta medida pone fin, de una u otra forma, al procedimiento; en muchas ocasiones las partes están de acuerdo en acelerar la solución de la controversia, y de este modo, lo que ha sido una medida provisional se transforma en una solución permanente de la disputa. En otras palabras, no obstante que una *injunction* es normalmente considerada como un remedio provisional, en la mayoría de las situaciones no opera si no como una solución final, y de esta forma, el proceso se acelera y, en cierto modo, también se simplifica". "Accelerating...", ob. cit., p. 114. Tratándose del derecho alemán, LEIBLE observa que "tal concepción [el carácter provisional del embargo y de la disposición provisional] prevista por razones jurídicas no impide a la práctica aceptar como definitivas las decisiones dictadas sólo provisionalmente. Este fenómeno ante todo se observa en el ámbito del derecho de prensa y competencia. De allí resulta la enorme importancia práctica tanto del procedimiento de embargo preventivo como del de la disposición provisional". *Proceso civil alemán*, Medellín/Bogotá, 1999, p. 528.

[82] ZUCKERMAN observa que "como resultado, la *Mareva injunction* coloca a los demandados en una seria inferioridad de condiciones. Se puede asumir sin temor a equivocarse que, al igual que las *interlocutory injunction, la Mareva injunction* producirá un rápido fin del litigio. La justicia de estas consecuencias se transforma en una justicia de *Mareva* procedimiento". "Mareva injunctions and security for judgment in a framework of interlocutory remedies", en *The law quarterly review*, v. 109 (1993), p. 436. Respecto del derecho chileno la comisión de estudios del sistema judicial en su informe final sobre reformas al sistema judicial, en relación con las medidas precautorias señaló que "se ha ido haciendo una práctica común que las partes soliciten y el juez decrete medidas precautorias de exagerada amplitud.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

experiencia muestra que el sistema de la 'provisión' es beneficioso, puesto que produce en la mayoría de los casos 'un efecto disuasorio muy eficaz'. Es tal su eficacia que los jueces han adoptado la costumbre de acordar 'provisiones' cuyo *quantum* corresponde frecuentemente al valor de la demanda. La consecuencia inmediata ha sido esta: ni el demandante, ni el demandado muestran interés en continuar el proceso".[83]

Pero lo anterior no es todo el problema y el autor no analiza la otra cara de la moneda, a saber, si están resguardados debidamente los derechos de la parte demandada; si tiene posibilidades reales de ser resarcida en el caso de que la medida provisional sea errónea, y los fuertes incentivos que esta situación produce para solicitar medidas temerarias. Si cada vez que se presenta una demanda se concede "provisionalmente" el total de la pretensión, los incentivos para litigar son enormes, y la señal que en este caso se envía a los justiciables también es incorrecta.[84]

Esta generalización en el uso de la tutela provisional puede conducir, como hemos adelantado, a una vulneración de los derechos de defensa del demandado. El principio de contradicción es clave en el desarrollo de un proceso justo y racional. No obstante lo

Así, en demasiados casos las medidas precautorias son la finalidad buscada por los demandantes, antes que la resolución del asunto". Informe final redactado por CORREA-VIAL, en *Proposiciones para la reforma judicial*, E. VALENZUELA, coordinador, Santiago, Chile, 1991, p. 97.

[83] PERROT, "La eficacia del proceso civil en Francia", en *Para un proceso civil eficaz*, Barcelona, 1982, p. 194.

[84] PERROT, Ídem, pp. 193 y 194, sí llama la atención sobre el posible error que puede cometer el juez de *référé*. Observa a este respecto que "tan expedito sistema [facultad de ordenar la entrega de una provisión en todos aquellos casos en que la obligación parezca claramente incontestable, arts. 809, 849 y 873 del Nuevo Código de Procedimiento Civil] comporta un peligro evidente: que el juez de urgencia se equivoque y condene injustamente al presunto responsable al pago de una importante cantidad de dinero. Este riesgo no debe ser descartado; máxime si se tiene en cuenta que la resolución es dictada inmediatamente por un órgano judicial unipersonal (el cargo de juez de urgencia lo desempeña el Presidente del Tribunal de *grand instance* o del Tribunal de comercio) y en un momento en que, por hipótesis, la instrucción no ha concluido. Ciertamente se trata de una resolución provisional, que no vincula al tribunal que en el futuro conozca el asunto en cuestión, de forma que este tribunal puede decidir que el presunto responsable no debe nada y que, por lo tanto, el beneficiario con el pago debe restituir a aquel la cantidad recibida. Pero no es menos cierto que el presunto responsable tiene que adelantar una suma de dinero cuya restitución puede resultar imposible en el futuro a causa de la insolvencia de la presunta víctima o, más simple aún, porque esta ha podido desaparecer sin dejar domicilio conocido. Por consiguiente, guste o no, el riesgo es evidente".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

anterior, constantemente se producen excepciones a este principio que se inspiran en principios exactamente opuestos. Así, por ejemplo, no es extraño que se concedan *ex parte* determinadas medidas provisionales,[85] aceptadas como limitaciones necesarias en pos de la celeridad y rapidez que caracterizan estas medidas. ¿Adoptan por los tribunales los mecanismos adecuados de salvaguarda de los derechos de los demandados?[86]

Existe el peligro de convertir a las medidas cautelares en armas sumamente abusivas, sin que existan en la práctica mecanismos adecuados de contrapeso, ya sea porque éstos o no funcionan correctamente o, más grave aún, ni siquiera han sido previstos por el legislador. En este sentido, y sin perjuicio de abordar más adelante el tema en detalle a propósito del derecho chileno, la fianza o caución no ha funcionado como debiera hacerlo. La caución tiene por objetivo facilitar la posterior y eventual responsabilidad del demandante por los daños y perjuicios causados al demandado con motivo de la concesión de una medida cautelar y prevenir contra peticiones abusivas. Ahora bien, si en el derecho inglés la principal salvaguarda que tiene el demandado contra las *injunctions* es el compromiso de responsabilidad *(the cross-undertaking)*, y si como lo reconoce la propia doctrina inglesa[87] presenta innumerables problemas en su realización práctica, la pregunta obvia sería ¿de qué sirve dicho compromiso? ¿Garantiza o no

[85] En estudio comparado entre el derecho inglés y el alemán GRUNERT observa que "the practice of granting interlocutory remedies *ex parte* has become more prevalent during the past year in both jurisdictions under consideration. It is the increase in applications for *ex parte* orders and the related increase of such orders granted by the courts wich cause problems of procedural injustice. This pratice stands in contrast to the concept of a '*right to be heard*' in court which reaches back to ancient Roman law and the *maxim audi alteram partem*". "Interlocutory...", pp. 22 y 23. *Vid.*, asimismo, para el derecho alemán: KOCH-DIEDRICH, *Civil...*, ob. cit., p. 96. Sin lugar a dudas, hay situaciones de emergencia en las cuales dar traslado de la solicitud de una medida provisional puede efectivamente frustrar su finalidad, pero establecer como regla general su concesión sin intervención de la contraparte no parece ser un procedimiento realmente justo.

[86] A este respecto ZUCKERMAN observa que "a judge hearing an *ex parte* application does not rule in a dispute between two parties because he has only the plaintiff before him. True, it is the judge's duty to see that the plaintiff does not abuse the process. But the judge has few tools at his disposal with which to discharge this duty. In an adversarial system the judge can look only at what the parties have placed before him. When the only presentation that the judge has is that of the plaintiff's case, as seen from the plaintiff's vantage point, he is hardly in a position to see the matter other than from that point of view". "Quality...", ob. cit., p. 368.

[87] ZUCKERMAN, "Mareva injunctions and security...", ob. cit., pp. 440 y 441; GALINSKY, "Interlocutory injunctions and damages" (1992) 136 *Solicitor Journal*, p. 1086. GRUNERT, "Interlocutory... ", ob. cit., pp. 31 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la eventual responsabilidad de quien solicitó una medida provisional? ZUCKERMAN argumenta que en los casos en que el demandado tiene éxito en revocar la medida provisional decretada *ex parte*, "puede encontrar dificultades a la hora de ser resarcido en los daños que ha sufrido en el intertanto. Aunque puede invocar el compromiso del demandante de indemnizarlo *(the plaintiff's undertaking in damages)* y reclamar esta compensación, puede encontrar que los tribunales son más bien reacios a investigar en la fase provisional, si ha habido negligencia en el deber de información *(culpable non-disclosure)* al conceder *ex parte* la medida. Incluso, en aquellos casos en que la responsabilidad del demandante se haya acreditado, hay una tendencia a posponer la investigación de los perjuicios hasta la fase de sentencia. Todo ello, en la práctica, reduce considerablemente la probabilidad del demandado de obtener una compensación, precisamente porque la mayoría de los pleitos no alcanzan la fase de sentencia".[88]

En este sentido, pareciera que la caución funciona más bien como un correctivo económico que limita *ex ante* la actuación de la parte que no está en condiciones de asegurar una eventual responsabilidad posterior. De ser esto correcto, no es del todo acertado –entonces– argumentar que la caución tiene por misión asegurar la eventual responsabilidad del demandante que, parece, no garantizar.

1.14. Del mismo modo, surge la inquietud de saber si en la labor de "Pilatos" que efectúa el tribunal (por una parte concede una medida provisional y, por la otra, no tiene ninguna responsabilidad en la errónea concesión de la misma) debe o no efectuarse un juicio de reproche o culpabilidad en el solicitante de la medida. En otras palabras, debemos establecer si la responsabilidad que asume el demandante es por el solo hecho de solicitar una medida cautelar que posteriormente será cancelada, o si por el contrario, su responsabilidad proviene del hecho de solicitar la medida temerariamente. Más allá del caso sencillo de una actuación de mala fe del demandante, esto es, de quien solicita la medida provisional con el propósito de causar un daño patrimonial al demandado, el tema se centra en determinar si la petición de buena fe de una medida cautelar, que posteriormente es cancelada, puede generar responsabilidad civil para el solicitante de la misma.

Si bien es cierto que el tiempo excesivo que emplean los tribunales en resolver el litigio produce fuertes incentivos a los demandados para dilatar la solución del conflicto, el uso indiscriminado de estas medi-

[88] ZUCKERMAN, "Quality...", ob. cit., p. 369.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

das se puede traducir en enormes abusos en contra de los intereses del demandado. Esta situación puede efectivamente conducir a un desequilibrio en el interior del procedimiento y transformarlo en un instrumento de la injusticia, puesto que el demandado, para quien la sola existencia de una demanda significa de suyo una molestia, debe soportar además una mayor interferencia en su patrimonio, un congelamiento en la disposición de sus bienes y, en definitiva, una serie de inconvenientes que tal vez sean del todo indebidos.[89]

No olvidemos que el demandante ha tenido una serie de ventajas: preparar la demanda en el tiempo que estime oportuno, escoger el mejor momento para presentarla, preparar los medios probatorios de que piensa valerse e, incluso, solicitar la adopción de una serie de medidas antes de notificarla. Tratándose, por ejemplo, de instituciones de crédito han exigido diversos tipos de garantías de cumplimiento de la obligación, han redactado sus abogados los contratos generalmente de adhesión que establecen importantes restricciones en la actuación de los deudores del sistema financiero.

1.15. No se piense, en todo caso, que aquí se está argumentando en favor de eliminar las medidas provisionales del ordenamiento procesal; sobre su necesidad e importancia no hay discusión alguna. Razonablemente nadie sostiene que los juicios debieran desarrollarse sin ningún tipo de resguardo o protección; por el contrario, con el actual nivel de retraso que tienen en general los procesos judiciales, las medidas provisionales son absolutamente imprescindibles si no se desea que la justicia se transforme en una completa burla. El punto que se quiere resaltar es que tratándose de medidas provisionales los ordenamientos jurídicos debieran establecer mecanismos que efectivamente resguarden los intereses de la parte demandada y, de este modo, enviar una inequívoca señal a los demandantes para que sean absolutamente conscientes de la responsabilidad que asumen al solicitar una de estas medidas.[90]

[89] ZUCKERMAN observa que "una vez dictada, la medida cautelar crea una inercia que no es fácil de cambiar. Se puede asumir, sin temor a equivocarse, que en la fase *inter partes* se invierte la carga de la prueba. Es el demandado quien debe convencer al tribunal de la ausencia de peligro de enajenación; pero el juez fue convencido con anterioridad por el actor de que el demandado probablemente recurrirá a la evasión, de este modo, el juez que dictó la medida puede encontrar que es difícil aproximarse a la disputa de una manera imparcial *(with an open mind)*". "Mareva injunctions and security...", ob. cit., p. 439.

[90] Respecto del derecho chileno la comisión de estudios del sistema judicial de Chile en su informe final sobre reformas al sistema judicial, en relación con las medidas precautorias señaló: "Es vital modificar al efecto el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, estableciendo con claridad que las medidas precautorias, sean o no las autorizadas por el Código, originarán responsabilidad para el que la solicita en cuanto a la indemnización de todos los perjuicios causados para el caso de negarse lugar a la demanda o alzarse las medidas con anterioridad a la sentencia". Informe final redactado por CORREA-VIAL, en *Proposiciones...*, ob. cit., p. 97.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En este sentido, JACOB argumenta que si bien la necesidad de acelerar la solución de las controversias se muestra como algo fundamental, existe el peligro de pasar al otro extremo, con el riesgo de que finalmente el remedio sea más dañino que la propia enfermedad. "En consecuencia es necesario protegerse de este peligro y analizar el problema de la celeridad de los procedimientos de una forma equilibrada y en su verdadera perspectiva. Al respecto, se debe resaltar que la rapidez en la solución de las controversias debe ser vista como un logro de la justicia y no como una finalidad en sí misma [...]. Incluso, un aspecto más importante es la relación entre la rapidez del proceso judicial y la seguridad de que las partes tendrán un juicio imparcial, con una justa, razonable y efectiva oportunidad de preparar el juicio".[91]

En el fondo, la idea que se encuentra implícita en todo este planteamiento es la de evitar que se produzcan situaciones de desigualdad al interior del proceso; evitar que una de las partes asuma una ventaja que no está dada ni por la mejor calidad de su prueba ni porque en definitiva tenga la razón de su parte, sino por utilizar maliciosamente los instrumentos que el proceso pone a su disposición.[92] El tema se

[91] JACOB, "Accelerating...", ob. cit., pp. 94 y 95.

[92] Entre las recomendaciones elaboradas para la reforma del procedimiento civil inglés, Lord WOOLF señaló en su informe final un número de principios que debían contemplarse al interior del procedimiento civil a efectos de asegurar un adecuado acceso a la justicia. "The system should: a) be just in the results it delivers; b) be fair in the way it treats litigants; [...]". "*Access to to justice, report final*, Londres, 1996, p. 2. Por su parte CAPPELLETTI y GARTH apuntan que "la eficacia óptima en el contexto de una ley sustantiva dada podría expresarse como una completa 'igualdad de armas': la garantía de que el resultado en última instancia, depende solamente de los relativos méritos jurídicos de cada una de las partes adversas, sin relación con otras diferencias que sean ajenas a la fuerza legal y que, sin embargo, en el aspecto práctico sí afectan la aplicación y la justificación de los derechos jurídicos. Esta igualdad perfecta, por supuesto, es utópica porque, como ya lo hemos indicado, las diferencias entre las partes nunca se pueden erradicar por completo. La cuestión es saber hasta dónde debemos tratar de llevar ese objeto utópico, y a qué coste". *"El acceso..."*, ob. cit., p. 14. En este sentido JACOB destaca que "it may need to be stressed that the quality of justice should be equal and indivisible for all citizens and that 'second-class' justice, meaning some citizens should be content with an inferior quality of justice should not be tolerated". "Accelerating...", ob. cit., pp. 95 y 96.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

centra en encontrar aquel difícil equilibrio entre unos y otros principios en pugna, y en contar con los correspondientes mecanismos de salvaguarda de los legítimos intereses de ambas partes. Sin duda que en este ámbito la labor del juez es muy importante. Es él quien tiene los mejores elementos de análisis para formarse un adecuado criterio en orden a conceder o no una determinada medida y, de concederla, cómo la concede y bajo qué garantías. Lógicamente el legislador debe proporcionar las herramientas procesales que faciliten la labor judicial, pero en última instancia, nos guste o no, será el juez quien en cada caso deberá sopesar los argumentos y tomar una decisión.[93]

[93] Una aproximación del análisis económico frente a este dilema puede ver en CARRASCO, "Análisis económico del derecho de la tutela cautelar en la legislación civil en Chile", en Revista de Derecho, Escuela de Postgrado, Nº 2, (2012), pp. 93-120, especialmente 101 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TUTELA CAUTELAR EN EL DERECHO EUROPEO CONTINENTAL

1. UN CONCEPTO DOCTRINAL: EL PROCESO CAUTELAR

2.1. Al analizar las medidas que hoy podemos englobar, sin mayores reparos, bajo el nombre genérico de medidas cautelares, constatamos que si bien en épocas anteriores existieron diversos tipos,[94] no fue sino hasta el siglo XX en que se elaboró la construcción sistemática del proceso cautelar. Al igual que ocurrió con la idea de acto o negocio jurídico, creación propia de la pandectística alemana del siglo XIX, en épocas anteriores existieron tipos concretos de medidas o providencias cautelares, pero no un concepto global y genérico que las agrupara y que permitiera a su respecto realizar un examen unitario. Tendrá que esperarse hasta el siglo XX y principalmente a la brillante Escuela italiana de derecho procesal de su primera mitad, para que podamos hablar de una sistematización en el estudio de las medidas cautelares.[95]

[94] Así, ya en Roma se regulaba el depósito de la cosa litigiosa en poder de un tercero o "secuestro", que va a renacer con el derecho común, siendo recogido en las Partidas. Por su parte, en el derecho medieval procede el embargo por ausencia de garantía personal, siendo a su vez recogido en las Partidas por incomparecencia o ausencia maliciosa, distinguiéndose, a su vez, en la codificación el embargo para la ejecución de la sentencia, del embargo para asegurar el juicio o "embargo preventivo". *Vid.* LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al derecho español,* Barcelona, 1970, p. 781.

[95] *Vid.* CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile,* 3ª ed., Napoli, 1919. Existe versión en castellano de esta tercera edición *Principios de derecho procesal civil,* trad. de Casais y Santaló, Madrid, 1922. CARNELUTTI, "Carattere della sentenza di fallimento", en Rivista di diritto processuale civile (1931), II, pp. 159-173. ALLORIO, "Per una nozione del processo cautelar", en Rivista di diritto processuale civile (1936), I, pp. 18-44. Pero sin duda la obra de mayor influencia en la literatura procesal española y de Iberoamérica es la de CALAMANDREI, *Introducción al estudio*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

2.2. De ahí que no sea extraño que los códigos del siglo XIX no hayan tratado de una manera uniforme y global esta materia; por el contrario encontramos diversas disposiciones dispersas a lo largo de sus articulados. La legislación italiana no contenía una regulación general de las medidas cautelares que, incluso, eran calificadas de manera diversa en numerosas disposiciones diseminadas en los códigos.[96] Por su parte, en la Ley de enjuiciamiento civil española de 1881 ni siquiera existía un libro o título con esa rúbrica ("medidas cautelares") limitándose el título XIV del libro II a regular el embargo preventivo, el aseguramiento de bienes litigiosos y la denominada potestad cautelar genérica.[97] Asimismo, en la *ZPO* alemana de 1877, si bien se reguló en el libro cuarto el *embargo preventivo y las medidas provisionales de derechos en peligro,* el proceso cautelar fue subvalorado por la doctrina concibiéndole como un apéndice del derecho a la ejecución.[98]

Estamos frente a una creación de menos de un siglo que fue efectuada sobre la base del material normativo contenido en los códigos del siglo XIX receptores, por su parte, de siglos de evolución del derecho. Esta sistematización ha reunido figuras que presentaban elementos comunes (provisionalidad, *periculum in mora, fumus,* instrumentalidad, entre las principales) y las ha agrupado en torno a un todo unitario: el proceso cautelar. En base a esto se fueron reconociendo por la doctrina y, posteriormente, por los tribunales y los legisladores una serie de principios y características que han informado a la tutela cautelar y que han permitido establecer un marco teórico más o menos común a todas estas medidas: secuestro conservativo, embargo preventivo, anotación preventiva, interventor

sistemático de las providencias cautelares, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945 (el original italiano es del año 1936). Observa CALAMANDREI que la carencia en la literatura italiana de trabajos sobre los principios generales de la tutela cautelar, que agoten la materia, ha sido el motivo que primordialmente le ha inducido a publicar su obra, agregando que la sistematización de la tutela cautelar "está todavía en gran parte por hacer, no tanto en lo que se refiere al estudio de los institutos cautelares de carácter singular [...], cuanto en lo que afecta a la elaboración de una teoría general de estos institutos". *Introducción...,* p. 23. Luego veremos que en España la primera obra que habla del proceso cautelar y de las medidas cautelares es del año 1943, y que un estudio coherente y sistemático de las mismas fue de muy tardío desarrollo.

[96] CALAMANDREI, *Introducción...,* p. 31.

[97] Mucho más precaria era la situación de la tutela cautelar bajo la Ley de enjuiciamiento civil de 1855 según tendremos oportunidad de ver más adelante.

[98] Para CARNELUTTI esta especie de desvalorización del proceso cautelar "es casi un lugar común en la doctrina alemana". Rivista di Diritto Processuale Civile (1933), I, p. 339, índice bibliográfico a propósito de la obra de Karl Blomeyer.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

judicial, entre las más destacadas, y que conforman lo que podemos denominar tutela cautelar clásica o tradicional.[99]

No obstante lo anterior, lo cierto es que actualmente esta tutela se enfrenta a una realidad diversa a la que vivió en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX. Esta nueva realidad ha puesto a prueba la construcción dogmático-procesal antes aludida, lo que ha llevado a la doctrina a reflexionar sobre la identidad misma de las medidas cautelares, sobre su unidad y su contenido. Es evidente que la construcción dogmático-procesal de la primera mitad del siglo XX ha empezado a resquebrajarse; han surgido en su interior importantes grietas que amenazan con rebasar su contenido tradicional y que la han puesto en "jaque" desde diversos ángulos.

1.1. *El cambio de técnica legislativa*

2.3. En primer lugar ha afectado a esta construcción el cambio de técnica legislativa. El actual legislador emplea una técnica diferente a la utilizada en el siglo XIX. Si bien aún se elaboran códigos lo cierto es que ya no se piensa en crear uno omnímodo e inmutable a la manera prevista por la codificación liberal en el siglo XIX. De allí que muchos autores señalen que desde hace varias décadas estamos frente a una decadencia del proceso codificador[100] o, en otras palabras, en la era de la descodificación o de la post-codificación.[101] En el último tiempo se ha atacado el centro mismo de la codificación, esto es, la idea de unidad que se "agrede, descompone, relativiza [...],

[99] En el caso chileno, español y mexicano, por ejemplo, si bien es cierto que la idea misma de proceso cautelar fue de una recepción mas bien tardía, lo cierto es que la referida construcción procesal comparada encuadró sin mayor inconveniente en la que, por su parte, había realizado la doctrina procesal decimonónica chilena, española y mexicana a propósito de concretas medidas de seguridad. Así, en España toda la edificación dogmática de la tutela cautelar será realizada, en un primer momento, en torno a la figura del embargo preventivo o provisional, para posteriormente avanzar en el reconocimiento de otras figuras afines (básicamente la anotación preventiva de la demanda y el nombramiento de interventor judicial); todas, en definitiva, medidas eminentemente conservativas o precautorias. Situación muy parecida, aunque con matices que en su oportunidad expondremos, ocurrió en el derecho chileno y mexicano.

[100] *Vid.* WIEACKER, *Historia del derecho privado en la edad moderna,* trad. de Francisco Fernández, Madrid, 1957; IRTI, *La edad de la descodificación,* trad. de Luis Rojo, Barcelona, 1992; CARONI, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación,* trad. de Aquilino Iglesias, Madrid, 1996.

[101] TOMÁS Y VALIENTE, "La codificación, de utopía a técnica vulgarizada", en *Códigos y constituciones,* Madrid, 1989, p. 124.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

quizás incluso [se] reniega de ella".[102] El derecho de los códigos es desbordado constantemente por la nueva realidad jurídica. Junto a los códigos procesales aparecen ahora una serie de leyes especiales. Tratándose de las medidas cautelares esta realidad, incluso, nos ha obligado a dedicar todo un capítulo a explicar la reglamentación que estas leyes tienen en nuestro sistema jurídico.[103]

2.4. En esta misma orientación piénsese en la forma en que ha afectado al orden jurídico procesal –y en concreto a las normas sobre medidas cautelares– el surgimiento del nuevo Estado Constitucional.[104] Hoy en día el legislador no tiene la autonomía que disfrutó bajo el Estado liberal, y la famosa frase de que el Parlamento puede hacerlo todo menos convertir un hombre en mujer ha sido reformulada en términos de que tampoco puede aprobar leyes inconstitucionales. Ciertamente el legislador ordinario no dispone de libertad absoluta para establecer el contenido normativo de las leyes, sino que debe encuadrar su actuación en una serie de límites que básicamente están dados por el reconocimiento que realizan las modernas constituciones de una serie de principios y derechos fundamentales.[105]

[102] CARONI, *Lecciones...*, ob. cit., p. 102.

[103] *Vid.*, capítulo noveno de esta obra.

[104] Observa ZAGREBELSKY que "el segundo rasgo característico del constitucionalismo de nuestro tiempo consiste en la fijación, mediante normas constitucionales de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico. Esto constituye un cambio importante respecto a las concepciones del Estado de derecho. Durante mucho tiempo no se advirtió y tales principios fueron relegados al limbo de las proclamaciones meramente 'políticas', sin incidencia jurídica práctica [...]. En la actualidad se va mucho más allá. Los principios de justicia vienen previstos en la Constitución como objetivo que los poderes públicos deben perseguir. El cuadro no es estático, vuelto hacia el pasado, sino dinámico y abierto al futuro. El Estado no está llamado sólo a impedir, sino también a promover, empeñando positivamente para este fin sus propias fuerzas y la de los sujetos privados". *El derecho dúctil*, Madrid, 2ª ed., 1997, p. 93.

[105] BORDALÍ en nuestro país, siguiendo la doctrina y jurisprudencia españolas e italianas, ha señalado que el derecho a la tutela judicial (que él distingue del debido proceso) reconocido en el art. 19 Nº 3 inc. 1º de la CPR incluye, entre otros, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, donde localiza el derecho a disponer de medidas cautelares. "Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial", en Revista Chilena de Derecho, v. 38 Nº 2 (2011), pp. 329 y 333. En el mismo sentido siguiendo a Bordalí véase Gonzalo GARCÍA y Pablo CONTRERAS, "El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", en *Estudios Constitucionales*, año 11, Nº 2 (2013), pp. 238, 250, 251, 252 y 253. Es interesante analizar desde esta perspectiva las distintas leyes que en Chile restringen la procedencia

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

2.5. En el caso del Viejo Continente significativa ha sido la influencia que sobre las normas que consagran medidas cautelares ha ejercido el derecho europeo. Al respecto, no se olvide que a las jurisdicciones de cada país les corresponde, en su ámbito competencial, asegurar la efectiva tutela de los derechos de los particulares. Para este fin, en el Tratado de la Unión Europea se contemplan especiales medidas cautelares cuya aplicación puede llevar a la suspensión de la aplicación de una ley interna, incluso, en aquellos sistemas procesales que no prevén o no permiten dicha suspensión, a fin de garantizar derechos que encuentran su fundamento en normas comunitarias. Paradigmático al respecto, por las enormes consecuencias doctrinales y prácticas que de él se han extraído, resultó el fallo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) –actualmente Tribunal de Justicia de la Unión Europea– en el caso *Factortame* de 1990.[106] El

de medidas precautorias. Al respecto la Corte Suprema el año 1974, acogiendo un recurso de queja, dejó sin efecto la resolución de los jueces de instancia que concedieron una medida cautelar de prohibición de celebrar actos y contratos en contra de la Corporación de Mejoramiento Urbano. Señaló en dicha oportunidad la Corte: "Que el art. 186 de la Ley Nº 16.840 prescribe, en forma que no deja lugar a dudas, que los bienes que forman parte del patrimonio de la Corporación de Mejoramiento Urbano no son susceptibles de medida precautoria alguna (c. 1º.); Que, en consecuencia, los jueces recurridos al confirmar la resolución de primer grado, que prohíbe celebrar actos o contratos sobre el inmueble relacionado en autos, que esa Corporación expropió a María S.P., han cometido falta que esta Corte debe enmendar". Fallos Nº 193 (1974), p. 262.

[106] Los hechos tienen relación con la aprobación por parte del gobierno británico de una nueva ley de navegación (*Merchant Shipping Act*, de 1988), que afectaba directamente los intereses de sociedades que desarrollaban sus actividades en el sector de la pesca y que eran de nacionalidad británica, pero que representaban intereses españoles. Estas sociedades impugnaron la legalidad de la nueva ley británica que modificó los requisitos de inscripción en el Registro de buques pesqueros, principalmente en lo relativo a la nacionalidad y a la residencia de los propietarios efectivos, solicitando –en un recurso contencioso-administrativo– que se declarase su incompatibilidad con las disposiciones comunitarias, que se prohibiese a la administración considerar caducada la inscripción de los buques, y que se dictase una medida cautelar en caso de remisión de la decisión definitiva. El juez de primera instancia *(High Court of Justice, Queen's Bench Division)* planteó la cuestión prejudicial al TJCE a fin de interpretar las normas comunitarias invocadas y como medida cautelar ordenó a la administración que no aplicara a los demandantes la nueva normativa a la espera de una decisión definitiva. Apelada esta resolución por la administración, la Corte de Apelaciones *(Court of Appeal)* revocó la medida cautelar en razón de que los órganos judiciales no están facultados para decretar la inaplicación de una ley por medio de medidas provisionales. Llevado el asunto ante la Cámara de los Lores *(House of Lords)*, esta confirmó que de acuerdo con el derecho inglés, los tribunales británicos no pueden ordenar medidas provisionales que consistan, de hecho, en

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

tribunal, siguiendo su propia jurisprudencia (caso Simmenthal, 106/77, Rec. 1978, p. 629), señaló que "procede responder a la cuestión planteada que el derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que esté conociendo de un litigio relativo al derecho comunitario, debe excluir la aplicación de una norma de derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales".[107]

Por su parte, en sus conclusiones, el abogado general TESAURO realizó una magnífica defensa de los fines y principios que persigue la tutela cautelar y de su necesaria vinculación con un derecho más genérico y que subyace en todo el ámbito procesal, a saber, el derecho que le asiste a los individuos de obtener de sus respectivos órganos jurisdiccionales la efectiva protección de los intereses por ellos invocados. En este sentido expresó:

> "Por consiguiente, puede considerarse doctrina jurisprudencial reiterada del Tribunal de Justicia, por lo demás puesta de manifiesto por el juez remitente, que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de conceder una tutela judicial completa y efectiva a los particulares que sean titulares de relaciones jurídicas subjetivas, derivadas de normas comunitarias con efecto directo, siempre que las normas comunitarias regulen el supuesto de hecho desde su entrada en vigor. Por lo cual, resulta incompatible con el derecho comunitario cualquier disposición o práctica nacional que impida al juez otorgar 'plena eficacia' a las normas comunitarias (apartado 15) [...]. El remedio general que se acaba de exponer al hecho de no darse al mismo tiempo el reconocimiento y la existencia del derecho no siempre logra conseguir la finalidad principal de la tutela jurisdiccional. A veces, en efecto, el reconocimiento puede llegar muy tarde para que el derecho controvertido pueda ser ejercitado plena y eficazmente: lo cual será probable cuanto más complejo y detallado, y en definitiva garantizado, sea el procedimiento tendiente a su reconocimiento. Las consecuencias que podrían echarse en falta serían, junto a la utilidad, la efectividad de la tutela judicial y podría verse conculcado el principio reconocido hace tiempo por la teoría jurídica general, conforme al cual el *tener que recurrir al proceso para obtener el reconocimiento de los derechos no debe perjudicar a quien tiene razón.* Pues bien, la tutela cautelar tiene exactamente esta finalidad

la suspensión de la aplicación de una ley por encontrarse en posible contradicción con el derecho comunitario; pero igualmente encontró fundadas las alegaciones de las partes apelantes en cuanto a que sufrirían un perjuicio irreparable en caso de no concederse las medidas cautelares solicitadas. Por lo anterior planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado, dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del derecho comunitario, relativas al alcance de la facultad de los órganos jurisdiccionales nacionales para ordenar medidas provisionales cuando se cuestionan derechos ejercitados al amparo del derecho comunitario.

[107] STJCE de 19 de junio de 1990, asunto C-213/89, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. y otros*, Recopilación (1990), parte I, p. 2.474.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

> objetiva, actuar de forma que el plazo necesario para el reconocimiento del derecho no prive irreversiblemente de contenido al propio derecho haciendo nula la posibilidad de su ejercicio: dicho en pocas palabras, de conseguir la finalidad fundamental de cualquier ordenamiento jurídico, que es la *efectividad de la tutela jurisdiccional.* La tutela cautelar trata, en la medida de lo posible, de evitar que el daño provocado por la inexistencia de simultaneidad entre el reconocimiento del derecho vaya en detrimento de su propia efectividad y función, lo cual ha sido expresamente recalcado por el Tribunal de Justicia cuando ha puesto en relación la tutela cautelar con *la plena eficacia de la futura decisión definitiva;* o bien la exigencia de 'mantener la situación provisional a la espera de la solución del litigio' (apartado 18). Centrada la función de la tutela cautelar, esta se manifiesta como un instrumento fundamental e indispensable de cualquier sistema judicial en la medida que trata de conseguir, puntual y siempre eficazmente, la finalidad de reconocimiento y, de una forma más general, la actuación de la norma jurídica, en todos los casos que la duración del juicio puede poner en peligro la realización de este objetivo, y privar, por consiguiente, a la norma jurídica de toda eficacia (apartado 19)".[108]

2.6. Pero, incluso, el TJUE ha tenido oportunidad de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la solicitud de medidas provisionales en el marco de una serie de conflictos que han surgido en la aplicación de las normas comunitarias, en los cuales las medidas cautelares han resultado ser un instrumento clave en el reconocimiento y plena eficacia de los derechos invocados por los justiciables. Lo anterior, igualmente, ha permitido establecer una sólida jurisprudencia que ha conferido enorme flexibilidad a los jueces al momento de ponderar los elementos de aplicación de la tutela cautelar.[109]

[108] STJCE de 19 de junio de 1990, ob. cit., pp. 2.450-2.465. De allí que sugiera al tribunal que "con arreglo al derecho comunitario, el órgano judicial nacional debe poder garantizar la tutela cautelar cuando se den los requisitos necesarios para ello, de los derechos alegados por los particulares fundados en disposiciones comunitarias que tengan efecto directo, a la espera del resultado definitivo del proceso, incluido el planteamiento de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Y sugiero también al Tribunal de Justicia que vincule expresamente esta facultad del órgano judicial nacional a la exigencia de tutela judicial efectiva que resulta obligatoria tanto en lo relativo a las disposiciones comunitarias como a las nacionales". STJCE de 19 de junio de 1990, ob. cit., p. 2.462. *Vid.* sobre este tema GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, 2ª ed., 1995, pp. 35-70; DEL GUAYO CASTIELLA, *Judicial review y justicia cautelar*, Madrid, 1997, pp. 95 y ss.

[109] Sobre el particular *vid.*, entre otros, Auto del Presidente del TJCE, de 19 de julio de 1995, asunto C-149/95 P(R), *Comisión de las Comunidades Europeas c. Atlantic Container Line AB y otros, Recopilación* (1995-7), parte I, pp. 2.165-2.188. En este asunto, la Comisión presentó recurso de casación en contra del auto del Presidente del Tribunal de primera instancia, que acordó suspender provisionalmente la ejecución de los artículos 1, 2, 3 y 4 de la decisión 94/980, a efectos de anular dicho auto y desestimar la demanda de medidas provisionales. El Presidente del TJCE conociendo del recurso a efectos de verificar el posible error de derecho

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

1.2. *La nueva realidad social de los siglos XX y XXI*

2.7. En los últimos setenta años se ha producido un dramático cambio en la realidad que tuvo a la vista el legislador decimonónico. "Se complica el mundo de los sujetos y de los bienes. Aflora la condena no retórica de la abstracción de los modelos de la civilización burguesa y de sus conquistas pseudoliberadoras, y emergen a la superficie social sujetos concretos –empresarios, obreros, mujeres y niños trabajadores– que la *nova fase* aprecia y valora [...]. Añádase el enriquecimiento en el elenco de los bienes: ya no sólo importa la tierra y la propiedad inmobiliaria, sino sobre todo la mobiliaria, y no solamente los bienes materiales, sino también los inmateriales, con un uso creciente de los títulos de crédito y de la moneda fiduciaria. Añádase también la exigencia de estatutos diferenciados para ciertos bienes, con la consecuencia de reglas diferenciadas para su disciplina y tutela".[110]

en la apreciación de los elementos configuradores de la tutela provisional (*fumus boni iuris* y urgencia en el caso concreto) razona, en primer término, sentando las bases de los elementos que configuran la tutela cautelar en el derecho comunitario: "Que con carácter preliminar, debe recordarse que, conforme a los artículos 185 y 186 del Tratado CE, el juez de medidas provisionales puede, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión del acto impugnado o acordar las medidas provisionales necesarias [...]. Por consiguiente, el juez de las medidas provisionales podrá ordenar la suspensión de la ejecución y las medidas provisionales si se demuestra que su concesión está justificada a primera vista de hecho y de derecho (*fumus boni iuris*) y que son urgentes, en el sentido de que para evitar que los intereses de la parte demandante sufran un perjuicio grave e irreparable es necesario que tales medidas sean acordadas y surtan efectos desde antes que se resuelva sobre el procedimiento principal. Deben, además, ser provisionales, en el sentido que no prejuzguen las cuestiones de hecho y de derecho objeto del litigio ni neutralicen de antemano las consecuencias de la resolución que posteriormente se dicten en el procedimiento principal". Una vez que se ha asentado el lugar que ocupa la tutela cautelar en el ámbito europeo, el Presidente observa que en la aplicación de las referidas medidas provisionales el juez dispone de un amplísimo margen de maniobrabilidad a efectos de establecer si en el caso específico concurren o no los elementos para conceder determinadas medidas provisionales. En este sentido, señala que *"en el marco de este examen de conjunto, el juez de medidas provisionales dispone de una amplia facultad de apreciación y puede determinar libremente, a la vista de las particularidades del asunto, de qué manera debe verificarse la existencia de los diferentes requisitos y el orden que debe seguirse en este examen, puesto que ninguna norma de derecho comunitario le impone un esquema de análisis preestablecido para apreciar si es necesario pronunciarse con carácter provisional"* (el destacado es nuestro). Auto del Presidente del TJCE, de 19 de julio de 1995, ob. cit., p. 2.178.

[110] GROSSI, *Doctor honoris causa*, Barcelona, 1991, p. 25.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

2.8. Lo anterior ha originado una alteración en la función de las medidas cautelares tal cual lo adelantamos en la introducción de este libro. Si apreciamos la evolución que estas medidas han experimentado desde el siglo XIX en adelante, comprobamos que ella está íntimamente ligada al desarrollo que muestran las sociedades en este período y a la necesaria adaptación o respuestas que a estos cambios ofrece el derecho y, en este caso concreto, el campo de la tutela cautelar. Así, téngase en cuenta que en el siglo XIX las medidas cautelares no tuvieron ni cuantitativa ni cualitativamente la importancia que hoy muestran en el inicio y tramitación de un proceso judicial. Ya hemos visto que en general la doctrina procesal sólo tomó conciencia de ellas en la primera mitad del siglo XX y, sin lugar a dudas, no constituyeron uno de los temas que preocuparan a la ciencia procesal de fines del siglo XIX y buena parte del XX.[111]

Es cierto que la doctrina en aquel momento estuvo preocupada en afirmar la autonomía del derecho procesal frente a la hegemonía que ejercía el derecho civil, pero no se piense que la lentitud con la que se resolvían los juicios no constituía ya un grave problema. De hecho, la ineficacia del proceso ordinario (el llamado *solemnis ordo iudiciarius*) para resolver los problemas jurídicos ya se había mostrado en plenitud en aquellos años.[112] En mi concepto, durante el siglo XIX las medidas cautelares simplemente no constituyeron un remedio procesal al que las partes acudieran como mecanismo que pudiere otorgar una solución provisional de la controversia. Esto último se producirá durante el siglo XX y, en verdad, principalmente a partir de su segunda mitad debido a los enormes cambios que experimentó el objeto sobre el que se desenvolvían los litigios.

[111] Téngase presente, por ejemplo, que las principales obras de derecho procesal español de la primera mitad del siglo XX, ni siquiera dedicaban un título a las medidas cautelares. Así, compárese la segunda edición de la obra *Derecho procesal civil* de GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, del año 1949, en que trata la materia bajo el epígrafe del "Aseguramiento de la ejecución –embargo preventivo–, aseguramiento de las obligaciones de dar cosas específicas, hacer y no hacer" (pp. 619-625), con la octava edición del año 1979, en que regula la misma materia ahora bajo el epígrafe: "Las medidas cautelares", vol. segundo, pp. 229-244. También en materia legislativa se aprecia este cambio de perspectiva. Así, ya hemos visto que la Ley de enjuiciamiento civil española de 1881 ni siquiera dedicó un título con el nombre de medidas cautelares; en cambio la LEC actual dedica el libro tercero a la ejecución forzosa y a las medidas cautelares, denominándose el título VI de dicho libro, arts. 721 a 747, precisamente *De las medidas cautelares.*

[112] Para una visión histórica y actual en diversos países de Europa véase *The Law's delay (essays on undue delay in civil litigation)*, CH van Rhee (ed.), Intersentia, 2004.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En España MORENO CATENA observa que "ciertamente los asuntos que se llevaban en el pasado a la presencia judicial para su resolución no responden a las actuales demandas de una sociedad postindustrial y de un Estado democrático. Los procesos civiles se centraban en su mayor parte en problemas atinentes a la propiedad privada, como no podía ser de otra manera, derivados esencialmente de cuestiones sucesorias (de forma primordial, nulidades de testamentos). Tales objetos litigiosos permitían por su propia naturaleza dilaciones en su resolución sin que por ello padecieran merma los derechos que los litigantes hacían valer en el proceso".[113]

Y para este tipo de procesos era suficiente con las medidas clásicas de la tutela cautelar; era suficiente con el embargo preventivo, con el secuestro de la cosa, con la anotación preventiva de la demanda, e incluso, con el arraigo si el deudor no tenía bienes para ofrecer una fianza de arraigo. No se necesitaba de ninguna otra medida que eventualmente pudiere anticipar todo o parte de lo reclamado. Lo anterior se aprecia palmariamente en el caso chileno, español, mexicano y de prácticamente todos los pasíses de Europa e Iberoamérica, tanto que, por ejemplo, en Chile durante todo el siglo XIX rigieron las normas que sobre esta materia se consagraron en el antiguo derecho castellano, básicamente en las Partidas y en la Novísima Recopilación. Situación del todo similar ocurrió en México durante buena parte del siglo XIX. En España desde la Ley de enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio de 1830, pasando por la de Enjuiciamiento civil de 1855, hasta su homónima de 1881, todas giraron en torno al embargo preventivo como el paradigma de las medidas cautelares.

En cambio –continúa observando MORENO CATENA–, "el panorama que se ofrece en la actualidad a la vista de cualquier observador es sensiblemente distinto; por supuesto que el derecho de propiedad [...] sigue siendo causa de conflictos; pero no son éstos los más importantes, ni desde un prisma cualitativo [...], ni en sentido cualitativo. Las modernas relaciones económicas conducen al tráfico jurídico por otros senderos; la propiedad privada inmobiliaria, símbolo de la sociedad rural decimonónica, ha dejado paso a un tipo de propiedad mobiliaria que surge con vocación de poder ser transmitida de forma rápida y sin publicidad, con una superior importancia en el monto global de la economía y unos mecanismos de protección más eficaces".[114] Lógicamente que

[113] MORENO CATENA, "Causas...", ob. cit., p. 54.
[114] Ídem, p. 54.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

dentro de esta maquinaria de protección más eficaz a que alude el autor, las medidas cautelares han comenzado a desempeñar un papel relevante en la eficacia de las decisiones judiciales, papel que no guarda parangón con el escaso que protagonizaron durante el siglo XIX y buena parte del XX.

En economías como las actuales un sinnúmero de relaciones jurídicas requieren soluciones inmediatas; en estos casos no es suficiente, no basta una medida tradicional asegurativa, se necesita de algo más, de otro tipo de medidas pues, de lo contrario, la tutela jurisdiccional resultaría del todo inútil. De allí que en materia ambiental en Chile, por ejemplo, se hubieren previsto expresamente medidas innovativas definiéndolas en el art. 24 de la Ley Nº 20.600 como aquellas que "buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida". Lo mismo en materia familiar (art. 22 Ley Nº 19.968). Algo similar ocurre en propiedad industrial. La Ley Nº 19.039, luego de la reforma acometida por la Ley Nº 19.996 –2005–, prevé como medida cautelar en el art. 112 letra a) "la cesación inmediata de los actos que constituyan la presunta infracción".

1.3. *El aumento de las facultades procesales del juez en el Estado constitucional de derecho*

2.9. En tercer lugar, hay un cambio en la posición que tiene el juez en un Estado constitucional y democrático de derecho en relación con el que le correspondió en el siglo XIX durante la formación del Estado moderno y liberal. Recordemos que la codificación liberal del siglo XIX significó el definitivo triunfo del dogma de la omnipotencia del legislador, esto es, la teoría del monopolio de la producción jurídica por parte del legislador. Como ha observado BOBBIO, la sociedad medieval "era una sociedad pluralista, en cuanto que estaba constituida por una pluralidad de grupos sociales, cada uno de los cuales tenía su propio ordenamiento jurídico: el derecho se presentaba como un fenómeno social, como producto no del Estado sino de la sociedad civil. Con la formación del Estado moderno la sociedad asume en cambio una estructura monista, en el sentido de que el Estado concentra en sí todos los poderes, en primer lugar el de crear derecho: no le basta con colaborar en su creación, sino que quiere ser el único que establece el derecho, bien directamente a través de la ley, bien indirectamente a través del reconocimiento y control de las normas de formación consuetudinaria. Se asiste

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

por consiguiente a lo que en otro curso hemos llamado el *proceso de monopolización de la producción jurídica por parte del Estado*".[115]

Este proceso va a encontrar en la codificación liberal del siglo XIX un aliado perfecto, del cual representa el máximo triunfo. Ahora bien, este monopolio que establece el Estado moderno en favor del legislador se va a traducir en un sensible cambio en la percepción que hasta ese entonces se tenía de la magistratura y en la posición que el juez desempeñaba. "El Estado primitivo en general no se preocupaba de producir normas jurídicas sino que dejaba su formación al desarrollo de la sociedad y, eventualmente, a quien debía dirimir las controversias, el juez, que tenía la misión de fijar la regla a aplicar en cada caso".[116]

Antes de la formación del Estado moderno, agrega BOBBIO, "el juez, en la resolución de las controversias, no estaba obligado a escoger exclusivamente normas emanadas del órgano legislativo del Estado, sino que tenía una relativa libertad de elección en la determinación de la norma a aplicar; podía deducirla de las reglas consuetudinarias, o bien de las elaboradas por los juristas, o bien podía resolver el caso en cuestión a través de criterios equitativos, obteniendo la regla a aplicar a través de principios de la razón natural [...]. Pero con la formación del Estado moderno, el juez, de órgano libre de la sociedad pasa a ser órgano del Estado, mejor dicho, pasa a ser un auténtico funcionario del Estado [...]. Este hecho transforma al juez en titular de uno de los poderes estatales, el judicial, subordinado al legislativo; e impone al mismo juez la resolución de las controversias únicamente a través de las reglas emanadas del órgano legislativo o que puedan (tratándose de normas consuetudinarias o de derecho natural) ser reconocidas de alguna forma por parte del Estado. Las otras normas son descartadas y ya no encuentran más aplicación en los juicios".[117]

Esto lleva a minimizar la labor del juez en el momento de resolver los conflictos que ante ellos eran sometidos. Así, MONTESQUIEU observaba, a propósito de las relaciones entre poder judicial y los otros dos poderes, que "si los tribunales no deben ser fijos, sí deben serlo las sentencias, hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella".[118] En la concepción de MONTESQUIEU, la decisión

[115] BOBBIO, *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, 1993, pp. 44 y 45.

[116] BOBBIO, Ídem, p. 45.

[117] Ídem, p. 46.

[118] MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blásquez y Pedro de Vega, Madrid, 1985, pp. 108 y 109.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

del juez debe ser una fiel reproducción de la ley: "al juez no se le debe dar libertad alguna de ejercer su fantasía legislativa".[119] Esto se puede apreciar con toda nitidez en la concepción que inspiraba al principal autor de la Ley de enjuiciamiento civil española de 1881, quien luego de señalar la importancia de la nueva ley y el avance que traería al foro español, añadía que "no llenará las exigencias de los que aspiran a reducir el procedimiento a unas cuantas reglas o principios fundamentales, dejando lo demás al libre arbitrio judicial; sistema combatido por Mr. Bonnier y otros publicistas, porque conduce a una reacción exagerada y es incompatible con las instituciones liberales. *En mi opinión, la mejor ley de procedimiento es la que deja menos campo de arbitrio judicial, dadas las circunstancias de la sociedad en que vivimos: de otro modo no serviría de garantía y salvaguardia a los derechos civiles*".[120]

De allí que al aplicar las leyes la labor interpretativa del juez quedaba reducida a un simple silogismo lógico, con la correspondiente premisa mayor (norma abstracta elaborada por el legislador), la premisa menor (caso de la vida real) y la necesaria y lógica consecuencia (sentencia del tribunal), en la cual nada se creaba, sino que sólo se hacía explícito lo que ya estaba implícito en la premisa mayor.[121]

Al respecto observa HASSEMER[122] que "quien sea partidario de la -ingenua- idea de que el juez deriva su decisión de la ley, que 'subsume' el caso en la norma del Código, atribuye a la codificación la función de fuente exclusiva de toda decisión jurídica. Se considera entonces 'correcta' la actividad judicial si se trasplanta exactamente,

[119] BOBBIO, *El positivismo...*, ob. cit., p. 56.

[120] MANRESA, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, t. I, 2ª ed., Madrid, 1905, p. 8 (el destacado es nuestro).

[121] "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Póngase como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre. No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones [...]. Cada hombre tiene su mira y cada hombre la tiene diversa según los diferentes tiempos. El espíritu de la ley sería, pues, la que resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión: dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre", BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Buenos Aires, 1945, pp. 49 y 50.

[122] HASSEMER, "Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley", trad. de Virginia Martínez, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, 1992, p. 202.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

sin añadir ni quitar nada, el contenido de la norma codificada al caso por decidir". Agrega el referido autor que para los partidarios de esta concepción "tan sólo la obra codificada garantiza el carácter correcto de la decisión, no teniendo el fallo judicial otro medio que el de concretar el contenido de la ley en el caso que hay que decidir. La vinculación del juez a la ley es ineludible. El ideal de seguridad jurídica parece alcanzado; la norma general enlaza la decisión de los diferentes casos en una jurisprudencia equilibrada y unitaria; las decisiones jurídicas particulares son pronosticables de antemano, puesto que fluyen de la norma jurídica que ya ha sido formulada con anterioridad".[123]

2.10. Como se comprenderá, de esta concepción clásica del positivismo –que alcanzará su cima con la Escuela de la Exégesis y sus métodos de interpretación, principalmente el gramatical y el histórico– poco queda hoy en día. Actualmente nadie al interior de la ciencia jurídica concibe la labor de un juez como simple silogismo o como una labor mecánica propia de un autómata.[124] "El hecho de que los elementos que forman la definición jurídica de la justicia estén hoy recogidos en las constituciones, es decir, estén 'constitucionalizados', sienta también en este caso, como ya sucedió con los derechos, las condiciones para la superación de la segunda gran 'reducción' del positivismo jurídico del siglo XIX: la reducción de la justicia a la ley".[125]

[123] Ídem, p. 202.

[124] Observaba en 1974 GUTIÉRREZ DE CABIEDES que "la sentencia como silogismo; la distinción tajante entre hecho y derecho con todas sus consecuencias a efectos del recurso de casación, en materia de prueba y aplicación de normas en el espacio; la propia función exclusivamente nomofiláctica o de defensa de la ley del recurso de casación, y tantos otros problemas, son cuestiones sometidas a una honda y necesaria revisión, como reacción ante las conclusiones estrictas y a veces poco realizables de las teorías jurídicas u objetivas de la jurisdicción [...]". Agregando más adelante que "unas teorías puramente estáticas de la jurisdicción, con unos jueces que declaran el derecho objetivo o subjetivo, o que aplican las sanciones contenidas en aquel derecho como decía REDENTI, o que simplemente garantizan la observancia de las normas como defendía CALAMANDREI, o que actúan la voluntad de la ley, como mantenía CHIOVENDA –unas teorías de esta clase, repetimos– no aprehenden lo específico del quehacer jurisdiccional". "Una nueva reflexión acerca del concepto de derecho procesal", en *Estudios de derecho procesal*, Pamplona, 1974, pp. 41 y 42.

[125] ZAGREBELSKY, *El derecho...*, p. 96. En el mismo sentido observa CAPPELLETTI que "como movimiento intelectual, el acceso a la justicia ha expresado una potente reacción contra la postura dogmático-formalista que pretendía identificar el fenómeno jurídico exclusivamente en el complejo de las normas, especialmente

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

"Si el derecho sólo estuviese compuesto de reglas no sería insensato pensar en la 'maquinización' de su aplicación por medio de autómatas pensantes, a los que se les proporcionaría el hecho y nos darían la respuesta. Estos autómatas tal vez podrían hacer uso de los dos principales esquemas lógicos para la aplicación de las reglas normativas: el silogismo judicial y la subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma. Ahora bien, la idea, típicamente positivista, carece totalmente de sentido en la medida en que el derecho contenga principios. La 'aplicación' de los principios es completamente distinta y requiere que, cuando la realidad exija de nosotros una 'reacción', se 'tome posición' ante esta de conformidad con ellos. Una máquina capaz de 'tomar posición' en el sentido indicado es una hipótesis que ni siquiera puede tomarse en consideración mientras la máquina siga siendo máquina".[126]

En este sentido observa TARELLO que "por lo demás, en contextos contemporáneos, la configuración del judicial como 'poder nulo' o 'no político', a pesar de mantener intacto su valor preceptivo en cuanto principio de base de la organización y del orden constitucional, ha perdido gran parte de su valor descriptivo de reflejar la realidad; y se percibe, en ocasión cultural, como (al menos en parte) una mistificación. Las razones de esto son varias; sin embargo, todas se pueden remontar al hecho de que, estructuralmente, cada incertidumbre objetiva de la ley viene necesariamente a transferir el poder de crear derecho nuevo o de cambiar el derecho (que es poder político pleno y no 'nulo') del órgano legislativo –esto es del

de derivación estatal, de un determinado país. El dogmatismo jurídico ha sido una forma degenerativa del positivismo jurídico, que no sólo ha conducido a una simplificación irreal del derecho, reducido precisamente a su aspecto normativo –*jus positum*– olvidando así los otros elementos, no menos esenciales: sujetos, instituciones, procedimientos; sino que ha llevado también a una simplificación no menos irreal de las tareas y responsabilidades del jurista, juez, abogado, estudioso, tareas que, según dicha posición, deberían limitarse a un mero conocimiento y a la mera aplicación aséptica, pasiva y mecánica de las normas en la vida práctica, en la enseñanza y en el análisis científico". CAPPELLETTI, "La justicia...", ob. cit., pp. 82 y 83.

[126] ZAGREBELSKY, *El derecho...*, ob. cit., p. 111. Señala GUTIÉRREZ DE CABIEDES, que es "innegable la necesidad de aplicación de la ley por el juez; ahora bien, resultaría ingenuo imaginar que la aplicación se pueda hacer de una manera automática. La concepción de la sentencia como un silogismo en donde la premisa mayor es la ley, la menor los hechos, y la conclusión el fallo, hace tiempo, como decíamos, que ha sido superada por la doctrina, ante la imposibilidad lógica de pasar del mandato de la ley a la solución del litigio de una manera tan simple, además de ser heterogéneas las premisas del mismo". "Una nueva...", ob. cit., p. 43.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Parlamento– al órgano de aplicación –o sea, esencialmente, a los jueces".[127]

2.11. Esta situación se muestra de forma palmaria tratándose de aquellas medidas cautelares que engloban un poder general de cautela, donde precisamente se ha producido en las últimas décadas la gran expansión de la tutela cautelar. Tratándose de estas normas, el juez goza al momento de su interpretación de una mayor discrecionalidad para reconducir las exigencias de la ley a la situación del caso particular. En ellas es el propio legislador quien reconoce su incapacidad para prever la infinidad de situaciones que pueden presentarse, y quien expresamente autoriza una mayor discrecionalidad judicial.[128] "A veces, incluso, el derecho, por así decirlo, no presenta resistencia a ser interpretado de acuerdo con estas exigencias 'casuísticas'. Esto sucede sobre todo con las normas 'elásticas' o 'abiertas', es decir, las que utilizan las llamadas 'cláusulas generales', cruz de toda concepción estrictamente positivista del derecho y de la función judicial y delicia de todo crítico de la misma".[129]

[127] TARELLO, *Cultura jurídica y política del derecho*, trad. de Isidro Rosas, México, 1995, p. 314. ZAGREBELSKY al respecto observa que "la cuestión no era –y no es– eliminar los principios del horizonte jurídico y judicial por no tener cabida en una determinada concepción del derecho, por lo demás proveniente de una época conclusa. Al contrario, es preciso darse cuenta de que el 'derecho por reglas' del Estado de derecho decimonónico era algo cualitativamente distinto al 'derecho por principios' del Estado constitucional contemporáneo y de que este cambio estructural del derecho tiene que comportar necesariamente consecuencias muy serias también para la jurisdicción. Podrá decirse que no siempre se trata de consecuencias tranquilizadoras, por lo que se refiere a ciertas exigencias que en otro tiempo se consideraban irrenunciables –por ejemplo, la certeza y la previsibilidad de las decisiones judiciales y quizás también la posición no *engagée* de los jueces–. Pero no mirar a la realidad para evitar ver sus aspectos menos tranquilizadores no la transforma de acuerdo con nuestros deseos". ZAGREBELSKY, *El derecho...*, ob. cit., p. 112.

[128] Tal cual señala el art. 444 del Código del Trabajo chileno: "En el ejercicio de su función cautelar, *el juez decretará todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción*, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio". (Énfasis añadido).

[129] ZAGREBELSKY, *El derecho...*, ob. cit., p. 136. En este sentido observa PROTO PISANI, a propósito del estado de los procedimientos en Italia, que "la exposición, por otro lado, estaría gravemente recortada,si no se observase que, desde 1970 en adelante, probablemente bajo los estímulos de las previsiones legislativas de los procedimientos sumarios típicos antes señalados, *en la praxis jurisprudencial se ha verificado un fenómeno de gran importancia práctica*: la cada vez mayor utilización del procedimiento previsto por el art. 700 del Código Procesal Civil a favor de situaciones subjetivas con contenido y/o funciones exclusivas o prevalecientemente

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

En España, BECEÑA fue uno de los primeros que llamó la atención sobre la amplia gama de posibilidades de que disponía el juzgador tratándose precisamente de normas abiertas o elásticas que aumentan considerablemente el campo de actuación de los jueces. En efecto, escribía hacia 1928 que "en toda ley, por minuciosa y casuística que sea, existen preceptos que dejan al intérprete la posibilidad de completar sus disposiciones, de suerte que, con relación a aquellas normas, tiene este, no sólo la facultad habitual de fijar su sentido por las reglas corrientes de la interpretación, sino otra de mucho mayor alcance, que, sin exceder los límites de esta función, consiste en ejercitar las facultades discrecionales que la ley confiere para integrar el contenido mismo del precepto". Agregando que de "este tipo de preceptos hay varios en la ley procesal; pero uno de ellos tiene tal importancia en el comercio jurídico, como garantía de las obligaciones menos coercibles o más fácilmente incumplidas, que servirá en esta ocasión como instrumento de comprobación del principio expuesto antes, de la renuncia del juez al uso de sus facultades de construcción jurídica, ante el espíritu de abstención que es el dominante en la ley de procedimientos".[130]

La norma referida por BECEÑA, de la cual ya constataba la nula aplicación por parte de los jueces españoles, era precisamente el art. 1.428 de la LEC, que contemplaba las llamadas medidas cautelares indeterminadas. Señala el autor citado que para evitar el riesgo de incumplimiento de "obligaciones de hacer o de no hacer o de entregar cosas específicas [...], la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 dispuso, en su art. 1.428, que cuando se presente en juicio una escritura pública ejecutiva, un documento privado reconocido en juicio, o el testimonio de una confesión ejecutoria, en la que aparezca con claridad una obligación de hacer o de no hacer o la de entregar cosas específicas, el juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo

no patrimoniales desprovistas de formas típicas de tutela sumaria". Agregando en su observación que "el art. 700 del Código Procesal Civil que (en modo análogo a la prevista en los parágrafos 935 y 940 del ordenamiento procesal alemán con respecto a la *einstweilige Verfüngengen* y, en parte, a las *ordonnances de référé* francesas) prevé una medida cautelar atípica, es decir, un procedimiento sumario cautelar adaptado a cualquier situación, no a ninguna situación concreta sustancial tipificada susceptible de desembocar en una resolución cautelar sumaria a su vez atípica, es decir, *que su contenido no ha sido predeterminado por el legislador, sino que el juzgador individualiza caso por caso en relación con las exigencias concretas*". PROTO PISANI, "La eficacia...", ob. cit., pp. 225 y 226 (el destacado es nuestro).

[130] BECEÑA, *Magistratura...*, ob. cit., p. 343.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

la responsabilidad de este, las *medidas* que, según las *circunstancias*, fuesen *necesarias* para *asegurar* en todo caso la *efectividad* de la sentencia que en el juicio recayese. La ley, como es fácil comprobar, no limita aquí más que la naturaleza de la obligación, y esto en términos que, excepto la de dar, comprende todas las restantes y la naturaleza del documento en que aquéllas consten [...]".[131]

Como podemos ver, precisamente fue en estas normas cautelares atípicas, indeterminadas, abiertas a la imaginación judicial y curiosamente previstas en principio sólo marginalmente (en el caso italiano)[132] o a última hora (en el caso de la LEC de 1881), donde internamente se ha cuestionado más la función tradicional de las medidas cautelares y el papel que los códigos liberales del siglo XIX reservaron a los jueces. En Chile el legislador ha entregado derechamente un poder cautelar general a los jueces en materia familiar y laboral.

2. ¿QUÉ QUEDA DE LA CONCEPCIÓN CLÁSICA-PROCESAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES?

2.12. Han sido diversos los ataques que ha recibido la construcción dogmático-procesal de las medidas cautelares para que haya podido permanecer incólume. Es evidente que la concepción clásica de la tutela cautelar ya no responde a los requerimientos de las modernas sociedades globalizadas e informatizadas, no porque las medidas tradicionales no tengan sentido o debamos desplazarlas del estudio de las medidas cautelares, cuestión que no es ni necesaria ni menos útil sino, más bien, porque desde un tiempo a esta parte se abren camino nuevas figuras que reclaman un espacio propio al interior de esta concepción. Tales medidas buscan ser englobadas en la misma categoría por obedecer, en definitiva, a los mismos principios que inspiraron la tutela cautelar clásica: el peligro de daño o de agravamiento de este, producto de la lentitud del proceso principal para resolver la contienda y la necesidad de una respuesta provisional a este problema.

Sin duda que estas nuevas medidas integran plena y primordialmente una teoría general de las medidas cautelares hoy en día,[133] lo cual no hace sino acentuar el llamado a la necesaria renovación del edificio dogmático-conceptual sobre el cual fue construido a comienzos del siglo XX la tutela cautelar.

Lo anterior ha puesto en cuestión el contenido de la tutela cautelar; se ha alterado la finalidad que las medidas cautelares tradicionalmente han cumplido. Paulatinamente, pero de forma sostenida, se avanza de una concepción eminentemente asegurativa

[131] BECEÑA, *Magistratura...*, pp. 344 y 345.

[132] Observa PROTO PISANI: "En este contexto [inicio de la reflexión de las nuevas necesidades de tutela surgidas a raíz de la Constitución de 1948] poco a poco se habría tomado conciencia de la importancia central que asumía una norma, originalmente residual, como lo sería el artículo 700 del Código de Procedimientos Civiles en relación con la tutela cautelar atípica. En efecto, en razón de su atipicidad, se presentaba como idónea para proporcionar una tutela 'privilegiada' a muchas, si no a todas, las circunstancias subjetivas nuevas –como lo serían los derechos de libertad y de la personalidad–, para las cuales el legislador de 1942 no había previsto ninguna forma típica de tutela especial". PROTO PISANI, "Las tendencias actuales", ob. cit., p. 37.

[133] Lógicamente siempre está abierta la posibilidad de ir en búsqueda de una nueva categoría, de crear un nuevo referente que se aparte del mundo de la tutela cautelar. Esta parece ser la idea que hoy impera en Argentina y Uruguay. Al respecto, observa PEYRANO que "vivimos en una época propicia para intentar una reformulación de la teoría cautelar clásica. Es que la praxis –esa gran maestra– ha demostrado que resulta insuficiente para proporcionar respuestas jurisdiccionales adecuadas a ciertos requerimientos 'urgentes' [...]. Estamos persuadidos –y no estamos solos– de que la categoría de 'urgencia' es más amplia que una de sus especies cual es el proceso cautelar, sin perjuicio de la identidad de ciertos presupuestos reclamados en todos los casos como atendibilidad 'prima facie' de los planteos formulados y de compartir ciertas características (v. gr., poder decretarse, en su caso favorablemente *inaudita et altera pars*). Importa destacar que recientes certámenes científicos de trascendencia se han enrolado en igual corriente. Así el XVIII Congreso argentino de derecho procesal (Santa Fe, junio de 1995, declaró que 'La categoría del 'proceso urgente' es más amplia que la de proceso cautelar. Así, la primera comprende también las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias'. Igualmente, las VIII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal (La Paloma, abril de 1995) señalaron que 'Las exigencias de la vida jurídica actual han determinado la necesidad de crear estructuras destinadas a la resolución urgente de pretensiones en forma definitiva al margen de la tutela cautelar y provisional clásicas'". PEYRANO, "Las medidas cautelares en materia comercial. Nuevos horizontes de la tutela de urgencia. Noticia sobre las medidas autosatisfactivas", en *Justicia* (1997), II, pp. 607 y 608.

En verdad, lo que se aprecia es un intento de salida frente a la ortodoxia de parte de cierta doctrina procesal que no admite medidas anticipativas en el ámbito cautelar. Pero no es necesario crear otra categoría fuera del ámbito cautelar que, por lo demás, no aporta nuevos elementos en la teorización de este nuevo referente: el *fumus* y el *periculum*, siguen siendo claves en esta construcción doctrinal. Lo único que se produce es un aumento en el grado de urgencia de la medida. Lo que aquí PEYRANO denomina medidas autosatisfactivas no son más que los procesos urgentes cuya principal característica (a la vez que diferencia con la tutela cautelar) es no ser instrumentales a ningún otro proceso. No se olvide, igualmente, que esta distinción ya fue advertida hace más de setenta años por CALAMANDREI, *vid. Introducción...*, ob. cit., pp. 38 y 39.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

o precautoria (embargo, secuestro, nombramiento de interventor, anotación preventiva de la demanda, prohibición de celebrar actos y contratos, etc.) a un plano de conservación del *statu quo* y, en la actualidad, a un plano anticipativo de la resolución del litigio. Tratándose, por ejemplo, del derecho alemán, GRUNSKY señala que "para poder enjuiciar correctamente la importancia de la duración del juicio declarativo ordinario, también hay que tener en cuenta el valor que corresponde a la tutela jurídica inmediata o provisional, queriendo significar aquí no tanto el embargo preventivo ni la medida cautelar en su significado original, es decir, como medios de aseguramiento, sino las medidas provisionales encaminadas a la satisfacción inmediata de la pretensión del acreedor".[134]

Esta última situación ha venido sucediendo en el ámbito del proceso civil, principalmente a propósito de las denominadas medidas cautelares indeterminadas y fuera de aquel ámbito, como hemos observado, en leyes especiales que se apartan de la hegemonía de los códigos decimonónicos. Ahora bien, lo extraordinario de esta situación estriba en que si bien hoy en día la doctrina procesal civil ha perdido el "monopolio" que tuvo en la primera parte del siglo XX en la teorización de las medidas cautelares, tomando parte de estas banderas especialistas de otras ramas del derecho,[135] lo cierto es que en el plano estrictamente dogmático los conceptos en general siguen siendo los definidos hace muchos años por los procesalistas italianos. Esto se aprecia con toda nitidez si vemos que el gran aporte del derecho comunitario en esta materia ha sido el redescubrimiento del ideal formulado hace más de setenta años por CHIOVENDA y adaptado por CALAMANDREI a las medidas cautelares: la "necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón".[136]

[134] GRUNSKY, "Reflexiones sobre la eficacia...", ob. cit., p. 149.

[135] Significativo, en el caso español, es la "batalla" que en este ámbito han llevado a cabo los administrativistas con el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, recientemente fallecido, a la cabeza.

[136] De allí que el propio GARCÍA DE ENTERRÍA corrigiera su error de atribuir el origen de este principio a una sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 1985: "Yo mismo aduje que su expresión más próxima parecía [en verdad fue más asertivo, 'procede' fue el verbo empleado *vid. La batalla...*, ob. cit., p. 121] encontrarse en la sentencia del Tribunal Constitucional italiano número 190 [...], de 26 de junio de 1985 [...]. Ahora debo corregir esa afirmación anterior: el principio en cuestión no ha sido una invención súbita del Tribunal Constitucional italiano, sino que este lo tomó de una formulación doctrinal identificada, CHIOVENDA y CALAMANDREI". *La batalla...*, ob. cit., p. 179.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

CAPÍTULO TERCERO

LA TUTELA CAUTELAR EN EL DERECHO INGLÉS

1. EL DERECHO INGLÉS

3.1. Cuando hablamos del derecho inglés nos estamos refiriendo al derecho que rige en Inglaterra y en el País de Gales; no es ni el derecho del Reino Unido ni de la Gran Bretaña, ya que Irlanda del Norte, de una parte, y Escocia, de la otra, tienen su propio ordenamiento jurídico y sus propios tribunales.[137] Desde octubre del año 2009, en todo caso, la Corte Suprema del Reino Unido (the *UK Supreme Court*) asumió como el máximo tribunal de apelación en materia civil de las cuatro naciones nombradas.

La importancia histórica que el derecho inglés ha tenido supera ampliamente el espacio territorial que en la actualidad ocupa. Basta recordar que ha sido el modelo inspirador de ordenamientos de buena parte de la humanidad y cuna de la tradición del *Commom law,*[138] *carácter que hasta el día de hoy le vale para ser considerado como fuente de respeto y conocimiento de numerosos países.*[139]

[137] La *Act of Union* dada para Inglaterra y Escocia el año 1707 garantizó la independencia de los tribunales escoceses y la preservación del Derecho escocés, particularmente en materias como la responsabilidad extracontractual, los contratos y los delitos. No olvidemos, asimismo, que el sistema jurídico escocés difiere del inglés no sólo en su sustancia, sino también en carácter y tradición al haber recibido la influencia del derecho romano. Para una visión general de las fuentes escocesas y con abundante bibliografía *vid.* KIRALFY-MACQUEEN, *New perspectives in scottish legal history,* Londres, 1984. Asimismo, *vid.* MACKAY COOPER, "The Common and the Civil law –A Scot's view–", en *Harvard Law Review,* (1949-1950), vol. 63, pp. 468-475.

[138] El concepto amplio de *Common law* abarca todos aquellos países que inspirados en la tradición jurídica inglesa han mantenido un Ordenamiento jurídico heredado de Inglaterra. Entre los más importantes podemos mencionar, EE.UU., Canadá (excluido Quebec), Australia y Nueva Zelanda.

[139] Sintomático de ello es la adaptación en varios países del *Common Law* de las recientes *injunctions* del Derecho inglés: *Mareva injunctions* y *Anton piller orders.*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

En primer término, merece destacarse que en la tradición del *Common law,* debido a la enorme fuerza que tiene el precedente judicial, el jurista razona de forma inductiva; así, el Derecho como producto histórico se ha elaborado de causa en causa, de decisión en decisión, sin que previamente exista una regla abstracta que contemple el problema a resolver. En suma se trata de un sistema abierto, flexible, asentado en la realidad, en el que el derecho se va creando en la medida que el juez, al surgir la controversia, emite una decisión y crea una nueva regla. Por su parte, en sentido diverso, en la tradición continental el jurista efectúa una labor deductiva, esto es, a partir de una norma elaborada en abstracto y con carácter general por el legislador razonando en dirección del caso concreto que debe resolver. Para tales efectos el juez cuenta con una serie de reglas o cánones de interpretación con los que buscará la intención o propósito de la ley más que un sentido literal de las palabras utilizadas. Se trata, en definitiva, de un sistema cerrado, que no presenta lagunas en su interior, en que todo el Derecho, o su mayor parte, se contempla en un código (ley).

La anterior exposición, en verdad, es una visión extrema de ambas tradiciones, puesto que en las últimas décadas las diferencias entre uno y otro sistema se encuentran bastante atenuadas. Si bien el precedente judicial en el *Common law* es especialmente importante en cuanto fuente de creación del derecho, hoy en día la principal fuente la constituyen las leyes *(Acts)* emanadas del Parlamento.[140] Así, por ejemplo, el derecho relacionado con la venta de bienes *(Sale of goods Act de 1979);* o la controvertida ley de marina mercante del año 1988 *(Merchant Shipping Act);* la ley de derechos humanos de 1998 (the *Human Rights Act*); la ley sobre administración de justicia *(The Acces to Justice Act de 1999);* la ley sobre servicio de los tribunales *(The Courts Acts 2003);* o la *Parliaments Act 2011,* son todas materias que corresponden, en la terminología inglesa, à las leyes escritas (o formalmente aprobadas) en oposición a las leyes no escritas o precedente judicial. Cuando el juez inglés aplica alguna de estas u otras leyes (y esto es gran parte de su labor actual) se encuentra en una posición muy similar a la del juez continental cuando este tiene que aplicar un Código.[141] Por su parte, en el sistema continental el

Vid. TILBURY-NOONE-KERCHER, *Remedies comentary and materials,* Sydney, 2ª ed. 1995, pp. 788 y ss.

[140] *Vid.* SLAPPER-KELLY, *The English Legal System,* 15 ed. (2014-2015), Routledge, New York, cap. 3: Sources of law: Legislation, pp. 77-127.

[141] Merece considerarse al respecto que la innovación más importante y trascendente del Derecho inglés en materia de medidas provisionales, fue realizado

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

respeto por los casos decididos es cada vez más importante. Sin llegar al grado de vinculación que tiene el precedente en el Derecho inglés, hoy en día las numerosas y extensas colecciones de fallos forman parte del equipo profesional de cualquier estudio de abogados en los países de tradición continental. Para un jurista educado en esta última práctica no es posible comprender la actuación de su Derecho sin referencias constantes a las colecciones de jurisprudencia publicadas periódicamente.

De ahí que, no sin exagerar, algún autor ha llegado a sostener que el Derecho inglés presenta en estos días una mayor similitud con el Derecho continental que con el vigente en EE.UU.[142] En el campo concreto que nos ocupa, el de la tutela provisional, veremos que los problemas que pretende abordar y solucionar, no obstante haber tenido un desarrollo disímil, son muy parecidos a los que se plantean en los Ordenamientos jurídicos que siguieron la tradición del *Civil law;* si bien el pragmatismo inglés no elaboró conceptos abstractos como las ideas de *fumus boni iuris; periculum in mora;* etc., propias de los sistemas procesales del continente, sí se desarrollaron a través de los concretos casos que los tribunales fueron conociendo, particulares medidas que han desempeñado un papel similar al que han tenido las medidas cautelares en los países que siguieron la tradición del Derecho continental.

A continuación mostraré sucintamente el desarrollo histórico que la tutela provisional ha tenido en Inglaterra a efectos de facilitar el acercamiento a este Derecho y, principalmente, para comprender a cabalidad la manera como operan en la actualidad las medidas provisionales en este sistema jurídico.

el año 1975 por la Corte de Apelaciones *(The Court of Appeal)* teniendo como único fundamento una ley del Parlamento, concretamente el artículo *(section)* 45 (1) de la *Suprem Court of Judicature Act* (consolidada) de 1925 que facultaba al Tribunal Superior *(The High Court)* para conceder una medida provisional en todos aquellos casos en que al tribunal le parecía que era *justo y conveniente* hacerlo.

[142] *Vid.* POSNER, *Law and legal theory in England and America,* Oxford, 1996, pp. 20 y ss. *Vid.* también LEVITSKY, "The europeanization of the british legal style", en *The American Journal of Comparative Law* (1994), vol. 42, Nº 2, pp. 347-380. ANDREWS, "Inglaterra dejó de ser una isla: influencia Europea sobre el proceso civil inglés", en *Revista Ius et Praxis,* año 17, Nº 2 (2011), pp. 371-390 (traducción de Álvaro Pérez Ragone).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

2. Desarrollo de la tutela provisional en el Derecho Procesal Civil inglés

3.2. El desarrollo de la tutela provisional en el Derecho procesal inglés siguió históricamente un camino diferente al que tuvo en la Europa continental. Esta situación hunde sus raíces en la diversa evolución que, en general, tuvo el derecho inglés en relación con el llamado Derecho de los países del *Civil law*. Ningún otro ordenamiento jurídico en Europa permaneció tan fiel a sus orígenes y tradiciones como lo hizo el derecho en Inglaterra; la influencia del Derecho romano, cuyo renacer fue decisivo en el desarrollo de los ordenamientos jurídicos en los países de la Europa continental, resultó insignificante en su crecimiento. Considérese que no hubo en Inglaterra una revolución como la de 1789 en Francia que rompiera con el Antiguo Régimen y lo remplazara por un nuevo sistema legal, y que el marcado carácter técnico-procesal que caracterizó al sistema inglés desde sus inicios fue, asimismo, determinante al momento de impedir que este recibiera la influencia del proceso de codificación que se inicia en la Europa continental a fines del siglo XVII. A esas alturas el *Common law* había desplegado todas sus potencialidades y la mentalidad práctica de los juristas ingleses no se adaptó a un sistema abstracto, racional y de poco contacto con la realidad.

En cierto modo, la evolución de la tutela provisional en el derecho inglés ha sido inversa a la que hemos visto tuvo lugar con la tutela cautelar en el derecho continental. Por una parte, aquel sistema no conoció sino hasta bien entrado el siglo XX –concretamente a partir de 1975– una medida equivalente a la del embargo preventivo, de tan fuerte raigambre en el derecho español, a la *saisie conservatoire*, del ordenamiento francés, o al *sequestro conservativo* del sistema procesal italiano; figuras, que hemos visto, constituyeron los pilares sobre los cuales se construyó el edificio dogmático de la tutela cautelar en los países del *Civil law*. Hoyle observa a este respecto que "antes de 1975 era contrario a la práctica imperante conceder una medida cautelar que restringiera la enajenación de los bienes del demandado. La postura de los tribunales ingleses era que no existía una competencia inherente para conceder este tipo de órdenes, no había una disposición legal o usos forenses que pudieran usarse en aval del eventual cambio de esta situación".[143] Este vacío, de no fácil

[143] Hoyle, *The freezing injunction and related orders*, 3ª ed., Londres, 1997, p. 9. Zuckerman cita los siguientes procesos en los cuales los tribunales ingleses rechazaron la posibilidad de conceder, previo a la sentencia sobre el mérito, alguna limitación

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

justificación al interior del sistema inglés,[144] fue cubierto a partir de 1975 por una concreta medida provisional, a saber, la *Freezing injunction* de enorme y vasto desarrollo en la actualidad.

Por otro lado, muy pronto se reconoció en el Derecho inglés el poder de los tribunales de equidad *(English Courts of Equity)*[145] de

a la facultad de disposición del demandado. *Mills v. Northern Ry. of Buenos Ayres Co* [1870], 5 Ch App. 621; *Robinson v. Pickering* [1880] 16 Ch. D. 660; *Newton v. Newton* [1885] 11 PD. 11; *Lister v. Stubbs* [1890] Ch. D. 1; *Burmester v. Burmester* [1913], p. 76; *Scott v. Scott* [1951] p. 193. Zuckerman, "Freezing injunction... ", ob. cit., p. 433, nota 6; Gee, por su parte, observa que un antecedente histórico puede encontrarse en el proceso llamado "foreign attachment" (embargo exterior) que se podía solicitar en la *Court of the Mayor and Aldermen of London* a finales del siglo XV. Si un ciudadano de Londres demandaba a un deudor que se encontraba fuera de la jurisdicción del tribunal, el demandante podía solicitar el embargo de cualquiera de los bienes que aquel tuviere dentro de la jurisdicción. Si el demandado no se apersonaba ante el tribunal sus pertenencias eran valoradas y entregadas al demandante, quien debía ofrecer seguridad de que los bienes serían devueltos al deudor si este aparecía dentro del plazo de un año y un día, y probaba, lógicamente, que no adeudada dinero alguno. A mediados del siglo XIX la ausencia de notificación al demandado se consideró que atentaba contra el derecho natural y el referido procedimiento cayó en desuso. *Vid.* Gee, *Mareva injunctions and Anton piller relief*, 4ª ed., Londres, 1998, pp. 1 y 2. Spry, por su parte, observa que "en el siglo XIX se encontraba bien asentado que los tribunales de equidad no concedían *injunctions* a los acreedores a fin de impedir que los deudores negociaran con sus propiedades cuando el acreedor no tenía un derecho legal o de equidad en alguna propiedad". Aclara que lo anterior no quiere decir que los tribunales no tuvieran competencia para conceder una *injunction* de este tipo; de hecho, si una *injuction* hubiere sido concedida habría sido ejecutada de la misma forma que cualquier otra resolución de equidad. "*Antes bien, los tribunales de equidad consideraron que en circunstancias de este tipo era inapropiado e injusto impedir que el deudor negociara con sus propiedades como lo tenía a bien*". Spry, *The principles of Equitable remedies*, Reino Unido, 5ª ed., 1990, p. 515. (El destacado es nuestro).

[144] En opinión de Goldstein, esta situación tal vez encuentra su explicación en un mero accidente histórico. "Thus it may well be that the failure of English Law to employ the provisional relief of *saisie conservatoire* may represent not an "established principle" againts prejudgment interference with a defandant's affairs, but rather merely and historical accident, one of the many vagaries of the Common Law's nonsystematic development". "Recent developments and problems in the granting of preliminary relief: a comparative analysis", en *Revue hellénique de droit international*, 40 ème et 41 ème années, (1987-1988), pp. 15 y 16.

[145] Una de las características más destacadas del Derecho inglés reside en el hecho de que por muchísimo tiempo convivieron en su interior dos sistemas que originaron, a su vez, dos tipos diferentes de tribunales. Por una parte, el sistema del *Common law* (en sentido restringido este término fue tomado de los canonistas –quienes utilizaban el término "*jus commune*" para referirse al derecho general que emanaba de la Iglesia Católica– y servía para describir, ya en los tiempos de Eduardo I (1272-1307), aquella parte del derecho no promulgado, no legislado, y

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

conceder medidas provisionales *(interim injunctions)* cuya finalidad era evitar que el demandado alterara el *statu quo* en los juicios que no envolvían el pago de una suma de dinero, o prevenir la comisión de un ilícito civil o evitar su continuación mientras se tramitaba la causa; medidas que, obviamente, se dictaban antes de que el tribunal hubiere establecido la responsabilidad en el fondo *(on the merits)* del demandado.

Al respecto, no se olvide que por muchos siglos, de hecho hasta la *Judicature Acts* de 1873 y 1875, el *Common law* consistió en un sistema de acciones, cada una de ellas con su propio procedimiento y con sus propias formas *(forms of action)*. El Derecho inglés descansó, según se anticipó, en la base del precedente para la solución de los litigios y se movió empíricamente caso por caso, de una realidad a otra. "Hasta el siglo XIX, lo esencial en Inglaterra no era determinar las solución del litigio en base a consideraciones sustantivas. Únicamente podía obtenerse justicia de jurisdicciones que teóricamente eran jurisdicciones de excepción. Para los interesados, lo esencial era hallar la fórmula con que instrumentar la acción, el *writ* mediante el cual podían acudir a tales jurisdicciones".[146]

Esta misma situación posibilitó que en paralelo al *Common law* y a partir del siglo XIV se desarrollara en Inglaterra el otro gran sistema de este derecho: el procedimiento de la *Equity*. Ya sea porque el *Common law* no preveía una fórmula para el caso propuesto;[147] o

que era común a todo el territorio y a todos sus habitantes, en contraposición a los estatutos, a las costumbres locales y a los fueros reales.); y, por el otro, el sistema de la *Equity*. Lo relevante de esta distinción es que cada sistema tenía sus propios tribunales y sus propias formas de solución jurídica, siendo las *injunctions* un remedio propio, hasta 1875, de los tribunales de equidad. En general *vid.* SPRY, *The principles of equitable remedies...*, ob. cit., cap. 4, pp. 322 y ss.

[146] DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de la 2ª ed. francesa de Pedro Bravo, Madrid, 1973, p. 249. De ahí el paralelo que se puede trazar entre el desarrollo de este Derecho y la evolución del Derecho romano. En ambos sistemas la importancia de las normas de procedimiento superó en gran medida el desarrollo de las normas sustantivas. Ambos sistemas no pensaban en un tipo concreto de derecho, sino en un tipo concreto de acción, y ninguno de ellos estuvo interesado en elaborar construcciones dogmáticas abstractas o en crear un método racional, sino en contar con acciones específicas para resolver casos prácticos. De allí que MAITLAND haya podido señalar que mientras "las naciones de Europa occidental adoptaron como propio el resultado final de la historia legal de Roma, Inglaterra, inconscientemente, reprodujo esa historia". *The history of English law* (con POLLOCK), Cambridge, 2ª ed., 1898, reimpresa en 1952, vol. 2, p. 558.

[147] Las formas eran fundamentales en el derecho inglés, por tanto, si no había un *writ* no había derecho. Es cierto que los tribunales podían conceder a través de

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

porque la solución otorgada por los tribunales de *Common law* no era la más apropiada; o bien, porque en sí se trataba de una solución injusta, los súbditos comenzaron a acudir en última instancia al rey en busca de amparo y justicia. En materia contractual, por ejemplo, frente al incumplimiento de una de las partes el *Common law* sólo contemplaba la posibilidad de solicitar una indemnización daños y perjuicios *(damages)*. Lo anterior en muchos casos llevaba a soluciones inadecuadas, principalmente si la contraparte deseaba la ejecución en naturaleza de la prestación. Esto fue posible gracias a la intervención del rey el cual, bajo su jurisdicción, podía ordenar la ejecución forzosa del contrato *(specific performance)*. Igualmente, si el demandante deseaba que durante el desarrollo del juicio el demandado cesara en su actuar ilícito debía pedir una *injunction* ante el tribunal de Equidad.

El proceso de unificación entre estos dos sistemas comenzó en el siglo XIX y finalizó, según adelantamos, con las *Judicature Acts* de 1873 y 1875. Así, ya en 1858 los tribunales de Equidad podían, en ciertos casos, conferir una indemnización de daños y perjuicios (*The Chancery Amendment Act* 1858) y los tribunales del *Common law* podían, en ciertos casos, ordenar *injunctions* (*The Common law procedure Act* 1854).[148] Originalmente la posibilidad de conceder daños y perjuicios (*damages*) era sólo facultad de los tribunales de derecho, y la posibilidad de otorgar una *injunctions* del tribunal de la Cancillería, lo cual obligaba a los demandantes que solicitaban ambos remedios *(damages e injunction)* a proceder separadamente ante uno y otro tribunal. A partir de su definitiva unificación finaliza la distinción entre tribunales de Derecho *(Common law courts)* y de Equidad *(Courts of Equity)*.[149] En la actualidad los tribunales

la interpretación analógica uno nuevo, sin embargo, esto no era fácil ya que los tribunales efectuaban una aplicación estricta de los existentes.

[148] El artículo 79 de la referida ley dispuso: "In all cases of breach of contract or other injury, where the party injured is entitled to maintain and has brought an action, he may, in like case and manner as hereinbefore provided with respect to mandamus, claim a writ of injunctions against the repetition or continuance of such breach of contract, or other injury, or the committal of any breach of contract or injury of a like kind, arising out of the same contract, or relating to the same property or right; and he may also in the same action include a claim for damages or other redress".

[149] Las viejas cortes fueron abolidas, y en su reemplazo se creó el Tribunal Superior de Justicia (the *High Court of Justice*). Este tribunal tiene tres divisiones administrativas: the Court of *Chancery, Queen's Bench Division (QBD) y the Family Division*. La cortes anteriores *Exchequer and Common Pleas y Divorce and Admiralty* fueron

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ordinarios *(Courts of law)* administran tanto la ley como la equidad, aunque esta conserva su propia doctrina y jurisprudencia basada en las máximas de la equidad.

3. Interim Relief: Interim Injunction e Interim Payments

3.3. De conformidad con ANDREWS, "una decision provisional puede revestir, principalmente, una de las siguientes dos formas: si la pretensión del solicitante en el juicio es una *injunction* o el cumplimiento en naturaleza *(specific performance)*, el tribunal puede conceder una medida provisional antes del juicio *(pre-trial interim injunction or an "interlocutory injunction")*. Si, en cambio, lo que pretende es una indemnización monetaria, el tribunal puede ordenar un pago provisional para la satisfacción de una deuda o una proporción de la indemnización que probablemente obtendrá en el juicio".[150]

En este apartado nos referiremos, en primer término, a las *injunctions* en general; en segundo lugar a las *interim injunction*; y, finalmente analizaremos la figura de los pagos provisionales.

3.1. *Injunctions*

3.4. Una *injunction* es una resolución de un tribunal, históricamente como se ha visto un remedio de equidad, que ordena a una persona a realizar una determinada conducta *(mandatory o positive injunction)* o que lo disuade de efectuar un acto específico *(prohibitory o negative injunction)*.[151]

Dependiendo del tiempo por el cual son concedidas las mismas se dividen en *final* o *perpetual injunction*, por un lado, y en *provisional*

fusionadas con la *QBD* en 1880 y en 1870. *Vid.* SLAPPER-KELLY, *The English legal system;* ob. cit., p. 216. No se olvide, como adelantamos en la introducción de este libro, que con la reforma constitucional del año 2005 se estableció una Suprema Corte para el Reino Unido, la que entró en funcionamiento el año 2009, reemplazando a la *House of Lords* como el máximo tribunal superior. Ídem, pp. 215 y 216.

[150] "An interim judgment can take one of two main forms. If the claimant is seeking an injunction or specific perfomance at trial, the court can order a pre-trial interim injunction (or an "interlocutory injunction"). If the claimant is seeking pecuniary relief at trial, the court can make an interim order for the payment of a debet or a proportion of the damages likely to be awarded at trial. ANDREWS, *On civil processes.* Court proceeding. Intersentia, Cambridge, 2013, v. I, p. 216.

[151] BEAN, *Injunctions,* Sweet & Maxwell, 11th ed., Londres, 2012, p. 3.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

o interim injunction, por el otro. La primera es una resolución final concedida usualmente después de haberse rendido toda la prueba en el juicio *(after a trial on the merits)*. La segunda, en cambio, es una medida provisional adoptada al inicio del juicio, antes de que las partes hubieran rendido la totalidad de sus pruebas. Una *injunction*, incluso, puede concederse frente a una amenaza de daño. En este evento recibe el nombre de *injunction quia timet*.[152]

Debemos tener presente que las *mandatory injunctions* son menos frecuentes que las *prohibitory injunctions*. Las primeras suelen ser mucho más invasivas que las segundas y, por lo mismo, no se conceden usualmente de manera provisional. Los tribunales prefieren valorar todas las pruebas antes de ordenar una *injunction* de este tipo.

3.1.1. Principios que gobiernan las *injunctions*

3.5. En la medida que estos mandatos fueron creación de los tribunales de equidad, es natural que en su concesión gobierne la aplicación de los principios de la *Equity*.[153]

a) Remedio discrecional

3.6. La discrecionalidad en la aplicación de esta figura procesal encuentra su fundamento en la insuficiencia de las soluciones jurídicas del *Common law*. De este modo, si en el caso concreto hubiere disponible un remedio del *Common law* la *injunction* no debe ser concedida. Del mismo modo, no debe concederse una *injunction* si la conducta de quien la solicita ha sido injusta, lo cual se formula en la máxima de que para acudir a los tribunales de equidad las partes deben mostrar una conducta intachable *(who comes to equity must come with clean hands)*. En cumplimiento de esta máxima si el demandante ha infringido sus obligaciones contractuales, no podrá jamás exigir la ejecución de las obligaciones de su contraparte a través de este remedio procesal. A su vez, si el demandante ha sido negligente en hacer valer un derecho, por ejemplo, ha dilatado intencionadamente la solicitud de una *injunction*, esta no debe ser concedida posteriormente *(delay defeats equity)*.[154]

[152] Ídem.

[153] *Vid.* KEETON-SHERIDAN, *Equity*, 3ª ed., Londres, 1987, pp. 407-411.

[154] Ídem, p. 409; SHERIDAN, *Injunctions...*, ob. cit., p. 10.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

b) Remedio *in personam*

3.7. Una *injunction* es un remedio en persona en el sentido de que las resoluciones de los tribunales de equidad, históricamente diferentes a las resoluciones de los tribunales del *Common law*, contenían órdenes dirigidas directamente en contra del demandado a fin de que realizara o se abstuviera de efectuar determinada actuación. Las mismas no conceden ningún derecho real sobre la cosa que ha sido objeto de la medida.[155]

c) Una *injunction* no debe ser concedida en vano

3.8. Hay situaciones en las cuales una *injunction* no debe ser concedida; así, por ejemplo, cuando la lesión ha cesado con anterioridad al juicio, o cuando resulta imposible volver al estado que existía con anterioridad a la violación del derecho, este remedio de equidad no resulta apropiado. SHERIDAN cita un proceso en el cual se prohibió mediante una *interim injunction* la publicación de un libro que supuestamente violaba cierta información confidencial. Al tiempo del juicio el libro había sido publicado en el extranjero, concretamente en los Estados Unidos de Norteamérica y las copias pronto estuvieron disponibles en Inglaterra. En consecuencia, la Cámara de los Lores desechó la solicitud de una *permanent injunction* en contra *The Sunday Time* que le prohibiera publicar extractos de aquel libro, puesto que ya "no había ninguna información confidencial que proteger".[156]

3.1.2. Competencia ante el Tribunal Superior de Justicia *(The High Court)*

3.9. El artículo 37 apartado (1) de la *Senior Courts Act 1981* establece la competencia del Tribunal Superior de Justicia para dictar una *injunction*, disponiendo al efecto: "Poderes del Tribunal Superior en materia de *injunctions* y depositarios":

> (1) El Tribunal Superior puede mediante un auto (sea provisional o definitivo) dictar un interdicto o nombrar un depositario, en todos los procesos en que le parezca justo y conveniente hacerlo [...].[157]

[155] *Vid.* SPRY, *The principles of equitable...*, ob. cit., pp. 26 y ss.

[156] SHERIDAN, *Injunctions...*, ob. cit., p. 13.

[157] Section 37 Powers of High Court with respect to injunctions and receivers: (1) "The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the court to be just and convenient so to do". La misma competencia tienen los *county courts* de conformidad con el art. 38 de la *County Courts Act 1984*.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

3.10. La competencia, pese a los amplios términos en que está redactada la disposición, no es tan extensa. Según apuntan HANBURY y MARTIN, debe ser ejercida no de acuerdo con las preferencias individuales de cada juez sino "en conformidad a razonamientos legales o de acuerdo con principios jurídicos".[158] Así, un demandante sin derecho no puede obtener una *injunction*, a pesar de lo "justo y conveniente" que ello pueda ser. Si bien hubo diferentes opiniones en cuanto a la verdadera extensión del artículo 25 (8) de la Ley del Tribunal Supremo de 1873, que introdujo por primera vez en el derecho procesal inglés una disposición similar a la vigente actualmente,[159] la Cámara de los Lores precisó que dicha normativa no había extendido la competencia de los tribunales para conceder *injunctions*, sino que más bien se trataba de una norma de procedimiento.[160]

Bean, por su parte, observa que la expresión "justo y conveniente" no es una licencia para que los jueces concedan esta medida en cualquier ocasión en las que no les agrade lo que el demandado está realizando, sino que solo debe ordenarse cuando el tribunal razonablemente entiende que hay una amenaza continua que requiere de la actuación compulsiva de este tipo de medidas.[161]

3.11. Debe tenerse presente, en todo caso, que las *injunctions* son en la terminología inglesa un *remedy* (al igual, por ejemplo, que la

[158] Los autores citan la causa *Beddow v Beddow* [1878] 9 Ch. D. pp. 89 a 93. *Modern equity*, Londres, 15ª, p. 73.

[159] El art. 25 apartado (8) de la *Supreme Court Act* 1873 dispuso en materia de medidas provisionales "una *injunction* puede ser concedida o un depositario nombrado mediante un auto provisional, en todos los procesos en que al tribunal le parezca justo y conveniente que tal resolución se dicte; y esta resolución puede ser dictada incondicionalmente o bajo los términos y condiciones que el tribunal considere razonables". "An injunction may be granted or a receiver appointed by an interim order of the court in all cases in which it shall appear to the court to be just or convenient that such order should be made; and any such order may be made either unconditionally or upon such terms and conditions as the court shall think just". Una interpretación amplia de esta disposición fue realizada por el juez JESSEL, en el proceso *Beddow v Beddow* [1878] 9 Ch. D., p. 89, donde señaló: "I have unlimited power to grant an injunction in any case where it would be right o just to do so".

[160] HANBURY y MARTIN, *Modern equity*, ob. cit., pp. 734 y 735.

[161] BEAN, *Injunctions*, ob. cit., p. 6. Cita el caso de *UPS Ltd v. Stop Huntingdon Animal Cruelty* [2011].

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

indemnización de perjuicios –*damages*–) y, como tal, requieren que el solicitante acredite que tiene un derecho sustancial afectado (o en peligro). Debe probar lo que en la cultura inglesa se denomina una *cause of action*, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato (*breach of contract*) o un ilícito extracontractual *(tort)*. De allí, por ejemplo, que se hubiere resuelto que una persona no puede obtener una *injunction* que prohíba a la BBC emitir programas en contra de Alemania (*Thorne v. BBC* [1967] WLR. 1104) porque, precisamente, no tiene una *cause of action*.

> "A right to obtain an interlocutory injunction is not a cause of action. It cannot stand on its own. It is dependent upon there bein a pre-existing cause of action against the defendant arising out of an invasion, actual or threatened by him, of a legal or equitable right of the plantiff for the enforcement of which the defendant is amenable to the jurisdiction of the court. The right to obtain an interlocutory injunction is merely ancillary and incidental to the pre-existing cause in action. It is to granted to preserve the statu quo pending the ascertainment by the court of the rights of the parties and the grant to the plaintiff of the relief to which his cause of actions entitles him, which may or may not include a final injunction" (Lord Diplock in *The Siskina* [1979] AC 210-254).[162]

3.12. Dicho lo anterior, es bueno también saber que una vez que el solicitante ha cubierto la *cause of action*, el ámbito que una *injunction* puede cubrir –en particular si es negativa– es prácticamente ilimitado. Así, por ejemplo, en materia de derechos reales sirven para restringir violaciones a la propiedad *(to restrain trespass to land)*; para evitar ruidos molestos entre vecinos; limitar el acceso hasta un número de metros a la propiedad de una persona; remover las raíces de un árbol que causan daño a la propiedad de un vecino, etc. En materia de obligaciones evitan, por ejemplo, que se venda un inmueble a un tercero cuando el dueño ya había acordado enajenarlo al actor. En materia de medio ambiente, sirven para detener fuentes de contaminación, olores o ruidos molestos. En materia de arrendamiento evitan todo tipo de acoso por parte del arrendador en contra del arrendatario. Tratándose de relaciones laborales, sirven para evitar que un ex trabajador incumpla con acuerdos válidamente suscritos; impiden que un trabajador o un ex trabajador revele secretos comerciales u otro tipo de información confidencial. En materia de propiedad industrial sirven para evitar que se infrinja una patente o una marca; evitan que se incumpla con un derecho de autor *(copyright)*; sirven para ordenar al demandado que permita el

[162] BEAN, *Injunctions*, ob. cit., p. 4.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

acceso del actor a sus instalaciones en búsqueda de productos que infringen su derecho de autor y documentos relacionados con esta conducta. En materia comercial evitan que el demandado pueda transferir sus propiedades durante el transcurso del proceso judicial *(freezing injunction)*; evitan que un deudor deshonesto abandone el país retirándole temporalmente el pasaporte; evitan que el demandado pueda intentar incumplir un contrato futuro. En materia de publicidad, impiden que se publiquen declaraciones que difamen a una persona; que se publiquen secretos de Estado; evitan que se publiquen noticias falsas de un candidato a elección popular. Restringen del acoso de los periodistas a figuras públicas *(harassment by paparazzi)*. En materia familiar, pueden ordenar que uno de los cónyuges abandone el hogar; evitar que vuelva a la casa familiar; proteger a mayores y niños de molestias familiares; evitar que uno de los padres abandone el país hasta que se hubiere sometido a un examen de sangre. En materia de discriminación, evitan todo tipo de discriminación de acuerdo con la *Ecquality Act 2006*. En materia procesal, evitan que se lleve adelante un proceso en otra jurisdicción si Inglaterra es la adecuada para el caso *(an anti-suit injunction)*; sirven para prevenir que litigantes molestos ingresen a los tribunales; evitan que se haga uso de documentos protegidos por algún secreto profesional, etc.[163]

3.2. *Interim Injunctions*

3.13. Una *interim injunction* es una medida limitada en el tiempo que se aplica, en consecuencia, sólo hasta el término de la vista *(final hearing)* o hasta la determinación definitiva de los derechos de las partes por el tribunal. Por tanto, a falta de una resolución posterior en contrario, el tribunal al dictar esta medida no extenderá su vigencia más allá de la vista final del procedimiento.[164]

3.14. En el ámbito del derecho privado estas medidas tienen por objetivo limitar las infracciones a los derechos del demandante

[163] BEAN, *Injunctions*, ob. cit., pp. 10-14.

[164] SPRY, *The principles of equitable...*, ob. cit., p. 446. El propio autor reconoce que en ocasiones el término *interim injunction* se extiende a *injunctions* dictadas después que se ha obtenido la sentencia. Cita la causa *Orwell Steel (Erection and Fabrication) Ltd. v. Asphalt and Tarmac (UK) Ltd.* [1984] 1 WLR 1097. Ídem, p. 446 en nota 2. Notable como aparece el carácter instrumental de toda medida cautelar.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

mientras se tramita el proceso. Así, según apunta BURROWS,[165] una *interim injunction* tiene el propósito de proteger los derechos que alega el demandante durante la inevitable demora previa al juicio. Como solución jurídica que se emplea respecto de ilícitos civiles *(torts)* e infracciones de contratos *(breach of contract)*, cumple una análoga función que una *injunction* definitiva *(final injunction), pero de un modo más rápido y, en muchas ocasiones, más efectivo.* BEAN,[166] por su parte, observa que el tribunal al conocer la solicitud una *interim injunction* no realiza un juicio sobre el fondo de la cuestión. Usualmente no hay testimonio oral y no hay oportunidad para contrainterrogatorios. Respecto del proceso de exhibición de prueba y examen de documentos este no tiene lugar; de hecho, puede que el escrito de demanda y la contestación a la misma no hayan sido aún notificados. No debe creerse, en todo caso, que una *interim injunction* es un remedio secundario o de menor importancia. Por el contrario, los tribunales conceden cada año más medidas provisionales que *injunctions* definitivas, por el simple hecho de que como Lord DENNING señaló: "Casi siempre, no obstante, los procesos no llegan a la etapa de juicio. Las partes aceptan la resolución *prima facie* del tribunal o arreglan directamente la disputa. En todo caso, 99 causas sobre 100 no van más allá [...]".[167]

3.15. Ordinariamente una *interlocutory injunction* se solicita después que el procedimiento ha comenzado por una *injunction* definitiva. Esto no significa, en todo caso, que no pueda obtenerse como una solución accesoria de otros procedimientos de equidad. Así, por ejemplo, en muchas ocasiones en procesos en los que se busca el cumplimiento forzoso del contrato *(specific performance)* o en asuntos relacionados con la administración de un *trust*, la capacidad del tribunal de impartir justicia al finalizar el juicio se verá seriamente afectada a menos que se conceda de inmediato una *interim injunction.* En este sentido, SPRY[168] apunta que la determinación de si es conveniente o no conceder una *interim injunction* en un proceso que busca el cumplimiento forzoso del contrato, es similar *mutatis*

[165] *Remedies for torts and breach of contract*, Londres, 2ª ed., 1994 (reimpresa en 1997), p. 423. HANBURY y MARTIN, por su parte, observan que "el objeto de una *interim injunction* es evitar que un litigante que necesariamente debe sufrir los retrasos judiciales, pierda el producto de su juicio por estos retrasos". *Modern equity*, ob. cit., p. 751.

[166] BEAN, *Injunction*, ob. cit., p. 27.

[167] BEAN, *Injunction*, ob. cit., p. 27.

[168] *The principles of equitable...*, ob. cit., p. 448.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

mutandi al que se aplica respecto de un proceso en que se solicita una *injunction* definitiva.

3.2.1. El proceso judicial *American Cyanamid*

3.16. El año 1975 la Cámara de los Lores resolvió el proceso *American Cyanamid v. Ethicon Ltd.*[169] *En esta decisión, muy comentada por la doctrina inglesa y extranjera,*[170] se reformularon (y en opinión de algunos se sacudieron violentamente) los principios que gobernaban la concesión de una injunction en el Derecho inglés.

a) El derecho previo a *American Cyanamid*

3.17. Tradicionalmente la concesión de esta medida provisional se basaba en el equilibrio de dos factores: (1) la solidez de los argumentos del demandante (*the strength of the plantiff's case*) y (2) la naturaleza y extensión del daño que la concesión –o no concesión– de la medida podía ocasionar en las partes. Para satisfacer la primera exigencia los tribunales ingleses empleaban diferentes expresiones, propias además de la discrecionalidad de este remedio procesal, siendo la más recurrida y aceptada (así lo sostuvo la propia Cámara de los Lores en *Stratford Son Ltd v. Lindley* y en primera instancia la Corte de Apelaciones en *American Cyanamid v. Ethicon Ltd),*[171] *aquella que exigía al demandante establecer un prima facie case,* de ordinario un *strong prima facie case,*[172] *en dos sentidos: primero, que*

[169] [1975] A.C. pp. 396 y ss.

[170] *Vid.* sobre este particular, GORE, "Interim injunctions-a final judgment?", en *The modern law review*, (1975), vol. 38, pp. 672-679; WALLINGTON, "Injunctions and the "right to demonstrate"", en *The cambridge law journal*, (1976), vol. 35, abril, pp. 82-111; LEUBSDORF, "The standard for preliminary injunctions", en *Harvard Law Review*, (1978), v. 91, Nº 3, enero, pp. 525-566; HAMMOND, "Interim injunctions: time for a new model?" en *University of Toronto Law Journal* (1980), vol. 30, pp. 240-282; SPRY, "The myth of the prima facie case", en *The australian law journal* (1981), vol. 55, pp. 784-787; CARLSON, "Granting an interim injunction: what is the test?", en *Manitoba Law Journal* (1982), v. 12, Nº 2, pp. 109-128; MACLEOD ROGERS-HATELY, "Getting the pre-trial injunction", en *The Canadian Bar Review*, (1982), vol. 60, Nº 1, pp. 1-35; PERELL, "The interim injunction and irreparable harm", en *The Canadian Bar Review* (1989), vol. 68, pp. 538-559. BEAN, *Injunction*, ob. cit., pp. 31 y ss.

[171] [1965] AC, pp. 269 y ss. y [1974] FSR pp. 312 y ss., respectivamente.

[172] SHARPE, *Injunctions and specific performance*, Toronto, 1983, p. 64; BURROWS, *Remedies...*, ob. cit., p. 424; HANBURY y MARTIN, *Modern equity*, ob. cit., p. 753. SHARPE, cita entre otras formulaciones que los tribunales ingleses utilizaban las siguientes: "a substancial question to be investigated"; "a fair question"; "a serious question to be

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

el demandado estuviera realizando o intentara realizar un ilícito en su contra y, segundo, que en apariencia él tuviera derecho a una injunction definitiva en el juicio posterior. Esta última situación ponía de relieve que bajo esta tradicional visión, un aspecto esencial para conceder la medida provisional era que el demandante mostrara a los ojos del tribunal que tenía un *strong case on the merits*, es decir, serios argumentos para ganar en el fondo la causa. El segundo factor (2), como hemos observado, aludía a la probabilidad y extensión del daño a que se veía expuesto cada parte, lo que se traducía en determinar, en relación con este eventual daño, hacia qué lado se inclinaba la balanza de conveniencia: si por la adopción o por el rechazo de la medida provisional.[173]

En la práctica, sin embargo, los tribunales, y también los abogados, otorgaban mayor importancia al establecimiento de un *strong prima facie case* que a la valoración de los posibles perjuicios que las partes pudieran sufrir con la decisión del tribunal. Tanto que si el demandante lograba establecer una sólida prueba a primera vista, los "tribunales parecían felices de ignorar por completo el balance de conveniencia".[174] En definitiva, los jueces ingleses no concedían la medida provisional a menos que el demandante demostrara que las probabilidades de obtener una *injunction* definitiva eran superiores a las de no obtenerla (más del 50% de probabilidades de éxito). De ahí que la decisión de los tribunales era vista como "un mini-juicio" (*mini-trial*) en conformidad con los argumentos y evidencias hasta ese momento disponibles, y que normalmente no eran otros que las declaraciones juradas de las partes y la argumentación oral de sus abogados.

tried"; "a substancial question to be tried". No obstante esta variedad de fórmulas, el referido autor observa que "it is submitted, however, that, to the extent that these formulations represent a variation from the *prima facie* case test, they present situations in which the assessment of the merits is difficult, and that, because of inability at the preliminary stage to come to a conclusion on the merits, the case must turn on the balance of convenience [...]". *Injunctions...*, ob. cit., p. 64.

[173] Adicionalmente, los tribunales casi invariablemente exigían, como condición para conceder la medida, que el demandante diera un compromiso (*undertaking*) para pagar los daños que injustificadamente sufriera el demandado como consecuencia de la medida adoptada. Más adelante, en todo caso, analizamos este elemento.

[174] BURROWS, *Remedies...*, ob. cit., p. 425. De hecho esto fue lo sostenido por el juez RUSSELL en sus conclusiones finales en la causa *American Cyanamid v. Ethicon Ltd.* en la Corte de Apelaciones: "[...] if there be no prima facie case on the point essential to entitle the plantiffs to complain of the defendants' proposed activities, that is the end of the claim to interim relief". [1974] FSR, p. 333.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

b) El derecho post *American Cyanamid*

– *A serious question to be tried*

3.18. Esta tradicional visión, según se anticipó, fue removida violentamente el año 1975 con la decisión del más alto tribunal inglés de ese entonces. Lord DIPLOCK, con el acuerdo de los demás Lores, buscó en la decisión del proceso *American Cyanamid v. Ethicon Ltd* poner fin a la idea de considerar la concesión de una *interim injunction* como un "mini-jucio". En la aludida causa el demandante, una compañía de los Estados Unidos de Norteamérica, solicitó la concesión de una *quia timet injunction* a fin de impedir que el demandado, otra compañía también de ese país, explotara comercialmente en Gran Bretaña una sutura sintética respecto del cual alegaban la infracción de su patente comercial. El tribunal de primera instancia concedió la medida basándose en que los demandantes habían demostrado un *strong prima facie case*, de que su patente podía ser infringida por las ventas de Ethicon y, adicionalmente, el balance entre dictar o no dictar la medida se inclinaba por mantener el *statu quo* hasta el juicio mismo, esto es, impedir en el tiempo intermedio la comercialización de la sutura. La Corte de Apelaciones, por su parte, después de ocho días de alegatos, revocó la resolución de primera instancia, argumentando que el demandante había fallado en establecer *prima facie* sólidas evidencias (failed to establish a strong *prima facie* case),[175] y sin tomar en consideración el balance de conveniencia u otros elementos. La Cámara de los Lores, finalmente, repuso la decisión de primera instancia, pero con un razonamiento diferente.

Lord DIPLOCK comunicó el parecer unánime del tribunal[176] y fue particularmente crítico con lo que consideraba era un énfasis indebido en relación con los fundamentos que el demandante debía aportar en la fase interlocutoria del proceso. Luego de expresar los motivos que tradicionalmente los tribunales ingleses habían tenido

[175] El juez RUSSELL a este respecto observó que "I am not satisfied on the present evidence that on the proper construction of this specification, addresed as it to persons skilled in the relevant art or science, the claim extends to sterile surgical sutures produced not only from homopolymer of glycolide but also from copolymer of glycolide and up 15 per cent of lactide. *That is to say that I do not consider that a prima facie case of infringement is established*". *American Cyanamid v. Ethicon Ltd* [1974] FSR, p. 330 (el destacado es nuestro).

[176] Los demás lores Viscount Dilhorne, Cross of Chelsea, Salmon y Edmund-Davies, básicamente señalaron: "My Lords, for the reasons give by my noble and learned friend, Lord Diplock, I would also allow this appeal". *American Cyanamid Co v. Ethicon Ltd*, [1975] A.C., p. 410.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

para conceder una *injunction* y el objetivo que ellas perseguían,[177] observó, en primer término, que en el Derecho inglés los procesos judiciales contenían diferentes aproximaciones para decidir si se debía o no dictar una medida provisional, entre otras: "probabilidad del derecho del actor"; "serios fundamentos a primera vista del derecho del actor", etc., pero que, en su opinión, no había ninguna norma que así lo estableciera. Sostuvo, por el contrario, que a los jueces lo único que debía constarle era que la pretensión no fuere frívola o vejatoria. En otras palabras, y en términos positivos, que detrás de la solicitud de una medida provisional había una cuestión seria que enjuiciar *(a serious question to be tried).*[178]

– *Inadequacy of damages to either side*

3.19. Una vez sentado que había una cuestión seria que enjuiciar, el demandante debía demostrar que el balance de conveniencia

[177] "La práctica de dar alivio por vía de una *interim injunction* surgió con el objetivo de mitigar el riesgo de que el demandante sufriera una injusticia durante el período anterior a la resolución de esta incertidumbre; sin embargo, desde la segunda mitad del siglo XIX esta práctica ha sido condicionada a que el demandante se obligue a indemnizar los daños y perjuicios causados por la *injunction* si en el juicio se resolviere que no estaba autorizado a impedir hacer al demandado lo que este amenazaba hacer. El objetivo de la *interim injunction* es proteger al demandante de los daños y perjuicios causados por una infracción de su derecho que no resultarían compensados por las indemnizaciones a pagar en caso de que la acción fuere resuelta a su favor; sin embargo, la necesidad del demandante de tal protección debe ser contrapuesta a la recíproca necesidad del demandado de protección frente a los daños y perjuicios causados por la prohibición de ejercer sus derechos que no resulten adecuadamente compensados por las indemnizaciones que el demandante se obligó a pagar en caso que la acción fuera resuelta a favor del demandado". "It was to mitigate the risk of injustice to the plantiff during the period before that uncertainty could be resolved that the practice arose of granting him relief by way of interim injunction; but since the middle of the 19th century this has been made subject to his undertaking to pay damages to the defendant for any loss sustained by reason of the injunction if it should be held at the trial that the plantiff had not been entitled to restrain the defendant from doing what he was threatening to do. The object of the interim injunction is to protect the plantiff against injury by violation of his right for which he could no be adequately compensated in damages recoverable in the action if the uncertainty were resolved in his favour at the trial; but the plaintiff's need for such protection must beweighed against the corresponding need of the defendant to be protected against injury resulting from his having been prevented from exercising his own legal rights for which he could not be adequately compensated under the platiff's undertaking in damages if the uncertainty were resolved in the defendant's favour at the trial". *American Cyanamid Co v. Ethicon Ltd,* [1975] A.C., p. 406.

[178] Ídem, p. 407.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

favorecía la concesión de la medida provisional. Para valorar esta última situación, Lord DIPLOCK determinó la siguiente secuencia *(step by step)* a fin de establecer si debía o no otorgarse una *interim injunction:*[179] *Lo primero que debía considerar el tribunal (en el supuesto de que el demandante tuviese éxito en el juicio en el reconocimiento de su derecho a una injunction* definitiva), era si mediante el pago de una indemnización pecuniaria serían suficientemente compensados los daños y perjuicios que, el demandante, habría de soportar como resultado de permitir al demandado seguir realizando la actividad que se deseaba prohibir. Si la reparación económica constituía una solución jurídica adecuada y el demandado estaba en condiciones de pagar estos perjuicios, entonces, la *interim injunction* no debía ser concedida.

Si, por el contrario, la indemnización de daños y perjuicios no ofrecía una adecuada satisfacción al actor en el caso de que posteriormente tuviese éxito en su reclamación, el tribunal debía considerar la siguiente hipótesis: si el demandado tuviere éxito en que se le reconozca su derecho a realizar aquello que se le quiere prohibir, ¿sería razonablemente compensado por los daños que pueda sufrir bajo el compromiso de indemnización del demandante *(the plantiff's undertaking)?* Si la indemnización era adecuado remedio y el demandante está en condiciones de pagarla, entonces, no había razón para rechazar una *interim injunction.*

Si, no obstante, había dudas en relación con la adecuada satisfacción de las respectivas indemnizaciones disponibles para cada parte, el balance de conveniencia aparecía. Lord DIPLOCK señaló que no era razonable establecer una lista con las diferentes circunstancias que debían tenerse presente al determinar de qué lado se inclina la balanza, de modo que sólo resultaba conveniente sugerir algunas hipótesis ya que ellas varían de proceso en proceso. Ahora bien, si el balance de conveniencia no se inclina en favor de ninguna de las partes, debía considerarse; primero, mantener el *statu quo,* y luego, analizar si la solidez de los argumentos de una parte eran asimétricos con los de la otra.

Aplicando los principios establecidos al caso en disputa la medida provisional fue concedida porque, en primer término, las evidencias mostraban que había una cuestión seria que enjuiciar, esto es, que no era un asunto frívolo ni vejatorio y, en segundo lugar, el balance de conveniencia favorecía el conceder la medida, particularmente teniendo presente que si no se otorgaba la *injunction* el monopolio

[179] Ídem, pp. 408 y 409.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

que en el mercado de las suturas disfrutaba el demandante podía ser gravemente lesionado.[180]

3.20. Como se aprecia, el mayor cambio que se produjo el año 1975 en esta materia fue que el demandante ya no necesitaba acreditar un *prima facie case*, sino una prueba menos exigente, a saber, que existe un asunto serio que juzgar. BEAN observa que esta exigencia llevó, al menos a algunos tribunales, a adoptar una nueva regla en reemplazo de la anterior (que obligaba a mostrar más de un 50% de probabilidades de tener éxito en el fondo del asunto). Tras el fallo de la Cámara de los Lores sólo se tiene que demostrar que hay un asunto serio que enjuiciar, sin ninguna referencia a la relativa fortaleza de los argumentos de cada parte. Esta situación, agrega BEAN, "placed a weapon for injustice in the hands of plantiffs with weak but arguable cases [...]".[181] En otras palabras, la mayor o menor solidez en los fundamentos de la acción del demandante quedó relegada a un segundo plano. HANBURY y MARTIN en este sentido señalan que "sólo como último recurso es apropiado considerar la relativa solidez de los argumentos de las partes, y sólo si aparece de los hechos afirmados en el testimonio notarial *(affidavit evidence)* [...], que la solidez de los argumentos de una parte son asimétricos con los de la otra".[182]

En opinión de BURROWS la política que se encuentra detrás de esta sentencia "es que la solicitud de una medida provisional *no* debiera servir como un mini-juicio, en el cual la cuestión central del proceso es juzgado sólo teniendo cómo prueba una declaración jurada, sin evidencia oral ni un contrainterrogatorio".[183] Para GOLDSTEIN el

[180] El razonamiento del juez de primera instancia, que Lord DIPLOCK consideró adecuado, era que la sutura que pretendía comercializar el demandado no estaba aún en el mercado, por lo que al concederse una *injunction* no se paralizaría ningún negocio, ninguna fábrica sería cerrada y ningún trabajador sería enviado a la cesantía. Por la otra parte, si se permitía la comercialización de las suturas por parte del demandado, el demandante corría un serio peligro de perder el monopolio que disponía en el mercado de las suturas hasta 1980, y de no poder incrementar su posición en dicho mercado.

[181] *Injunctions*, ob. cit., p. 33.

[182] *Modern equity*, ob. cit., p. 754.

[183] *Remedies...*, ob. cit., p. 427. En palabras de Lord DIPLOCK "it is no part of the court's function at this stage of litigation to try to resolve conflicts of evidence on affidavits as to facts on which the claim of either party may ultimately depend nor to decide difficult questions of law which call for detailed argument and mature consideration. These are matters to be dealt with at the trial". *American Cyanamid Co v. Ethicon Ltd*, [1975] A.C., p. 407.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

nuevo examen "fue claramente diseñado para obviar la necesidad de sostener un examen preliminar a fondo sobre el mérito de los argumentos del demandante como condición de conceder la medida provisional. De este modo, los principios de *American Cyanamid*, establecidos el mismo año que la *Freezing injunction*, representan, al igual que la *Freezing*, un intento adicional de inclinar la balanza en favor del demandante en materia de medidas provisionales".[184]

3.21. A partir de entonces los principios establecidos en *American Cyanamid* han sido aplicados en numerosos casos posteriores, respecto de ilícitos civiles *(torts)*, actividades molestas e insalubres *(nuisance)*, administración de trust, incumplimiento de contratos *(breach of contract)*, infracciones al derecho de marcas; competencia desleal, etc.[185] Sin embargo, también debe decirse que hay muchos otros procesos en los cuales estos principios no han recibido aplicación, mismos que a continuación veremos.

c) Procesos en los que no se aplican las reglas establecidas en American Cyanamid[186]

3.22. El propio Lord DIPLOCK apuntó, luego de establecer los nuevos principios en *American Cyanamid*, que "puede haber muchos otros factores especiales que deben ser tenidos en consideración de acuerdo con las circunstancias particulares de cada proceso".[187] En este sentido, la Corte de Apelaciones y los tribunales de primera instancia han desarrollado un número de casos especiales, en los cuales el demandante ha debido mostrar algo similar a un *prima facie* case, y en otros el balance de conveniencia no ha sido tomado en consideración.

En definitiva, son situaciones en las cuales los principios derivados de *American Cyanamid* o no se aplican, o se emplean de una manera diversa; así, tratándose de la concesión de una *Freezing injunction* no rigen los principios que acabamos de exponer. Igualmente, cuando el demandado no tiene una defensa susceptible de ser demostrada

[184] "Recents developments...", ob. cit., p. 20.

[185] Sobre el particular *vid.* la extensa lista de procesos señalada por SHERIDAN, *Injunctions...*, ob. cit., pp. 27-30.

[186] Sobre este tema *vid.* BURROWS, *Remedies...*, ob. cit., pp. 432-440; SHERIDAN, *Injunctions...*, ob. cit., pp. 34-37; BEAN, *Injunctions*, ob. cit., pp. 37-39; HANBURY y MARTIN, *Modern equity*, ob. cit., pp. 760-765.

[187] "I would reiterate that, in addition to those to which I have referred, there may be many other special factors to be taken into consideration in the particular circumstances of individual cases". *American Cyanamid Co v. Ethicon Ltd.* [1975] A.C., p. 409.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

no es necesario considerar el balance de conveniencia.[188] Del mismo modo, una autoridad pública no debiera ser restringida en el ejercicio de sus facultades legales por medio de una *interim injunction*, a menos que el demandante demuestre una real expectativa de que su pretensión por una *injunction* definitiva tendrá éxito. El interés público es un factor relevante al momento de valorar en qué sentido debe inclinarse la balanza al momento de conceder o denegar una medida provisional. En cuarto lugar, en los casos en que la concesión o el rechazo de una *interim injunction* pueda tener el efecto práctico de poner fin al litigio, el tribunal debe adoptar una aproximación amplia en relación con los principios en disputa a efectos de evitar alguna injusticia, y poner en la balanza el riesgo que asume cada parte.[189]

En opinión de BEAN[190] en estos casos el tribunal debe tener presente que al conceder la medida, puede de hecho estar dictando una sentencia favorable al actor, privando al demandado de la posibilidad de acudir al juicio. En consecuencia, en estos casos el balance de conveniencia no debería tener cabida ya que con independencia de la intensidad de los argumentos de cada parte, no se le puede impedir al demandante, por la concesión de la medida provisional, su derecho a disputar la pretensión del demandante en el juicio. Así, en la causa *Bryanston Finance Ltd. v. Vries* (Nº 2) [1976] Ch 63, en el cual una compañía solicitó una *injunction* a fin de prohibir que el demandado, un accionista, pidiera la disolución de la sociedad; el tribunal sostuvo que la compañía solo tenía derecho a la medida provisional si con la prueba disponible se podía sostener que *prima facie* la petición del demandado constituía un abuso de proceso.

3.23. Finalmente, no rigen estos principios tratándose de una *mandatory injunction*. En este sentido debe tenerse presente que *American*

[188] HANBURY y MARTIN citan los siguientes procesos *Official Custodian for Charities v. Mackey* [1985] Ch. 168; *Love v. Herrety* (1991) 23 HLR 217. *Modern equity*, ob. cit., p. 763, nota 29.

[189] El propio Lord DIPLOCK en el proceso *NWL Ltd. v. Woods* [1979] 1 WLR pp. 1294 y ss. observó: "Where, however, the grant or refusal of the interim injunction will have the practical effect of putting an end to the action because the harm that will have been already caused to the losing party by its grant or it refusal is complete and of a kind for which money cannot constitute any worthwhile recompense, the degree of likehood that the plaintiff would have succeeded in establishing his right to an injunction if the action had gone to trial, is a factor to be brought into the balance by the Judge in weighing the risk that injustice may result from his deciding the application one way rather than the other", p. 1.307.

[190] *Injunction*, ob. cit., pp. 39 y 40.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Cyanamid Co v. Ethicon Ltd en sí misma fue una *prohibitory injunction*, pero los principios que allí se establecieron no fueron expresados en términos de quedar limitados a ese tipo de *injunctions*. De hecho, algunos de estos principios se han aplicado a casos de *mandatory injunction*. Con todo, por su excepcional circunstancia de ordenar una actuación positiva del demandante en la mayoría de las situaciones un *strong prima facie case* ha sido requerido.[191]

SHERIDAN[192] observa que para conceder una *mandatory injunction* debe existir un alto grado de seguridad de que en el correspondiente juicio aparecerá que la *injunction* fue correctamente concedida. Este estándar es más exigente que el que se requiere para conceder un *prohibitory injunction*. Lo anterior es desde todo punto de vista razonable, si se tiene presente que tratándose de una *mandatory injunction* normalmente los perjuicios que se causan al demandado son más difíciles de indemnizar, y existe una mayor probabilidad de que el juicio no continúe hacia la etapa de la vista oral.

3.2.2. El compromiso de indemnización *(undertaking as to damages)*

3.24. Ya hemos observado que un tercer elemento que se exige para conceder una *interim injunction* es que el actor se comprometa a indemnizar los perjuicios que, con ocasión de la medida, se puedan causar al demandado. BEAN refiere al respecto que "if the claimant obtains an interim injunction but subsequetly the cases goes to trial and fails to obtain a final order, the defendant will meanwhile have been restrained unjustly and will generally be entitled to damages for any loss he has sustained. The practice has therefore grown up, in almost every case where an interim injunction is to be granted, of requiring the claimant to undertake to pay any damages subsecuently found due to the defendant as compensation if the injunction cannot be justified at trial".[193] GALINSKY[194] a este propósito observa que la "decisión de la Cámara de los Lores en la causa *American Cyanamid*

[191] HANBURY y MARTIN citan los siguientes procesos en los cuales para conceder una *mandatory injunction* se exigió un *strong prima facie case: De Falco v. Crawley Borough Council* [1980] QB. 460; *R. v. Kensington and Chelsea Royal London Borough Council, ex p. Hammel* [1989] QB. 518; *R. v. Westminster City Council, ex p. Agustin* [1993] 1 WLR 730. *Modern equity*, ob. cit., p. 764, nota 40.

[192] *Injunctions...*, ob. cit., pp. 34 y 35.

[193] *Injunctions...*, ob. cit., p. 28.

[194] "Interim injunctions and damages" (1992) v. 136 *Solicitor Journal*, p. 1086.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Co v. Ethicon Ltd., estableció los principios que deben aplicarse por los órganos jurisdiccionales en el ejercicio sus facultades discrecionales. Los tribunales normalmente actúan basándose en el hecho de que cualquier medida provisional que es concedida queda sujeta a un compromiso de indemnización por parte del demandante. El más usual es el compromiso por el cual el actor *cumplirá con cualquier resolución de este tribunal [La Cámara de los Lores] en la que se ordene pagar una indemnización de daños y perjuicios, a causa de la medida concedida, si en opinión del tribunal el demandado hubiere sufrido alguno.* El propósito de exigir un compromiso es simple, permitir al tribunal, [...], compensar a la persona que temporalmente ha sido requerida de hacer o no hacer algo, por el agravio que ha sufrido entretanto, si posteriormente demuestra que ha sido requerido en contravención de sus derechos". El punto de vista predominante en los tribunales ingleses es que cualquier demandante a quien se concede una *injunction*, salvo circunstancias excepcionalísimas,[195] se le debe exigir que constituya un compromiso adecuado, especialmente porque así no se está aceptando una responsabilidad civil definitiva, sino solamente se facilita la tarea del tribunal.

ZUCKERMAN,[196] por su parte, observa que el compromiso de indemnizar los daños y perjuicios que pueda sufrir el demandante es una cuestión de justicia. En el ejercicio de sus pretensiones ante los tribunales cada parte tiene derecho a ser tratada de igual manera. Los tribunales tienen el deber de mantener la imparcialidad y de no mostrar ninguna preferencia por una parte sobre la otra hasta que se haya establecido, mediante la sentencia definitiva, cual tenía la razón de su lado. No obstante, el demandante puede obtener una medida provisional limitando la actuación del deudor, incluso antes de la sentencia definitiva, si demuestra que un daño irreparable puede afectar sus derechos pendiente la causa. En consecuencia, cuando los tribunales conceden una *interim injunction* están protegiendo exclusivamente los intereses del demandante; de esto se sigue que si el tribunal tiene que mostrar igual interés por los derechos del demandado, debe tomar las medidas necesarias para protegerlo de cualquier agravio que pueda sufrir como consecuencia de las medidas adoptadas en favor del demandante. ZUCKERMAN cita lo observado por el juez DILLON, en el sentido de que: "la *cross-undertaking* es

[195] Sobre la posibilidad de dispensar de este compromiso a la Corona *vid.* ZUCKERMANN, "Dispensation with undertaking in damages-an elementary injustice", en *Civil justice quarterly*, 1993, pp. 268-278.

[196] Ídem, p. 268.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

exactamente un asunto de equidad cuando una medida provisional es concedida en adelanto de la determinación de los derechos de las partes en el juicio".[197]

3.2.3. *Freezing injunction (ex Mareva injunction)*

A. Naturaleza

3.25. La *freezing injunction* es una *interim injunction* (no una *injunction* definitiva) que tiene como objetivo evitar que el demandado transfiera sus bienes fuera de la jurisdicción inglesa o que los enajene o disipe en su interior, en términos de dificultar enormemente la posterior ejecución de la sentencia que eventualmente acoja, total o parcialmente, la pretensión del demandante. Como ha observado ZUCKERMAN,[198] su finalidad es evitar que demandados sin escrúpulos desplacen sus activos más allá del alcance de la acción de la justicia. En este sentido, su similitud con el embargo preventivo del Derecho continental es manifiesta.

No obstante lo anterior, se resalta como diferencia entre una y otra institución el hecho de que la *Freezing injunction* no constituye una orden dirigida propiamente sobre los bienes del deudor *(in rem)*, sino que es una orden dirigida directamente sobre el demandado *(in personam)* para que se abstenga de transferir u ocultar sus bienes. De allí que no operen los efectos que de ordinario acompañan a la figura del Derecho continental: ante todo, no produce gravamen alguno sobre los bienes del demandado; no concede un derecho de retención sobre los mismos, y no da al demandante ningún tipo de preferencia sobre los bienes del deudor en el evento de insolvencia o quiebra de este último.[199]

Con todo, en muchos aspectos la *Freezing injunction* opera como un verdadero remedio *in rem*.[200] *Ante todo, debe tenerse presente que produce sus efectos desde el momento mismo en que es pronunciada (incluso, antes de ser notificada al demandado), de tal suerte que cualquiera que tenga conocimiento de la medida debe hacer todo lo razonable para proteger los bienes*

[197] *Kirklees Borough Council v. Wickes Building Supplies Ltd.* [1991] 4 All ER, pp. 268 y 269.

[198] "Freezing injunction and security...", ob. cit., p. 433.

[199] *Vid.* JACOB, *The fabric of english civil justice*, Londres, 1987, p. 137; ZUCKERMAN, "Freezing injunction and security...", ob. cit., pp. 434 y 435.

[200] *Vid.* DINE-MCEVOY, "Are freezing injunctions becoming attachment orders?", en *Civil justice quarterly*, (1989), pp. 236 y ss. ANDREWS, *Principles...*, ob. cit., p. 175.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

asegurados por la orden. Esta situación afecta particularmente a bancos e instituciones de crédito en los cuales el demandado tiene sus ahorros, quienes deben abstenerse de efectuar cualquier pago que el deudor intente realizar.[201] *En segundo lugar, esta medida va acompañada de un drástico efecto para quien infrinja lo ordenado por el tribunal, a saber, la comisión del delito de desacato (contempt of court).*[202]

SPRY[203] argumenta que desde el momento en que esta medida es normalmente solicitada y concedida *ex parte,* es conveniente que sea dictada sólo hasta una fecha específica en que el demandado, o cualquier otra parte afectada por la medida, sean oídos. En ese instante el tribunal determinará si la orden es revocada o mantenida, y en este último evento, bajo qué condiciones. En otras ocasiones será más apropiado que la medida exprese qué surtirá efectos hasta la audiencia oral o hasta una posterior orden del tribunal.

B. Génesis

3.26. Con anterioridad a los años setenta la doctrina inglesa había manifestado su preocupación frente a la posibilidad de que demandados no residentes en el Reino Unido, transfirieran sus bienes (especialmente dineros depositados en cuentas corrientes bancarias) fuera del ámbito de competencia de los tribunales ingleses. Lo anterior originó una serie de proposiciones que, en definitiva, no se concretaron en mayores modificaciones al sistema judicial inglés.[204]

[201] No así, en cambio, los pagos efectuados por terceros hacia la cuenta del deudor. BEAN, *Injunctions,* ob. cit., p. 125.

[202] Como ha apuntado ZUCKERMAN, "una *Freezing injuncion* obliga personalmente y por lo tanto conlleva la amenaza de detención por desacato y la posibilidad de encarcelamiento en situaciones en que ni siquiera el cumplimiento de la sentencia definitiva podría exigirse con tales medidas. Entra en vigor en forma inmediata e importa ejecución instantánea sin notificación previa a los afectados. *A diferencia de una condena ordinaria a pagar una suma de dinero, sus efectos, incluso la sanción de desacato, no se limitan a las partes sino que se extienden a toda persona que tenga posesión o control sobre los bienes del demandado*". "Freezing injunction and security...", ob. cit., p. 436 (el destacado es nuestro).

[203] *The principles of equitable remedies,* ob. cit., p. 517.

[204] El año 1953 en el informe final del Comité de la *Supreme Court Practice and Procedure* se recomendó que el *writ* de *ne exeat regno* (bajo el cual un demandado era arrestado para evitar que abandonase la jurisdicción) fuera disponible después de dictada la sentencia a fin de evitar que el deudor ya condenado evadiera el pago de la deuda a su acreedor. Esta recomendación no prosperó. En el proceso *Felton v. Callis* ([1969] 1 QB pp. 200 y ss.) se sostuvo por los jueces que el mencionado *writ* no era utilizable para resguardar los bienes dentro de la jurisdicción inglesa, pero se sugirió que sería apropiado efectuar cambios en esta área del Derecho. Esta última situación impulsó en 1968 al *Payne Committee on the Enforcement of Judgment Debts* a recomendar "que los tribunales detentaran el poder, a instancia del acreedor y antes o después de la sentencia, de dictar una resolución prohibiendo que el demandado transfiriera sus bienes fuera de la jurisdicción de los tribunales de la corona o que, de otro modo, negociara con ellos". La recomendación tampoco prosperó. Citado por ROSE, "The freezing injunction –attachment in personam–", Partt. 1, en *Lloyd's maritime and comercial law,* (1981), febrero, p. 1. *Vid.,* igualmente, GEE, *Mareva...,* ob. cit., p. 4.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Esta situación, como es de suponer, generaba muchos inconvenientes a los acreedores (particularmente en aquellos casos en que el deudor era una compañía naviera que tenía registradas la mayoría de sus naves fuera de Inglaterra) quienes se veían imposibilitados de ejecutar una posterior sentencia en su favor.

Pues bien, todo esto se transformó drásticamente el año 1975 en el que se llevó a cabo el definitivo cambio en el sistema judicial inglés, cuando en dos procesos la Corte de Apelaciones *(The Court of Appel)* concedió sendas *injunctions* que prohibieron a los respectivos demandados transferir sus bienes fuera de la jurisdicción de los tribunales ingleses. Los procesos fueron respectivamente *Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis* y *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarries,* proceso, este último, de donde este especial remedio procesal tomó su nombre original *(Mareva injunction).* En ambas causas los bienes objeto de la prohibición fueron cuentas bancarias de demandados que residían fuera de la jurisdicción inglesa, y en ambas la concesión de las respectivas medidas se efectuó a requerimiento del demandante sin notificar al demandado *(ex parte).*

Por lo que toca al primer precedente, en mayo de 1975, armadores japoneses demandaron a fletadores griegos el pago del canon de tres barcos que habían sido previamente alquilados por los demandados. Los demandantes temían que estos últimos intentaran trasladar sus recursos financieros más allá de la jurisdicción de los tribunales ingleses imposibilitando, de este modo, el cumplimiento de un eventual fallo favorable. De acuerdo con lo anterior, cuatro días después de presentada la demanda solicitaron ante el tribunal de primera instancia *(The High Court) ex parte* una medida provisional *(interim injunction)* que prohibiera el traslado de los recursos financieros de los fletadores griegos fuera del alcance de la jurisdicción inglesa. Como sabemos, los tribunales de Inglaterra no tenían a esa fecha la costumbre de conceder este tipo de medidas provisionales y, en consecuencia, el juez DONALDSON J. desestimó la referida solicitud. La primera sorpresa se produjo cuando los demandantes apelaron inmediatamente de dicha negativa (puesto que en el Derecho inglés

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

no era habitual la apelación de este tipo de resoluciones).[205] Pero sin lugar a dudas que la mayor sorpresa se produjo pocos días después cuando la Corte de Apelaciones estimó el recurso y concedió la *injunction* prohibiendo a los demandados transferir sus bienes más allá de la jurisdicción de los tribunales ingleses. La base del fallo fue exclusivamente el art. 45 (1) de la *Suprem Court of Judicature (Consolidation) Act* de 1925 que establecía:

> El Tribunal Superior puede dictar un mandato judicial o un interdicto, o nombrar un depositario mediante un auto provisional, en todos los procesos en que le parezca justo y conveniente hacerlo.[206]

En conformidad con esta disposición Lord DENNING, juez presidente de la sección civil de la Corte de Apelaciones *(Master of the Rolls)* argumentó:

> Se nos dice que una *injunction* de este tipo nunca ha sido concedida con anterioridad. En los tribunales ingleses nunca ha existido la costumbre de embargar los bienes del demandado en adelanto de la sentencia o de limitar la transferencia de ellos. [...]. *Sabemos, por supuesto, que la práctica en el Continente es diferente. Me parece que ha llegado el momento en que deberíamos revisar nuestra costumbre.* [El destacado es nuestro]. No hay motivo para que el Tribunal Superior o esta Corte no puedan dictar una providencia judicial como la que ha sido solicitada. Se encuentra garantizado por el artículo 45 de la Ley del Tribunal Supremo (consolidada) de 1925 que dispone que el Tribunal Superior puede dictar un mandato judicial o un interdicto, o nombrar un depositario mediante un auto provisional, en todos los procesos en que le parezca justo y conveniente hacerlo. Me parece que este es precisamente el caso. Hay poderosos argumentos que a *primera vista* muestran que el alquiler se encuentra adeudado e impago; si una medida cautelar no es dictada los fondos pueden ser transferidos fuera de la jurisdicción, y los armadores tendrán grandes dificultades en recuperar algo.[207]

[205] Esto no debe de extrañarnos si tenemos presente que, en primer término, estamos frente a un remedio de equidad *(equity remedy)* respecto del cual la Corte de Apelación es muy respetuosa de las razones invocadas por los jueces de primera instancia, y en segundo lugar, la gran mayoría de las apelaciones en Inglaterra se basan en el precedente incorrecto que aplicó el juez para fundar su fallo, y ya sabemos que en esta materia no había un precedente que autorizara el congelamiento de los bienes del deudor antes del fallo definitivo.

[206] "The High Court may grant a mandamus or an injunction or appoint a receiver, by an interim order in all cases in which it appears to the court to be just and convenient so to do". El *mandamus* es un auto judicial de prerrogativa que puede dictar el Tribunal Superior inglés a cualquiera de los tribunales inferiores dentro de su jurisdicción de control y tutela de los mismos.

[207] "We are told that an injunction of this kind has never been granted before. It has never been the practice of the English Court to seize assets of a defendant in advance of judgment or to restrain the disposal of them. We were told that

Un mes después de esta trascendental resolución la situación fue de nuevo planteada ante la Corte de Apelaciones. Los hechos eran similares a los vistos en el primer proceso con armadores y fletadores en litigio; nuevamente aquellos temían que estos transfirieran sus dineros depositados en un banco de Londres antes de que se ejecutara la eventual sentencia estimativa de su pretensión. Se solicitó, en consecuencia, *ex parte* una medida provisional que limitara en el sentido indicado la actuación de los demandados. De nuevo el tribunal de primera instancia rechazó la solicitud,[208] y nuevamente la Corte de Apelaciones estimó el recurso. Lord DENNIG en esta oportunidad expresó:

> En mi opinión aquellos principios [de conceder una *injunction* para proteger derechos amparados en la equidad o en la ley] se aplican a un acreedor que tienen derecho a que se la pague lo adeudado, incluso antes que se haya establecido ese derecho por sentencia definitiva. Si aparece que la deuda se encuentra vencida y adeudada –y existe el peligro de que el deudor pueda

Chapman J. in chambers recently refused such an application. In this case also Donaldson J. refused it. We know, of course, that the practice on the continent of Europe is different. It seems to me that the time has come when we should revise our practice. There is no reason why the High Court or this court should not make an order such as is asked for here. It is warranted by section 45 of the *Suprem Court of Judicature (Consolidation) Act* 1925 which says that the High Court may grant a mandamus or an injunction or appoint a receiver, by an interim order in all cases in which it appears to the court to be just and convenient so to do. It seems to me that this is just such a case. There is a strong *prima facie* case that the hire is owing and unpaid. If an injunction is not granted, these monies may be removed out of the jurisdiction and the shipowners will have the greatest difficulty in recoverig anything". *Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis and another* [1975] 1 WLR pp. 1.094 y 1.095. Los otros dos jueces estuvieron de acuerdo. BROWNE escuetamente señaló: "Estoy de acuerdo". GEOFFREY, por su parte, apuntó: "In the circumstances which exist in this case there is no reason why the court should not assist a litigant who is in danger of losing money to which he is admittedly entitled. There is nothing in the Rules of the Supreme Court, as far as we have been told, to prevent it. The circumstances demand that the injunction should be continued". *Idem*, p. 1095.

[208] En verdad el juez DONALDSON tuvo serias dudas con el anterior fallo de la Corte de Apelaciones *(Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis and another)* ya que en dicho fallo no se hizo referencia al proceso *Lister v Stubbs* [1890] 45 Ch. D. 1, respecto del cual él se sentía vinculado (*bind*). En este proceso se señaló que los tribunales ingleses no tenían competencia para proteger los intereses de un acreedor mientras no se dictara sentencia definitiva en la causa. Por tanto, DONALDSON consideraba que no tenía facultad para dictar una *injunction* como la solicitada. No obstante, en deferencia al reciente fallo de la Corte de Apelaciones concedió una *injunction* pero sólo hasta las 17:00 del 23 de junio de 1975, en el entendido que a esa fecha la Corte de Apelaciones habría reconsiderando su posición. *Freezing Compania Naviera SA v. International Bulkcarries S.A.* [1975] 2 Lloyd's Rep., p. 510.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

enajenar sus bienes y frustrar, de este modo, el pago antes que se dicte la sentencia– la Corte tiene competencia para dictar, con fundamento razonable, una medida provisional que le impida enajenar aquellos bienes.[209]

De este modo, había nacido lo que a poco andar se convertiría, sin lugar a dudas, en una de las más importantes armas con que cuenta la maquinaria judicial inglesa a efectos de impedir que los demandados enajenen o transfieran sus bienes antes de que recaiga sentencia sobre el fondo. Resulta, en verdad, muy llamativo que el Derecho inglés haya incorporado este remedio procesal, de dilatada y extendida práctica en los países del *Civil law*, de forma tan tardía. El porqué ocurrió esta situación recién en la década de los setenta no es del todo claro ni siquiera para la propia doctrina inglesa; en todo caso, es razonable pensar que fueron varios los factores que propiciaron este cambio, uno de ellos, la excesiva demora en la solución de los litigios.[210]

C. Desarrollo

3.27. El avance de esta medida provisional en el Derecho inglés ha sido imparable. Así, para 1982 Lord DENNING expresaba que esta medida constituye "una característica establecida del Derecho inglés".[211] En un primer momento, como sabemos, tuvo la finalidad de impedir que deudores no residentes en Inglaterra transfirieran sus bienes fuera de esta jurisdicción; esta postura pronto se evidenció demasiado restringida, principalmente porque no abordaba el problema de aquellos deudores residentes en Inglaterra que pretendían defraudar a sus acreedores transfiriendo u ocultando sus bienes al interior de la propia jurisdicción inglesa. De allí que en una serie de decisiones los tribunales de la Corona ampliaron el campo de acción de este remedio prohibiendo a los demandados no sólo transferir sus bienes fuera de su jurisdicción sino, incluso, disponer o disipar-

[209] "In my opinion that principles applies to a creditor who has right to be paid the debt owing to him, even before he has established his right by getting judgment for it. If it appears that the debt is due and owing –and there is a danger that the debtor may dispose of his assets so as to defeat it before judgment– the Court has jurisdicction in a proper case to grant an interim judgment so as to prevent him disposing of those assets". *Freezing Compania Naviera SA v. International Bulkcarries S.A.* [1975] 2 Lloyd's Rep., pp. 510 y 511.

[210] Otro, sin duda, la existencia de uno de los más importantes, activos y lúcidos jueces de Inglaterra del siglo XX: Lord DENNING.

[211] "The *Mareva* injunction in now an established feature of English law. The principles aplicable to it –as against the defendat– have been stated in numerous cases from 1975 to 1981". *Z. Ltd. v. A-Z and AA-LL*, [1982] 2 WLR, p. 293.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

los al interior de ella.[212] Estas dos situaciones recibieron definitiva consagración legal en 1981. En efecto, el artículo 37, apartado (3) de la Ley del Tribunal Supremo de 1981 (*Supreme Court Act* de 1981), que reemplazó a la ley de 1925 como fuente legal para conceder este remedio provisional, estableció: Poderes del Tribunal Superior en materia de *injunctions* y depositarios:

(1) El Tribunal Superior puede mediante un auto (sea provisional o definitivo) dictar un interdicto o nombrar un depositario, en todos los procesos en que le parezca justo y conveniente hacerlo. [...] (3) El poder del Tribunal Superior bajo el apartado (1) de dictar un interdicto provisional, en cualquier procedimiento, limitando a una parte de transferir de la jurisdicción del Tribunal Superior, o de otro modo, negociar con bienes situados dentro de esa jurisdicción, será ejercitable en los casos en que la parte esté, así como en los que no, domiciliada, residente o presente dentro de esa jurisdicción.[213]

Un tercer paso en el desarrollo de esta medida se produjo el año 1988; en ese año se solicitó una *Freezing injunction* con el fin de evitar que el demandando efectuara transacciones sobre bienes situados en cualquier parte del mundo y no solo en Inglaterra y Gales *(Freezing worldwide)*. Pronto la Corte de Apelaciones confirmó esta nueva práctica,[214] y en la actualidad se encuentra firmemente establecido que una *injunction* puede concederse para restringir el uso de bienes situados fuera de Inglaterra y Gales.

[212] En un comienzo los tribunales ingleses tuvieron la duda de si conceder o no este remedio provisional en contra de deudores residentes en Inglaterra. Así, en la causa *Van Weelde v. Homeric Marine Services* ([1979] 2 Lloyd's Rep, pp. 117 y ss.) se sostuvo que había una arraigada práctica en contra de ello, citándose por el tribunal de primera instancia una causa que había sido, en ese punto, confirmada por la Corte de Apelaciones. Pero este último tribunal despejó las dudas en la causa *Raham (Principe Abdul) bin Turki al Sudary v. Abu Taha* ([1980] 1WLR, pp. 1.259 y ss.), en la cual concedió la medida prohibiendo al demandado disipar sus bienes al interior de la jurisdicción así como transferirlos de ella. *Vid.* JACOB, *The fabric...*, ob. cit., p. 137.

[213] Esta materia se encuentra prevista actualmente en el art. 37 de la *Senior Courts Act* 1981. "Powers of High Court with respect to injunctions and receivers: (1) The High Court may by order (whether interim or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the court to be just and convenient so to do. [...]. (3) The power of the High Court under subsection (1) to grant an interim injunction restraining a party to any proceedings from removing the jurisdicction of the High Court, or otherwise dealing with assets located within that jurisdiction shall be exercisable in cases where the party is, as well as in cases where he is not, domiciled, resident or present within that jurisdiction".

[214] *Vid.* sobre el particular *Babanaft Internacional SA v. Bassatne* [1990] Ch, pp. 13 y ss. *Republic of Haiti v. Duvalier* [1990] QB pp. 202 y ss.; *Derby v. Weldom* [1990] Ch pp. 48 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

Una cuarta etapa en el desarrollo de esta medida fue admitir la facultad de los tribunales ingleses de ordenar el movimiento de bienes situados en una jurisdicción extranjera (por ejemplo, Francia) hacia otra jurisdicción extranjera (por ejemplo, España), y no necesariamente hacia Inglaterra o Gales.

Inclusive a pesar de que su desarrollo original estuvo vinculado a disputas comerciales, no se circunscribe sólo a dicho ámbito, sino que ha sido aplicada por los tribunales ingleses a otro tipo de litigios, por ejemplo, en demandas matrimoniales. Hoy en día son ordenadas tanto por *Queen's Bench Division* (QBD) y por *Chancery* y *Family Division.*[215] La situación no ha hecho sino confirmar la temprana predicción efectuada por Lord DENNING, quien observó que este es un campo en la reforma del Derecho en el cual los jueces deben proceder paso a paso *(step by step).*[216]

D. Principales criterios para su concesión

3.28. Para conceder esta medida provisional los tribunales ingleses, a lo largo de una serie de procesos que han ido resolviendo, han desarrollado una serie de criterios que podemos sintetizar en los siguientes:

– *A good arguable case* (un motivo suficiente, una buena causa)

3.29. Este criterio fue desde un comienzo establecido por los tribunales ingleses y fue clarificado en los siguientes términos:

> El demandante tiene que hacer sustancialmente algo más que justificar que el proceso es sólo discutible, palabra que para mi mente a lo menos significa eso. [...]. Por otra parte, el demandante no requiere ir tan lejos como para persuadir al juez de que él probablemente ganará el juicio. [...]. Lo correcto es adoptar el test de un *good, arguable case,* en el sentido de que la pretensión es susceptible de algo más que serios argumentos, y, en la cual el juez no necesariamente creerá que el demandante tiene más de un cincuenta por ciento de posibilidades de éxito.[217]

Al respecto GEE[218] argumenta que en esta materia la pregunta más importante es si, en las circunstancias de la causa, es *justo y conveniente* conceder la medida cautelar. Agrega que la necesidad del tribunal de formarse una visión provisional, en el sentido que el demandante probablemente tendrá éxito en su pretensión, sería evidentemente

215 Cfr. BEAN, *Injunctions*, ob. cit., p. 124.
216 Citado por ANDREWS, *Principles...*, ob. cit., p. 176.
217 *Ninemia Maritime Corp. v. Trave* [1983] 2 Lloyd's Rep., p. 600.
218 *Mareva..*, ob. cit., pp. 184-186.

contradictoria con la aproximación que permite al juzgador lograr "ese gran propósito, a saber, abstenerse de emitir cualquier opinión sobre el fondo del asunto hasta la vista *(hearing)*".[219] No obstante, el tribunal debería tener en consideración las *aparentes* fortalezas y debilidades de los respectivos argumentos, a efectos de decidir si los fundamentos de la pretensión del demandante, en el mérito, son suficientemente fuertes para lograr superar el umbral de esta jurisdicción.

Continúa GEE observando que los fundamentos de la solicitud del demandante y las posibilidades de éxito final son, obviamente, importantes factores en el ejercicio de la discreción judicial. El hecho de que el demandante tenga una demanda incontrovertible o de escasas posibilidades de defensa al deudor, puede ser considerado como un poderoso factor en favor de conceder la medida, pero ello no es por sí solo decisivo.

ANDREWS, por su parte, señala que cuando las alegaciones de las partes son especulativas y el daño que se puede ocasionar al demandado es considerable, debería concederse una medida menos draconiana que la *Freezing injunction.* Observa, igualmente, que el concepto de un "*good, arguable case*" no es similar a la afirmación unilateral de una *prima facie* reclamación. Un mayor balance en la importancia de los argumentos debe ser realizado en el primer examen. Con todo, pese a estos leves refuerzos la prueba de un *good, arguable case,* en opinión de ANDREWS, no debería intimidar, por el contrario debe preguntarse si de hecho es lo suficientemente exigente.[220]

– Riesgo real de que los bienes del deudor sean transferidos *(remove)* o disipados *(dissipation)*

3.30. Para conceder la *Freezing injuction* el demandante debe justificar, normalmente mediante una declaración jurada por escrito *(affidavit evidence),* que el demandado tiene bienes al interior de la jurisdicción inglesa y que existe un razonable riesgo de que si la medida no se dicta de inmediato el deudor enajenará sus bienes, y, en consecuencia, hará imposible el cumplimiento del eventual fallo que posteriormente se dicte en su contra. En un comienzo los tribunales ingleses sugirieron que el propósito de frustrar este cumplimiento requería un actuar inicuo del demandado, de mala fe, esto es, con el claro propósito de defraudar la acción de la justicia. Pero este criterio se mostró en la práctica muy difícil de satisfacer,

219 La oración en comillas es de la causa *Derby Co Ltd. v. Weldom* [1990] Ch, pp. 48-57, citado por GEE, Ídem, p. 184.
220 *Principles...*, ob. cit., p. 180.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de allí que en la actualidad no se exija que el actor demuestre que el acusado intentará enajenar sus bienes con el *objetivo* de evitar el posterior cumplimiento del fallo.[221] Al respecto, se ha sostenido que el tribunal no debe retardar la concesión de la medida si la conducta del demandado arriesga o pone en peligro los bienes sobre los cuales el demandante desea obtener satisfacción.[222]

En el otro extremo, no se debe olvidar que esta medida no tiene el propósito de interferir en los negocios ordinarios que desarrolla del deudor, de modo que los tribunales no deberían conceder esta medida, incluso si hay algún riesgo especulativo en la actuación del demandado, si ello afecta al desenvolvimiento normal de sus negocios. El deudor tiene derecho a satisfacer los gastos ordinarios de subsistencia e, incluso, las deudas contraídas con anterioridad a la medida.[223]

En opinión de ANDREWS,[224] quien solicita esta medida debe mostrar un riesgo real de que los bienes serán disipados; pero los tribunales no requieren una completa y convincente evidencia de este riesgo. GEE,[225] por su parte, señala que el demandante debe aportar una sólida evidencia *(solid evidence)* que avale la afirmación de que hay un riesgo real que la sentencia o el laudo arbitral quedarán insatisfechos. Reconoce que desde el momento en que cada caso tiene sus propios hechos resulta imposible establecer *a priori* una guía que satisfaga esta carga, no obstante lo cual señala como factores que deben tenerse en cuenta, entre otros, la naturaleza de los bienes que serán objeto de la medida y la facilidad o dificultad de su enajenación o desaparición. En este sentido, el actor puede encontrar que es más fácil probar el riesgo de transferencia del dinero depositado en cuentas bancarias, o de bienes muebles, que el riesgo de que el deudor enajene bienes raíces, por ejemplo su casa u oficina.[226] También pueden tenerse presente la naturaleza y

[221] GEE, *Mareva...*, ob. cit, p. 190. ZUCKERMAN observa que "ha sido sostenido que no es una condición necesaria [para conceder la Freezing] probar que el demandado tiene una "inicua intención". "Freezing injunctions and security...", ob. cit., p. 442.

[222] ANDREWS, *Principles...*, ob. cit., p. 186.

[223] GEE, *Mareva...*, ob. cit, p. 194, cita el caso de *O'Mahony v. Horgan* [1996] ILRM 161, en el cual el demandado, un granjero, utilizó las ganancias del seguro para construir un nueva barraca y pagar los gastos de organización de la granja. La medida no fue concedida para prevenir esta situación.

[224] *Principles...*, ob. cit., p. 186.

[225] GEE, *Mareva...*, ob. cit, pp. 195 y 196.

[226] No obstante, el propio autor reconoce que la medida puede ser concedida, y de hecho lo ha sido, cuando el único bien conocido del demandado al interior de la jurisdicción es su casa.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la reputación financiera de los negocios del demandado; el tiempo que tienen sus negocios, dónde tiene su domicilio o residencia, su situación crediticia, etc.[227]

D. El compromiso de compensar cualquier pérdida que sufra el demandado *(the undertaking in damages)*

3.31. La casi invariable práctica de los tribunales ingleses exige para conceder la *Freezing injunction* (y, en verdad, para cualquier otro tipo de *interim injunction* según ya lo anticipamos) que se otorgue por el actor un compromiso *(undertaking)*, a fin de satisfacer cualquier resolución que posteriormente ordene indemnizar los perjuicios causados al demandado, así como los gastos razonables en que puedan haber incurrido terceros, con ocasión de la medida concedida. Los tribunales pueden decidir discrecionalmente si, además, exigen del demandante una garantía –normalmente bancaria o el desembolso de una suma específica en consignación en una cuenta mancomunada a nombre de los abogados de las partes– a fin de respaldar el compromiso de indemnización. El tribunal puede exigir que esta garantía sea ofrecida en la fase *ex parte*, si las circunstancias así lo justifican, e inclusive puede demandar esta provisión como condición previa a conceder la *injunction*. Lord DENNING en la causa *Z Ltd v. A-Z and AA-LL*[228] a este respecto precisó:

> El demandante que solicita una *Freezing injunction* debería normalmente otorgar un compromiso de indemnizar los perjuicios que sufra el demandado, y también un compromiso con el banco, o con cualquier otro tercero de pagar cualquier desembolso razonable en que hayan incurrido. El juez puede, o no,

[227] A este respecto, véase lo que a mediados del siglo XIX y a propósito de los requisitos que debían concurrir para conceder embargo preventivo en España, expresaba GÓMEZ DE LA SERNA: "Imposible hubiera sido a la Ley descender a todas las causas que podían dar lugar a esta presunción racional: si hubiera tratado de hacerlo, sobre convertirse en casuística, no habría conseguido su objeto: debió por lo tanto después de fijar una regla general [que exista motivo racional para creer que, aquel contra quien se pide el embargo preventivo, ocultará sus bienes], dejar su complemento al arbitrio del Juez, que en vista de las circunstancias del caso, pocas veces dudará de la conducta que debe seguir, y que de seguro no medirá al hombre probo, religioso en sus tratos, arraigado o de una regular fortuna, del mismo modo que al que por sus antecedentes, por el estado ruinoso de su fortuna, por responsabilidades que conocidamente no puede cubrir, o por sus manifestaciones de cualquier clase de lugar a creer que su objeto es huir de los que con derecho pueden reclamar de él lo que les debe". *Motivos de las variaciones principales que han introducido en los procedimientos la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 1857, pp. 174 y 175.

[228] [1982] QB, pp. 552 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

> requerir una garantía u otra seguridad a fin de respaldar este compromiso; pero no se debe exigir esta garantía cuando el demandado disfruta de asistencia legal [...]. Pero el compromiso sólo cubre los perjuicios y los gastos razonables incurridos. Si el demandado, o un tercero, desean disminuir esta situación haciendo razonables gestiones, es su deber realizarlas.[229]

Un aspecto importante a considerar es que el compromiso se otorga directamente al tribunal, y no al demandado, por lo que su infracción conlleva la comisión del delito de desacato.[230] Si no se exige por el tribunal este compromiso, el demandado no podrá obtener una indemnización por los perjuicios que la medida le ocasione, a menos que justifique un motivo o razón para presentar su demanda, por ejemplo, que la medida fue obtenida por el demandado maliciosamente y sin motivo suficiente, o en abuso del proceso, o en violación de contrato.[231] Así fue observado por el juez NORTH, "si posteriormente aparece que la resolución ha sido dictada sin previsión, es difícil ver cómo, en ausencia de un compromiso, el demandado pueda ser resarcido por el demandante de los perjuicios que hubiere sufrido debido a la injusta resolución del tribunal".[232] No obstante, SPRY argumenta que "la exigencia de un compromiso antes de que los daños puedan ser causados parece ser más un asunto de práctica judicial que de competencia de los tribunales. En consecuencia, aunque se ha estimado que en ausencia de un compromiso no se pueden indemnizar los perjuicios sufridos por el demandado,

[229] "The plantiff who seeks a *Freezing* injunction should normally give an undertaking in damages to the defendant, and also and undertaking to a bank or other innocent third party to pay any expenses reasonably incurred by them. The judge may, or may not, requiere a bond or other security to support this undertaking: but this may not be insisted on when the is legally-aided [...]. But the undertakings only cover damages or expenses reasonably incurred. If the defendant or third part could have reduced it by taking reasonable steps, it is duty to do so". *Z Ltd v. A-Z and AA-LL*, [1982] QB., p. 577 E.

[230] Destaca GEE que esta infracción ocurrirá cuando el tribunal ha ordenado al demandante pagar una suma de dinero y este deja de cumplir la resolución. La orden de pagar una suma de dinero al demandado puede ser hecha en virtud del compromiso asumido, y puede ser ejecutada al tenor de lo dispuesto en la RSC Ord. 45, r 1 (1). *Mareva...*, ob. cit., p. 150.

[231] A este propósito SPRY señala que "se ha sostenido que a menos que se exija del actor un compromiso u otra seguridad en el momento en que la medida provisional es concedida, el demandado, incluso si tiene éxito posteriormente en la vista final, no tiene derecho a ser compensado o reparado por los perjuicios o inconvenientes que pueda haber sufrido en cumplimiento de lo dispuesto en la medida". *The principles of equitable remedies...*, ob. cit., pp. 487 y 488.

[232] *Attorney-General v. Albany Hotel Co* [1896] 2 Ch pp. 696-699; *Chisholm v. Rief* [1953] 2 FLR. p. 211.

una visión preferible es que esta limitación no procede de una falta de competencia, sino de la práctica de los tribunales, y debiera ser apartada cuando la justicia así lo exija".[233]

Tratándose de un actor insolvente el tribunal puede excepcionalmente, y cuando los fundamentos de su demanda sean realmente sólidos, bajo su discreción, conceder la medida solicitada sin que se otorgue el referido compromiso. En este punto HOYLE observa que "el hecho de que el demandante goce de asistencia gratuita y, en consecuencia, no disponga de recursos para pagar al demandado si la *injunction* es anulada y una investigación establece su responsabilidad, no es relevante en la solicitud, ni en los efectos contra terceros".[234]

Por otro lado, el tribunal puede requerir que el compromiso sea fortalecido mediante la provisión, por parte de un tercero, de un compromiso pleno *(unlimited undertaking)* o de un compromiso parcial *(limited undertaking);* quedando el límite bajo la discreción judicial. Ordinariamente los tribunales fijan este límite en referencia a una razonable estimación de los perjuicios que se pueden causar por la medida.[235]

Ahora bien, como señalamos hace un momento, el compromiso por los daños se otorga por el demandante directamente al tribunal, de allí que la otra parte no tiene derecho a accionar en base a este

[233] *The principles of equitable remedies...*, ob. cit., pp. 487 y 488. El origen de esta limitación tiene un claro fundamento histórico. Ya hemos observado que con anterioridad a 1875 la facultad de conceder una indemnización de daños y perjuicios era una facultad privativa de los tribunales de *Common law*. Ahora bien, no obstante su unificación con los tribunales de equidad en 1875, lo cierto es que la Equidad mantuvo su propia doctrina y jurisprudencia, y los tribunales ingleses son reacios a conceder, en aplicación de un remedio de equidad (como lo es la concesión de una *injunction*), una indemnización de perjuicios a menos que se demuestra algún ilícito civil.

[234] *The Mareva...*, ob. cit., p. 31. La sección 29 *(order 29)* de las normas procesales del Tribunal Supremo *(The rules of the Supreme Court)* o Libro Blanco *(The White Book)* dispone en su epígrafe 29/1/12: Undertaking as to damages. "An undertaking by the plantiff as to damages ought to be given on every interim injunction [...]. On the other hand, the Court will not deny the plantiff an interim injunction, e.g. a *Freezing* injunction, to which he would otherwise to be entitled simply on the ground that his cross-undertaking in damages would be of limited value e.g. where he is legally aided, since questions of financial stability ought not to affect the position in regard to what is the essential justice of the case". ANDREWS observa que "es posible para el demandante que goza de asistencia legal obtener una *Freezing injunction*, no obstante que hay una real duda de si su compromiso no será más que un ocioso ritual". *Principles...*, ob. cit., p. 168.

[235] GEE, *Mareva...*, ob. cit, pp. 151 y 152.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

compromiso por la vía de una demanda contractual. Ni tampoco tiene derecho a demandar una indemnización por un ilícito civil causado por la resolución del tribunal, a menos que la medida haya sido obtenida maliciosamente o en abuso del proceso. Pero si al concederse la medida el tribunal siguió la usual práctica de exigir el compromiso de indemnización por parte del demandante, el demandado puede posteriormente solicitar, en el estadio procesal correspondiente, su ejecución y el pago de la correspondiente indemnización.

Es necesario, para que se conceda la indemnización de acuerdo con el compromiso asumido por el demandante, que los perjuicios sufridos por el demandado sean causa directa de la concesión de la medida.[236] Del mismo modo, este último debe demostrar que la medida provisional fue erróneamente obtenida, esto es, que en definitiva el actor no tenía derecho a ella y, en consecuencia, no debió ser concedida.[237] No obstante, es importante tener presente que los tribunales ingleses pueden discrecionalmente decidir no dar lugar a la ejecución del compromiso si consideran que la conducta del demandado, en relación con la concesión de la *injunction* o con la ejecución del compromiso, no lo amerita. Ordinariamente el hecho de que el demandante no tenga éxito en la vista final es una suficiente demostración de que la medida fue erróneamente concedida. Con todo, SPRY observa que lo anterior no es necesariamente exacto y algunas consideraciones pueden hacerse; "por ejemplo, puede suceder que en las particulares circunstancias la medida provisional haya sido correctamente otorgada, y sólo en virtud de posteriores circunstancias resulte inapropiado ratificarla como definitiva. Otras

[236] SHERIDAN, *Injunctions in general*, Chichester, 1994, p. 43. SPRY, *The principles of equitable remedies...*, ob. cit., p. 655.

[237] Debe aclararse, en todo caso, que la concesión de una medida provisional no constituye en sí misma una violación de los derechos del demandado, ni tampoco los actos que se realicen en cumplimiento de esta orden. En este sentido, la medida provisional no debe ser considerada ilegal cualquiera que sea la decisión que el tribunal posteriormente adopte en la vista oral, a menos que haya sido obtenido de mala fe. De allí que SPRY resalte que el uso de la palabra "damages" (en plural esta palabra se emplea en la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el demandante debido al incumplimiento del contrato o a los daños morales o materiales causados por un ilícito civil) "sería inapropiado si con ello se quisiera sugerir que podría haber ocurrido una infracción a un derecho. Resulta preferible decir que, si en un asunto de esa naturaleza se hace una referencia a una orden de pagar *damages*, esta tiene el simple propósito de asegurar que existirá una obligación por parte del demandante de cumplir con cualquiera orden posterior que le mande pagar una compensación monetaria por los daños o perjuicios sufridos por el demandado". *The principles of equitable remedies...*, ob. cit., p. 655.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

consideraciones también pueden ser relevantes, y todas las materias relacionados con la justicia o injusticia de ejecutar el compromiso deben ser tomadas en cuenta".[238]

El tribunal puede efectuar esta ejecución ya sea mediante una valoración sumaria de los daños y perjuicios ocasionados o, más frecuentemente, disponiendo directamente que el demandado pague la indemnización fijada en una investigación de daños y perjuicios *(inquiry as to damages)*. Si la medida fue bien o mal concedida es un asunto que debe ser establecido por el tribunal antes de iniciar cualquier investigación de los daños. En la aludida investigación sólo deben cuantificarse los perjuicios y ver la causalidad de los mismos.[239]

3.32. Como se puede apreciar, en general, los requisitos que en la práctica han desarrollado los tribunales ingleses a propósito de las *interlocutory injunction* no difieren de los conocidos elementos (*fumus*, *periculum* y contracautela) elaborados por la doctrina continental a propósito de las figuras del secuestro conservativo italiano, del *arrest* alemán o del embargo preventivo español, y que posteriormente fueron incorporados por sus respectivos tribunales como elementos de análisis y argumento de sus fallos. El pragmatismo inglés no les impidió desarrollar por la vía jurisprudencial conceptos muy similares a los elaborados por la doctrina continental, y si bien en algunos aspectos su desarrollo ha sido más tardío que el ocurrido en los países del continente, hoy en día la tutela provisional en Inglaterra y Gales muestra un dinamismo y avance similar al de estos países.

En el caso de la *Freezing injunction* es patente la similitud entre la exigencia de un *good arguable case* con el concepto desarrollado en el Derecho continental bajo la expresión latina *fumus boni iuris*. Lo que se encuentra detrás de ambos requisitos ideas es similar, a saber, acreditar a los ojos del tribunal en una primera aproximación y en sede

[238] Ídem, p. 656.

[239] En relación con esta materia, como ya hemos observado, la Corte de Apelaciones ha sostenido que la investigación de los daños y perjuicios causados por la concesión de la *Freezing injunction*, en cuanto a si esta investigación se realiza o no, debe ser pospuesta hasta la vista oral (*trial*), con todos los problemas que ello ocasiona. *Vid.* ANDREWS, *Principles...*, ob. cit., p. 273; ZUCKERMAN observa que "a falta de la sentencia definitiva que demuestre si la *interim injunction* interfirió con derechos legítimos, no existirá ocasión para la indemnización correctiva [...]. Incluso cuando se hubiera alzado una *interim injunction* antes del juicio y fuera posible discutir entonces sí corresponde ordenar el pago de una compensación, se prefiere posponer el asunto hasta que termine el juicio". *"Quality and economy...."*, ob. cit., p. 373 (el destacado es nuestro).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

provisional que razonablemente hay probabilidades de obtener una sentencia favorable en el fondo. La concesión de esta medida, en la práctica de los tribunales ingleses, requiere de un riesgo real de venta o disipación de los bienes del deudor, que harían del todo ilusorio el posterior cumplimiento de la sentencia favorable al actor. Esta situación, como se ve, es del todo parecida con nuestro conocido *periculum in mora*. En fin, la necesidad de un compromiso de responsabilidad a efectos de indemnizar los perjuicios que se causen al demandado, en su caso, se asemeja en muchos aspectos a la caución que debe otorgar quien solicita una medida cautelar en los países del *Civil law*.

3.3. *Interim payment (pagos provisionales)*

3.33. Como última medida provisional al interior del derecho inglés analizaremos la figura de los pagos provisionales. Desde la perspectiva del demandado, una de las formas más drásticas que puede adoptar una medida provisional, sin lugar a dudas, es aquella que lo obliga a realizar un desembolso monetario antes de que se determine su efectiva responsabilidad. En este ámbito, al igual como ocurre en los países del continente, la figura de los alimentos provisionales al interior de las relaciones de familia ha tenido un amplio reconocimiento en los tribunales ingleses. No obstante, como apunta GOLDSTEIN,[240] los pagos provisionales pueden ser también necesarios en otro tipo de reclamaciones. Esto es particularmente cierto en nuestra época donde lamentablemente, como hemos visto, la congestión y el retraso de los tribunales obliga al demandante a esperar largos años para obtener una sentencia en su favor. "En algunos casos la incapacidad del demandante para mantener su persona durante este prolongado período, puede forzarlo a aceptar un deficiente acuerdo ofrecido por el demandado, o a abandonar por completo su reclamación".[241] En este sentido ANDREWS explica que la figura de los pagos provisionales estaba originalmente acotado a reclamaciones que provenían de daños personales *(personal injury)* o daños

[240] *"Recent developments..."*, ob. cit., p. 24.

[241] GOLDSTEIN, ídem, p. 24. JACOB al respecto apunta que "la regla general del Derecho es que la orden de pago de una suma de dinero de una parte a la otra sólo puede realizarse por medio de una sentencia definitiva. Esta regla puede producir una gran injusticia y perjuicio al privar del dinero a una parte que claramente tiene derecho a obtener una sentencia en su favor. A fin de mitigar esta situación se confirió poder a los tribunales para ordenar pagos provisionales [...]". *The fabric...*, ob. cit., p. 142.

provenientes de accidentes de tránsito *(fatal accident claims)*. El año 1978, sin embargo, el sistema se extendió a todo tipo de daños o reclamaciones de pago de deudas.[242]

3.34. El fundamento legal de esta institución lo encontramos en el artículo 32 (s. 32) de la Ley del Tribunal Supremo de 1981 *(Supreme Court Act 1981)* que en su número (5) los define como un pago a cuenta de cualquier indemnización de perjuicios, deuda u otra suma (excluidas las costas) en que el tribunal lo pueda estimar responsable de pagar a o en beneficio de la otra parte si, en la sentencia definitiva, este es dado o realizado a favor de la otra parte. En el número (1) del mismo artículo dispone que en los procedimientos pendientes ante el Tribunal Superior se puede ordenar a una parte realizar un pago provisional según la cantidad que se especifique en dicha orden, previniendo que el pago puede realizarse a la otra parte o directamente al tribunal. En el número (2), por su parte, se señala que cualquier resolución del tribunal que conceda la medida de conformidad con el párrafo anterior, puede incluir una provisión que permita a la parte que ha realizado el pago recuperar todo o parte del mismo.

En opinión de JACOB, "la esencia de un pago provisional consiste en que es un *pago* realizado *a cuenta* del total de la indemnización de perjuicios, de la deuda o de otra suma de dinero que una parte será responsable de pagar a la otra. Es una forma de remedio provisional durante el desarrollo del procedimiento y antes de que se dicte la sentencia definitiva. Este dispositivo permite a los tribunales conceder al demandante tempranamente en el proceso parte de lo que más tarde le será adeudado. En este sentido, está concebido para aliviar al demandante de una injusticia o de perjuicios indebidos mientras espera el resultado final de su pretensión, equilibrando, en el intervalo, la balanza entre la fortaleza de una parte y la debilidad de la otra, inclinando a las partes a un justo y razonable compromiso, e induciéndolas a acelerar y no a retardar la solución del litigio".[243]

[242] ANDREWS, *On civil processes*, ob. cit., p. 216. JACOB observa que "esta competencia no está restringida a reclamaciones por daños personales, sino que puede ser ejercida en cualquiera reclamación por daños personales, cualquiera sea su causa, ya sea un delito o cuasidelito o el incumplimiento de un contrato, como también en cualquiera reclamación por deudas u otros pagos monetarios, cualquiera sea su causa, incluso reclamaciones respecto al uso u ocupación de tierras mientras esté pendiente el juicio sobre su posesión". *Vid.* JACOB, *The fabric...*, ob. cit., pp. 142 y 143.

[243] *The fabric...*, ob. cit., p. 143. En el mismo sentido se ha señalado que "the purpose behind this procedure is to alleviate the hardship that may otherwise be suffered by claimants who may have to wait susbstancial periods of time before they recover any damages in respect of wrongs they may have suffered. In addition

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

La anterior es una visión demasiado optimista del problema. No puede olvidarse la potencial injusticia que este pago puede significar para el demandado. Al respeto, ANDREWS apunta que el peligro en contra del demandado adopta dos formas: "Primero, existe el riesgo de precipitar demasiado la decisión en favor del demandante. Los tribunales indudablemente no deberían imponer un pago provisional al demandado a menos que haya una clara evidencia en favor del actor. Segundo, el demandado puede adicionalmente sufrir una injusticia si el beneficiario del pago provisional carece posteriormente de fondos para devolver el dinero".[244]

3.3.1. Principios que gobiernan la concesión de los pagos provisionales ante el Tribunal Superior de Justicia

3.35. La actual regulación de los pagos provisionales en el derecho inglés se encuentra en la sección (r) 25.6 de las CPR. Su definición se contempla en la sección (r) 25.1 (k) como un mandamiento para que el demandado pague a cuenta de cualquier indemnización de perjuicios, deuda u otra suma (excluidas las costas) en que el tribunal lo pueda estimar responsable de pagar.[245] Este tipo de órdenes pueden hacerse en aquellas reclamaciones en las que parece que el

to providing resources to the claimant, sometimes makin an interim payment will enable the claimant to pay for treatment, or to save assets which would otherwise be lost, or to have an asset repaid earlier than might otherwise be the case, and may thereby reduce the amount of the claim. Further, making an early interim payment will reduce the defendant's liability to pay interests". PLANT, *Blackstone's Civil practice,* Oxford, 2002, p. 361.

[244] *English civil...*, ob. cit., p. 465. WILLIAMS, por su parte, luego de señalar algunas situaciones (necesidades médicas del demandante, por ejemplo) en las cuales resulta apropiado conceder *interim payment,* añade: "La orden de pagar provisoriamente viene acompañada de una potencial injusticia. Si el caso no prospera el demandado puede tener dificultades para recuperar el monto ya pagado a título provisorio. Las reglas deben encontrar un equilibrio entre asegurar que: (i) el demandante no sufra por la demora anterior al juicio; y (ii) que cualquier monto pagado antes del juicio sea razonable dado el riesgo de injusticia que corre el demandado". *Civil and criminal procedure,* Londres, 1997, p. 180.

[245] *Civil Procedure Rules* 25.1(1) "The court may grant the following interim remedies [...] (k) an order (referred to as an order for interim payment) under rule 25.6 for payment by a defendant on account of any damages, debt or other sum (except costs) which the court may hold the defendant liable to pay". En términos muy similares a la definición que contenía el artículo 32 (s. 32) (5) de la Ley del Tribunal Supremo de 1981 (*Supreme Court Act 1981*).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

demandante tendrá algún éxito, y en las que resultaría injusto demorar el pago al cual parece tener derecho hasta después del juicio.

A. Quién puede solicitarlo

3.36. Las *CPR* en las reglas 25.1 y 25.6 hacen referencia a que el pago provisional puede ser solicitado por el demandante en contra del demandado. Se ha interpretado que no hay inconveniente para que el demandado pueda solicitar una medida de este tipo cuando presenta una reconvención en contra del actor, e incluso respecto de terceros que intervengan en el proceso.[246]

B. Oportunidad

3.37. Bajo la regla CPR 25.6 (1) el actor no puede solicitar un pago provisional antes del acuse de recibo de que la demanda ha sido oficialmente aceptada por la persona en contra de quien se solicitó el pago. Sin embargo, los pagos provisionales voluntarios pueden ser hechos en cualquier tiempo, incluso durante el período anterior a la emisión de las actuaciones. La nueva regulación en su regla 25.6 (2) establece que es posible hacer varias solicitudes de pagos provisionales durante el desarrollo del proceso.[247]

C. Fundamento

3.38. Las condiciones que deben ser satisfechas para que el tribunal conceda una medida de este tipo se encuentran establecidas en la r. 25.7 (1) de las *CPR.* Bajo esta regulación un pago provisional sólo puede ser ordenado si:

(a) el demandado en contra de quien se ha dirigido la orden, ha reconocido la responsabilidad de pagar daños y perjuicios o alguna otra suma de dinero al demandante pero no hay un inmediato acuerdo (r. 25.7(1) (a));
(b) el actor ha obtenido en contra del demandado una sentencia de indemnización de daños y perjuicios que deben ser valorados, o respecto de alguna otra suma (excepto por las costas del proceso) que también debe valorarse (r. 25.7(1) (b);
(c) cuando el tribunal es convencido de que si el proceso se dirige a la fase de juicio *(trial)* el demandante podría obtener una sentencia por una importante suma de dinero (excepto por las costas del proceso); o,

[246] *Vid.*, PLANT, *Blackstone's civil...*, ob. cit., p. 411.
[247] Ídem, p. 411.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

(d) las siguientes condiciones son satisfechas: (i) que la acción del demandante incluya una reclamación por posesión de tierras (acompañada o no de otra pretensión), y (ii) que al tribunal le conste que si la acción fuese a la etapa del juicio, el demandado sería condenado a pagar al actor una suma de dinero por el uso y ocupación de la tierra de que disfrutó durante la sustanciación del proceso (incluso si la demanda por la posesión de la tierra fuere desechada).[248]

La alternativa prevista en la letra (c) precedente, es sin duda la más relevante y la de mayor alcance, pues permite a los jueces ingleses ordenar pagos provisionales teniendo sólo como apoyo la valoración que efectúen de la mayor o menor solidez de los argumentos del actor, sin que el demandado haya admitido su responsabilidad y sin que se haya dictado una sentencia en su contra. Las dos primeras posibilidades, (a) y (b), son bastante obvias.

Si concurre cualquiera de las situaciones descritas con anterioridad los tribunales pueden discrecionalmente ordenar un pago provisional. En la anterior regulación contenida en las RSC se señalaba que el tribunal podía ordenar un pago provisional *if it thinks fit*, y la cantidad que podía concederse era aquella que el juez *considerare justa*. Estas dos expresiones permitiron a los tribunales ingleses afirmar que la discreción en esta materia era muy amplia.[249] Estas expresiones no fueron recogidas en la nueva normativa, si bien ello no debe entenderse como una limitación a la discrecionalidad de los tribunales en esta materia.[250]

En la práctica muchas de las solicitudes por pagos provisionales son realizadas tratándose de daños personales. Esta situación es

[248] "Interim payments. Conditions to be satisfied and matters to be taken into account. 25.7 (1) The court may only make an order for an interim payment where any of the following conditions are satisfied: (a) the defendant against whom the order is sought has admitted liability to pay damages or some other sum of money to the claimant; (b) the claimant has obtained judgment against that defendant for damages to be assessed or for a sum of money (other than costs) to be assessed; (c) it is satisfied that, if the claim went to trial, the claimant would obtain judgment for a substantial amount of money (other than costs) against the defendant from whom he is seeking an order for an interim payment whether or not that defendant is the only defendant or one of a number of defendants to the claim; (d) the following conditions are satisfied (i) the claimant is seeking an order for possession of land (whether or not any other order is also sought); and (ii) the court is satisfied that, if the case went to trial, the defendant would be held liable (even if the claim for possession fails) to pay the claimant a sum of money for the defendant's occupation and use of the land while the claim for possession was pending".

[249] *Vid. Crimpfil Ltd v. Barclays Bank plc The Times*, February 24, 1995, CA.

[250] *Vid. The White Book Service 2002, Civil procedure*, v. I. *Autum*, p. 517.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

objeto de una especial regulación. La discreción de los tribunales ingleses para conceder pagos provisionales se encuentra fuertemente limitada tratándose de una indemnización de perjuicios por lesiones personales *(personal injuries)*. En este evento el pago provisional sólo puede ser concedido si:

(a) el demandado está asegurado respecto a la reclamación (r. 25.7(2)(a));

(b) la responsabilidad del demandado se encuentra cubierta por: (i) un asegurador bajo el artículo 151 de la Ley de tráfico carretero de 1988 (*section 151 of the Road Traffic Act 1988*), o (ii) por un asegurador bajo la *Motor Insurers Bureau Agreement*, o por la *Motor Insurers Bureau* cuando está actuando por sí mismo (r. 25.7(2)(b)); o

(c) el demandado es una autoridad pública (r. 25.7(2) (c)).[251]

D. Cantidad a pagar

3.39. Hay tener presente que la nueva normativa, siguiendo en esto de cerca a la anterior, establece que el tribunal no puede ordenar pagos provisionales que excedan una razonable proporción de la indemnización que, en opinión del tribunal, probablemente recuperará el demandante (r. 25.7 (4)). Lo anterior es de toda lógica si pensamos que la medida va a ser adoptada antes de que se haya establecido la efectiva responsabilidad del demandado, y antes de que se determine con exactitud cuál es la suma que este deberá indemnizar. De allí que una lógica limitación a que debe someterse el tribunal, en relación con el monto que puede ordenar mediante un pago provisional, esté dada por una proporción razonable de lo que en definitiva podría obtener el demandante.

[251] La anterior regulación era prácticamente la misma. Al tribunal debía constarle que el demandado era una de las siguientes personas (RSC. Ord. 29, r. 11(2)):(i) una persona que está asegurada respecto a la reclamación del demandante, o su responsabilidad se encuentra cubierta por un asegurador bajo el artículo 151 de la Ley de tráfico carretero de 1988 *(section 151 of the Road Traffic Act 1988)*, o por un asegurador bajo la *Motor Insurers' Bureau agreement;* o

(ii) una autoridad pública; o

(iii) una persona cuyos ingresos y recursos le permiten realizar el pago provisional.

De allí que ANDREWS observase que resultaba curioso que esta especial protección sea proporcionada a los demandados sólo si ellos "are privy to personal injury litigation". Este es un ejemplo más de lo fragmentado que ha sido el desarrollo del procedimiento civil inglés. *Principles...*, ob. cit., p. 235.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

3.40. En el campo de los daños no personales, aun cuando referido a la antigua legislación, resulta útil el proceso *Andrews v. Schooling* (1991) 1 WLR 783. El proceso fue seguido en contra de los constructores por los daños que ellos ocasionaron bajo la *Defective Presmises Act* de 1972. Lo interesante del caso fue que el tribunal ignoró la cuantificación del actor por £ 12,000, pero ordenó un pago provisional por £ 7,500 dados en estimación de £ 10,000 por trabajos necesarios de reparación.

El límite de las demandas pequeñas puede ser una guía razonable para determinar lo que significa una "cantidad sustancial de dinero" en la regla 25.7 (1) (c). Esto puede llevar al umbral de £ 1,000 en demandas por daños personales y de £ 5,000 para el resto de las demandas.[252]

3.3.2. El estándar de la prueba

3.41. No hay mayor inconveniente si la reclamación por un pago provisional se efectúa después que el demandado ha admitido su responsabilidad, o después de que el actor ha obtenido una sentencia en su contra y sólo debe valorarse el monto de la indemnización. Sin embargo, por lo que se refiere a la tercera hipótesis prevista en r. 25.7(1) (c), los tribunales deben tener un elevado grado de certidumbre al conceder la medida.

Las nuevas normas, al igual que las antiguas (RSC 29 (r. 11 y r. 12), no proporcionan mayor ayuda a este respecto y sólo enuncian que a los tribunales les "debe constar" que el "demandante podría obtener" una considerable indemnización de perjuicios o una considerable suma en el juicio. En opinión de GOLDSTEIN, para ordenar un pago provisional se requiere que el demandante muestre una "fuerte evidencia" *(a very strong plantiff' case)*. Agrega que "al tribunal le debe constar sobre la base de la documentación aportada y a las declaraciones juradas ante él, que el demandante efectivamente tendrá éxito en el juicio. Según se observa, es un examen más fuerte, incluso que el tradicionalmente exigido para conceder una *interim injunction*, y ciertamente más exigente que aquellos empleados para otros tipos de medidas provisionales".[253]

En esta línea, los tribunales han señalado que "se necesita claramente algo más que un *prima facie case*. La carga es alta. No obstante,

[252] PLANT, *Blackstone's civil...*, ob. cit., p. 414.
[253] GOLDSTEIN, *"Recent developments..."*, ob. cit., p. 23.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

se trata de una carga civil en el balance de probabilidades y no de una carga criminal". En otras ocasiones han señalado que "no es suficiente [para conceder la medida solicitada] con que el tribunal piense que probablemente el demandante tendrá éxito en el juicio".[254]

Es indudable, en todo caso, que tratándose de una medida provisional tan radical, como es ordenar una pago provisional sin que se haya reconocido por el demandado su responsabilidad, ni se haya pronunciado sentencia de término de la causa, el nivel de prueba que se debe exigir al demandante es alto. Quien solicita una medida provisional de este tipo debe aportar una sólida evidencia en orden a persuadir al juez de que tiene serios fundamentos para ganar el juicio en el fondo. Las posibilidades de error en la concesión de esta medida pueden ser grandes, y el daño que se provoca a quien se ordenó el pago provisional puede ser cuantioso, principalmente si el sujeto que recibió el pago no está en condiciones de restituir posteriormente el dinero. Estos elementos obligan a los jueces a ser muy cautelosos en la concesión de este tipo de medidas y a tomar los debidos resguardos a efectos de minimizar los riesgos aludidos.

ANDREWS refiere que la Corte de Apelaciones *(Court of Appeal)* en el proceso *Test Claimants in the FII Group Litigation v. Revenue and Customs Commissioners* (2012), clarificó, entre otros, los siguientes puntos: el actor tiene que satisfacer completamente ante el tribunal el estándar civil para conceder este tipo de medidas, especialmente el balance de probabilidades. El tribunal, ante quien se ha solicitado el pago provisional, debe preguntarse si con la evidencia que le ha presentado el solicitante *(onus probando)* se ha satisfecho el estándar en cuanto a que el actor obtendrá una suma considerable de dinero en la adjudiciación final. En este sentido una "suma considerable de dinero" *("a substantial amount of money")* significa un monto no insignificante teniendo en cuenta el total que se ha demandado. Si el tribunal considera que se han cumplido los requisitos previstos en las *CPR* 25.7(1) (c) debería ordenar el pago provisional, a menos que hubiere una específica razón para denegarlo.[255]

A fin de evitar lo que hemos visto suelen provocar este tipo de medidas, a saber, que las partes no continúan tramitando la causa principal, se dispone en el derecho inglés que la parte que ha obtenido esta medida provisional no puede suspender o poner término

[254] *Shearon Lehman Inc v. Macline, Watson Co Ltd.* [1987] 1WLR 480-489; *British Commonwealth Holdings plc v. Quadrex Holding plc* [1989] QB 842-866, respectivamente, ambos citados por ANDREWS, *Principles...*, ob. cit., p. 236.
[255] ANDREWS, *On civil processes*, ob. cit., p. 217.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

al proceso judicial a menos que el demandado haya consentido en ello por escrito, o el tribunal lo haya autorizado.[256]

3.3.3. Regularización del pago provisional

3.42. Las *CPR* disponen que en los casos en que se haya ordenado realizar pagos provisionales, o si de hecho se han efectuado (voluntariamente o por un mandato), el tribunal puede ordenar la adecuación de dichos pagos. Estos ajustes pueden ser realizados (i) entre el actor y el demandado, y (ii) entre el demandado y otros codemandados (r. 25.8(2) (b) y (c)). La primera situación es la más frecuente y tiene relación con la necesidad de descontar de la condena definitiva aquella suma pagada provisionalmente, y de manera adicional efectuar una adecuación en relación con los intereses de la indemnización. En definitiva, la sentencia sólo debe acoger la pretensión del actor por la suma no cubierta por el pago provisional.

Finalmente, si el demandado ha efectuado un pago provisional y la suma entregada es superior a la que en definitiva fuere condenado, el tribunal puede concederle intereses por el exceso desembolsado desde la fecha en que el pago provisional fue realizado (r. 25.8.5 (a) y (b)). Esta disposición no figuraba en la anterior regulación por lo que quedaba entregada a lo que en cada proceso resolviese la autoridad. Se entiende que si por último se desestima la pretensión los intereses deben calcularse sobre el total de lo pagado provisionalmente.

Como se aprecia, se reconoce bajo la normativa inglesa que los pagos provisionales pueden ser concedidos erróneamente, ya sea porque se otorgan a actores que en definitiva no tienen derecho o porque los tribunales conceden provisionalmente una suma que excede la razonable proporción establecida por el legislador. En estos casos, en cualquier estado del proceso y principalmente en la sentencia definitiva, el tribunal puede ordenar el reembolso total o parcial de estos pagos. Incluso, en cualquiera fase del procedimiento puede dejar sin efecto el pago concedido, o modificarlo a fin de adecuar su monto a las nuevas circunstancias que se hayan acreditado en la causa. Lo mismo respecto de aquel codeudor que ha pagado en exceso de lo que le corresponde en la deuda para obtener el correspondiente reembolso.

[256] ANDREWS, *On civil processes*, ob. cit., p. 218.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

CAPÍTULO CUARTO

LA TUTELA CAUTELAR EN EL SIGLO XIX EN ESPAÑA

1. LA EDAD DE LA CODIFICACIÓN

4.1. El siglo XIX constituye el punto de partida de la parte histórica de esta obra. En dicho siglo, por un lado, se consolida tanto en Europa como en América el proceso codificador liberal[257] y, por el otro, los países de América rompen sus lazos con la España dotándose a lo largo de dicha centuria y en los primeros años de la siguiente, tanto en el plano sustantivo como procedimental, de sus propios cuerpos normativos.

Los antecedentes históricos nos van a mostrar el ambiente propicio que existía tanto en la Europa continental como en la América española, de codificar en conformidad con la nueva usanza los diferentes cuerpos legislativos. No olvidemos que la codificación nació como un sistema opuesto y alternativo al del derecho común y ella, matices más, matices menos, tuvo como fin destronarlo y sustituirlo. Toda la lucha que se dio entre estos dos sistemas –dos mundos en verdad, el antiguo y el moderno– ocupó gran parte de la historia jurídica de la Europa continental del siglo XIX y de los primeros años del XX.

A través de esta visión se pretende evidenciar que gran parte de los problemas que enfrenta la tutela cautelar en Chile, España y en los demás países de nuestro entorno, pueden comprenderse mucho mejor a la luz de una perspectiva histórica del problema. Significativo,

[257] Se hace alusión a una nueva técnica de legislar que supone una reelaboración de la materia jurídica a partir de principios establecidos por la razón, con reglas claras, sencillas, uniformes e inmutables para todos los sujetos. CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. de Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, 1996, pp. 173 y ss.; CARONI, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, trad. de Aquilino Iglesias, Madrid, 1996, pp. 19 y ss. GUZMÁN, *Andrés Bello codificador*, Santiago, 1982, tomo I, p. 27. TAU, *La codificación en la Argentina*, Buenos Aires, 1977, pp. 19 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

en este sentido, es el hecho de que las medidas cautelares que hoy se recogen en el CPC chileno, y en los respectivos códigos procesales de Iberoamérica, hunden sus raíces en el antiguo derecho castellano. Téngase presente que si bien el proceso de codificación significó romper con el pasado en cuanto a la forma que hasta entonces se tenía de recopilar las leyes, ello no supuso un completo abandono u olvido de las normas del antiguo régimen. Por el contrario, tanto en el caso español como en el de los países americanos, muchas leyes del antiguo derecho de Castilla fueron incorporadas en los códigos que paulatinamente se fueron dictando en el transcurso del siglo XIX.[258]

> El moderantismo historicista, que caracteriza la instauración definitiva del régimen liberal, se hace sensible al abordarse de nuevo la "anhelada reforma de nuestros Códigos" sobre la base del respeto a la tradición [...], sin renunciar por ello a los imperativos del momento. Uno de estos, sin duda, la prudencia. No se trata de la destrucción de lo antiguo sino de su "reparación", de "perfeccionar la obra que ya en el transcurso de los siglos y especialmente en los últimos tiempos ha entrado en anchas vías de progreso". Por encima de las más íntimas convicciones se impone una realidad en absoluto proclive a un cambio profundo y radical.[259]

4.2. Lo anterior, según veremos, fue especialmente significativo en el campo procesal. En el caso español GÓMEZ ORBANEJA, refiriéndose a la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, observaba que su

[258] Explica el profesor TAU que "hasta hace algunos años dominaba la creencia de que la codificación habría significado un desplazamiento total de la normatividad hispánica en pos del modelo codificador napoleónico. Esta impresión se nucleaba en torno al Código Civil. Hemos escuchado tal opinión de boca de algunos maestros civilistas, antes que leerlas en trabajos documentados. Fue, sin duda, uno de los soportes de esa imagen del absolutismo codificador, dominante durante muchas décadas. Esta creencia ha perdido fuerza y hoy estamos en un proceso de revisión, caracterizado por algunos pequeños avances de fondo en la indagación y por nuevas hipótesis indagadoras. Así, con razonable cautela, el profesor Alejandro Guzmán ha sostenido que para Chile la codificación consistió más bien en la 'aplicación de una terminología y de un esquema (nuevos) a materiales que han sido extraídos del derecho tradicional' [...]". *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Buenos Aires, 1997, p. 121.

[259] BARRERO-MORA, "Algunas reflexiones en torno a la codificación civil (mucho ruido y pocas nueces)", en *Anuario de historia del derecho español*, t. LXVII (1997), vol. II, p. 251. SCHIPANI, por su parte, señala que en la redacción de los Códigos iberoamericanos "*no se queman las viejas leyes*, no se rechaza el Corpus Iuris, sino que se lo asume condensado en los conceptos, principios, instituciones y normas del método institucional y axiomático". "Los Códigos latinoamericanos de la 'transfusión' del derecho romano y de la independencia hacia Códigos de la 'mezcla' y 'Códigos tipo'", en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, 1992, p. 66.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

contenido era "enormemente profuso, reiterante y hasta caótico; pero ello más se debe a falta de plan sistemático en su elaboración, en la cual se ha procedido por acarreo de materiales del derecho histórico [...]".[260] En este sentido, recuérdese la violenta reacción que produjo en los autores y abogados españoles la Instrucción del procedimiento civil de 30 de septiembre de 1853, conocida como la Instrucción del Marqués de Gerona, que había atacado –en opinión de sus críticos– abiertamente la mayor parte de los trámites judiciales vigentes en aquella fecha, y lo señalado en la base primera con que se acompañó el proyecto de ley de reforma sobre enjuiciamiento civil de 1854: "El gobierno procederá inmediatamente a ordenar y compilar las leyes y reglas del enjuiciamiento civil, con sujeción a las bases siguientes: 1ª *Restablecer en toda su pureza las reglas cardinales de los juicios, consignadas en nuestras antiguas leyes*, introduciendo las reformas que la ciencia y la experiencia aconsejan, y desterrando todos los abusos introducidos en la práctica".[261]

En el caso de los países de América la situación fue del todo similar; así, por ejemplo, en Chile el mismo año en que veía la luz pública el CPC se señalaba lo siguiente: "Debemos reconocer que los que han colaborado en la redacción del Código de Procedimiento Civil se han sometido a este criterio. Se propusieron, en primer término, *llenar los vacíos de la legislación procesal vigente entre nosotros y corregir, enseguida, los abusos que, a la sombra de leyes antiquísimas, se habían desarrollado.* Respetando las disposiciones que hoy se observan en la sustanciación de los juicios, en cuanto no se encuentren en abierta contradicción con las ideas más generalmente aceptadas en esta materia, el Código se limita a establecer reglas precisas encaminadas a hacer más rápida y eficaz la declaración del derecho

[260] *Derecho procesal* (con HERCE QUEMADA), vol. I, 2ª ed., Madrid, 1949, p. 41. GIMENO, por su parte, señala que en materia procesal civil "nuestra justicia puede enmarcarse en la de los siglos XVI y XVII, toda vez que la LEC fue constituida con materiales del antiguo régimen, sin que llegara plenamente a consagrar el modelo del liberalismo". "Pasado, presente y futuro de la justicia civil", en *Jornadas sobre la reforma del proceso civil*, Madrid, 1990, p. 94.

[261] *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo VI (1855), pp. 101-102 (el destacado es nuestro). También en LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, Madrid, tomo 2, procedimiento civil, 1972, p. 62. De allí que MONTERO AROCA haya podido observar que la "ley de 1855 significó la consolidación del sistema procesal elaborado en torno al juicio ordinario proveniente del derecho común. A mediados del siglo XIX el *solemnis ordo iudiciaris* se mantenía vivo, la Partida III era derogada formalmente, pero sus leyes fueron convertidas en artículos; como el ave fénix, renacía de sus cenizas". "Juicio crítico a la Ley de enjuiciamiento civil", en *Para un proceso civil eficaz*, Barcelona, 1982, p. 162.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

controvertido [...]".[262] La doctrina mexicana, refiriéndose al estudio del derecho procesal en dicho país, señala que "desde el punto de vista histórico no se puede abordar sin el conocimiento previo, siquiera sea superficial, del derecho procesal español. Esto se explica fácilmente porque en México la legislación procesal civil de la época independiente, está inspirada preponderantemente y tiene sus raíces en el derecho procesal español, en gran parte, y hasta en los últimos códigos muestra su influencia".[263] Por su parte, ALCALÁ ZAMORA señalando a grandes trazos a la genealogía de las actuales instituciones procesales mexicanas y tomando como punto de llegada el vigente Código de procedimientos civiles de 1932, señaló: "De manera inmediata, este proviene de su antecesor el de 15 de mayo de 1884, el cual, a su vez, concuerda en buena parte con el llamado código Béiztegui expedido para el Estado de Puebla el 10 de septiembre de 1880 [...] tanto el código de Béiztegui como el de 1884 emanan del más fecundo texto procesal que ha habido en el mundo [¿?], o sea, la ley de enjuiciamiento civil española de 1855, que fue en su día el cimiento de casi toda la correspondiente codificación hispanoamericana [...]. La referida ley española implica, a su vez, la articulación, en lenguaje del siglo XIX, de la *Partida III*, [...]".[264]

[262] VERGARA, Introducción a la obra de los señores TORO-ECHEVERRÍA, *Código de Procedimiento Civil anotado*, Santiago (Chile), 1902, p. XI (el destacado es nuestro). Por su parte, VARGAS FONTECILLA, uno de los principales juristas que trabajó en el proceso codificador de las leyes procesales chilenas, se preguntaba en la exposición de motivos del proyecto sobre organización de tribunales (futuro Código Orgánico de Tribunales), si las instituciones judiciales existentes (básicamente las heredadas de España) satisfacían bien las necesidades públicas nacionales; si debía conservarse el sistema de esas instituciones, o si, por el contrario, debía ser abolido y reemplazado por otro radicalmente diverso. Respondiendo que el "sistema de las instituciones judiciales que actualmente nos rige puede considerarse como un resultado lógico, como un fruto natural y espontáneo de nuestros antecedentes históricos, de nuestras costumbres, de las teorías en que reposa la organización de nuestra sociedad, y de las ideas generalmente aceptadas por ella". Agregando que "un sistema que tiene en su favor tan fuertes apoyos, que se haya planteado en tan sólido terreno, no puede menos de corresponder cumplidamente a los fines de su institución, y la razón y la prudencia aconsejan sin duda alguna dejarlo en pie para darle toda la mejora y perfección de que es susceptible". *Proyecto de ley de organización y atribuciones de los tribunales*, Santiago (Chile), 1864, pp. X y XI.

[263] DE PINA y CASTILLO, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, 1990, p. 41. Por su parte, los señores DUBLÁN y MÉNDEZ, en la edición de 1870 del *Novísimo Sala Mexicano*, tomo I, señalaban sobre el particular: "Habiendo sido México durante trescientos años, una de tantas colonias de las que España fundó en el Nuevo Mundo en el siglo XVI, la legislación de la antigua metrópoli es hasta el día la base de nuestra legislación". *Novísimo Sala Mexicano*, tomo I, 1870, México, p. 9.

[264] ALCALÁ ZAMORA, NICETO, *Derecho procesal mexicano*, 2ª ed., t. II, México, 1985, pp. 325 y 326.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En definitiva, se está en presencia de una adaptación de las leyes del antiguo régimen a la nueva realidad social, política y económica que significó el surgimiento de las ideas liberales. En cuanto a su contenido, los códigos procesales son una transacción entre lo viejo y lo nuevo, entre lo que existía y lo que se quería. Se desea romper con el pasado pero a la hora de plasmar dicho quiebre el peso de la historia y la tradición constituyen una inercia difícil de derribar sin ninguna concesión.[265]

2. LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. ESTADO Y TRAMITACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL ESPAÑOL ANTES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1855

2.1. *Las Partidas y la Novísima Recopilación*

4.3. A grandes rasgos podemos precisar que en España el derecho procesal civil en las postrimerías del siglo XVIII y en los albores del XIX, estaba recogido principalmente en las grandes recopilaciones del Derecho castellano. En este ámbito sobresalía con gran diferencia las Siete Partidas –sobre todo la Tercera de ellas–. Sin exagerar puede decirse que la línea de evolución del proceso civil español "no rebasaba los cauces y pautas marcados por aquella obra: allí latían ya los gérmenes del problema crucial del procedimiento; este continuaba –en cuanto al pesado tipo ordinario, como descendiente del *solemnis ordo judiciarius*– dividido en tractos [...]; lo que luego intentarían interpretar los autores de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 como "reglas cardinales de los juicios", consignadas en nuestras antiguas leyes".[266] En este sentido, "la labor desarrollada en torno a la Partida III [se hace alusión a la glosa de Gregorio López] es enorme; desde entonces [...] los Tribunales y letrados españoles se han inspirado en ella de sobremanera para examinar difíciles problemas

[265] Lo que sí ocurrió, como hemos observado, fue el paso de un derecho de juristas (como era el derecho común) a un derecho legislado (como es el derecho codificado). "La codificación significó para la historia jurídica, y por vez primera, un brusco cambio de sentido. El detentador del poder político demostró una psicología profundamente distinta en relación con el derecho: comprendió su importancia, se atribuyó su producción, estableció un rigidísimo monopolio sobre el mismo". GROSSI, *Doctor Honoris Causa*, Barcelona, 1991, p. 13.

[266] FAIREN, "Estudio histórico externo de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855", en *Temas del ordenamiento procesal*, t. I, Madrid, 1969, pp. 29 y 30.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

procesales; un análisis efectuado de acuerdo con las normas modernas, sobre las glosas y comentarios de Gregorio López, lleva consigo en ocasiones la resolución de problemas doctrinales y prácticos de interés. El Tribunal Supremo ha recurrido en diversas ocasiones a las Partidas a fin de aclarar tales problemas. Se trata, pues, de una obra capital en la historia del proceso civil español".[267]

En cuanto a la Novísima recopilación y pese a los enormes defectos de que adolecía, constituía un instrumento "absolutamente necesario –máxime después del retorno del Antiguo Régimen en 1814–, llevaba dentro una copiosa cantidad de materiales que, debidamente depurados, tenían en sí un valor enorme, y lo debían tener a efectos de cualquier futuro proyecto; si el trabajo de REGUERA no respondió a las necesidades prácticas que lo provocaron, al menos, facilitó en gran medida a los juristas del futuro su labor de preparación legislativa".[268]

4.4. En este contexto y en relación con las medidas provisionales podemos precisar que en España hasta el año 1855 estuvieron vigentes en materia civil básicamente los títulos XXV y siguientes del libro XI de la Novísima Recopilación,[269] y el título IX de la Partida Tercera, que regulaban las siguientes medidas provisionales:

– El secuestro de bienes;
– La retención o embargo preventivo;
– La administración de bienes litigiosos y
– El arraigo de personas.

La anterior fue, en todo caso, una regulación muy precaria, sin ningún orden ni sistema. Según observaba la doctrina española del siglo XIX, las disposiciones del título XXXI del libro XI de la Novísima Recopilación, que trataban extensamente de las prendas, represarias y embargos, estaban "muy lejos de formular las condi-

[267] Ídem, pp. 36 y 37. Por su parte, ALCALÁ-ZAMORA observó que "por desgracia el Derecho procesal ha desempeñado el papel de *Cenicienta jurídica* española. El estado de atraso y los defectos que a las disposiciones relativas a la administración de justicia se señalan, se remontan a siglos. Sobre los preceptos procesales de las *Partidas*, que constituyen el núcleo central, se van acumulando una serie de reglas complementarias y, sobre todo, una plaga de *prácticas*, que llegaron poco menos que a enseñorarse por completo del enjuiciamiento". "Notas para la reforma de la Ley de enjuiciamiento civil", en *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1934, p. 216.

[268] FAIREN, "Estudio...", ob. cit., p. 59.

[269] El título XXV trataba: *De los seqüestros y administración de bienes litigiosos*; el título XXVI: *De los depósitos judiciales*; el título XXXI: *De las prendas, represarias y embargos*. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Códigos antiguos de España*, Madrid, 1885, t. II, pp. 1824, 1825 y 1844.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ciones de este procedimiento, y sólo se contienen preceptos de los cuales unos acreditan las demasías a que se entregaban en tiempos antiguos los particulares, sin recurrir a la autoridad judicial, y otros comprenden declaraciones favorables a los que ejercen el comercio y la agricultura".[270]

Estas medidas fueron estudiadas por la doctrina española decimonónica (luego veremos la influencia que ello ejerció en su homónima chilena y de Iberoamérica) como excepciones al principio de que todo juicio ordinario debía comenzar por demanda. En este sentido, ORTIZ DE ZÚÑIGA observaba que "por regla general, todo juicio civil debe empezar por la demanda, esto es, por el ejercicio de la acción, y por su contestación o respuesta. Sin embargo hay varias excepciones a esta regla [...]: 2ª excepción de la regla arriba sentada: cuando es preciso antes de proponer la demanda, hacer *secuestro, embargo o intervención de bienes*".[271]

[270] NOGUÉS SECALL, *De práctica forense novísima, según la ley de enjuiciamiento civil*, t. I, Madrid, 1856, p. 167. En la actualidad FAIREN afirma, a propósito de este cuerpo legislativo, que "prescindiendo de lo referente a la organización judicial [...], se advierte un grave desorden en los Títulos procesales: el proceso cautelar aparece confundido con el declarativo (así los secuestros y administración de bienes litigiosos aparecen en el Tít. XXV, y las prendas, represarias y embargos en el XXXI)". "Estudio...", ob. cit., p. 58.

[271] *Elementos de práctica forense*, t. I, Granada 1841, pp. 192 y 194. Situación del todo similar sucedía en México en aquellos años. En el *Novísimo Sala Mexicano* con respecto a las reformas realizadas en la legislación mexicana hasta 1870, se señalaba lo siguiente: "No puede empezar el juicio por secuestro o embargo de bienes, ni por intervención, que para el efecto viene a hacer lo mismo, sino en los cinco casos que la ley de Partida, pues el sexto no tiene lugar por hablar de esclavos". *Novísimo Sala Mexicano* (o Ilustración al derecho real de España, con las notas de J.M. de Lacunza, edición corregida y considerablemente aumentada con nuevas anotaciones y refundiciones, relativas a las reformas que ha tenido la legislación de México hasta 1870 por los señores Manuel Dublán y Luis Méndez), tomo segundo, México, 1870, p. 419. El autor de la *Curia Filípica Mexicana* señalaba, por su parte, que "Ningún juicio debe comenzar por secuestro o embargo de la cosa litigiosa. Y ambas reglas se fundan nada menos que en la fuerza del derecho natural, que no permite que la voluntad simple de un hombre, sea bastante para causar a otro hombre el más leve perjuicio y trastorno en sus intereses o derechos [...]. Ya queda sentado, que ningún juicio debe comenzar por embargo de la cosa demandada; mas esta regla tiene, como todas algunas excepciones. Seis pone la ley de Partida [apunta a la Ley Nº 1, tít. 9, part. 3], y son las siguientes [...]". Curia Filípica Mexicana, ob. cit., p. 186. Por su parte, en la obra denominada *Nuevo Febrero Mexicano* se señalaba al respecto: "Muchas veces también antes de entablarse la demanda interesa al actor que se proceda al secuestro, embargo o intervención de los bienes o efectos que van a ser objeto del litigio, en cuyo caso debe acreditar la causa o motivo que le asiste para esta medida de precaución, por medio de una información sumaria de testigos, y en vista de lo que resulte decidirá el juez si se ha de efectuar o no lo que

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Señalaba, posteriormente, el objeto que ellas perseguían y definía cada una de estas medidas. Respecto del secuestro expresaba que era "el depósito que se hace en poder de persona abonada, de la cosa sobre que versa el litigio, hasta que se decida en juicio a quién pertenece: *embargo,* la ocupación o retención de los bienes, y su depósito en persona también abonada, para hacer con ellos o con su valor pago de lo que se reclama; *intervención,* es el nombramiento de una persona, por cuyo medio se recauden los productos de una cosa, o sin cuyo conocimiento o permiso no pueda disponerse de ellos". Agregando que, "ninguna de estas diligencias puede por regla general ejecutarse antes de proponerse la acción y de contestarse a ella; pero se exceptúan los cinco [sic, sólo indica cuatro] casos siguientes: 1º. cuando los interesados estén conforme que así se verifique; 2º. cuando la cosa litigiosa es mueble, y quien la tiene infunde sospechas de que se huya u oculte con ella, o de que la deteriore, o bien de que consuma sus frutos, si fuere alguna finca; 3º. cuando el marido disipa la dote de su mujer, y esta propone la acción competente para privarle de su manejo; 4º. cuando el hijo preterido o desheredado injustamente pretende su legítima; pues si su hermano instituido único heredero, se resiste a entregársela con sus frutos, puede aquel pretender, que hasta que se efectúe la división, se depositen todos los bienes partibles de que el hermano está apoderado".[272]

Por su parte, HERNÁNDEZ DE LA RÚA, refiriéndose a las medidas provisionales, señalaba que "las leyes anteriores, y con especialidad las de Partida, trataron de la fianza de arraigo, que no puede confundirse de modo alguno ni con la retención ni con el embargo preventivo. [...]. La Ley 2ª, tít. 3º, lib. 2º mandó que si el demandado no estuviese arraigado "de fiador al demandador quien cumpla fuero, y si el fiador no le diere vaya luego con él ante el alcalde a facerle derecho [...]. Más benigna la Ley 41, tít. 2º, Part. 3ª, autorizó la caución juratoria como medio supletorio de la fianza de arraigo; y por último la ley de Toro prescribe que ninguno tenga obligación de arraigar por

se pretende. Mas el juez solamente podrá decretar el embargo provisional, en los casos siguientes: [señala los casos previstos en la Partidas]. En todos estos casos puede tener lugar el embargo provisional, aun antes del juicio de conciliación". *Nuevo Febrero Mexicano,* tomo tercero, Méxiço, 1851, p. 147. En el mismo sentido *vid.* PEÑA y PEÑA, *Lecciones de práctica forense mexicana,* tomo segundo, Méjico, 1836, edición facsimilar, México, 2002, pp. 17-24.

[272] Ídem, pp. 192 y 194. Cita al final de su enumeración la Ley 1, tít. 9, part. 3.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

demanda de dinero, sino procede información sumaria de testigos de la realidad de la deuda, o se presenta la escritura auténtica. Los abusos que se observaron en la práctica dieron ocasión a que en unos tribunales se defiriese con facilidad a la fianza de arraigo; y que en otros por el contrario, se denegase aun en aquellos casos en que por falta de responsabilidad podía temerse que el juicio quedase ilusorio".[273]

En relación con su tramitación, ORTIZ DE ZÚÑIGA explicaba que en materia civil "en todos estos casos [los regulados en la Ley 1, tít. 9, Partida 3ª] es necesario, que la parte que solicita el secuestro, embargo o intervención, acredite la causa o motivo que da lugar a esta *diligencia precautoria,* por medio de una justificación de testigos que se llama *información sumaria;* y el juez en su vista decide si se ha de ejecutar o no lo que se pretende. Mientras los bienes están secuestrados, debe cuidarse de la recaudación de sus productos y de que no se deterioren [cita la Ley 1, tít. 25, lib. 11, Novísima recopilación]. También pueden usarse las mismas precauciones, aun antes de intentarse el juicio de conciliación, pues si se hubiera de esperar para ello a la celebración de este, podrían ocultarse o deteriorarse los bienes que después se quieren asegurar".[274]

4.5. HERNÁNDEZ DE LA RÚA,[275] por su parte, explicaba la forma como operaban las medidas provisionales civiles en la práctica de los tribunales españoles antes de la promulgación de la primera ley de enjuiciamiento civil. Así, señalaba que "la retención provisional se pide en todo caso que al acreedor parece conveniente a sus intereses, y acompañando documento público o privado que acredite la deuda, se difiere a ella, *prescindiendo de todo requisito, y de toda consideración a los perjuicios materiales y morales que lleva ordinariamente consigo.* Esta práctica es abusiva, supuesto que extralimita las atribuciones concedidas a los alcaldes. Y no tan solo se suele pedir y acordar la retención simple y provisional, sino que muchas veces se pretende el embargo provisional y los alcaldes tan inconsiderados como los solicitantes le acuerdan sin comprender todo el valor de sus actos y la incompetencia para decretarlos. También algunas veces los jueces de primera instancia suelen admitir pretensiones de ese género, y prevén embargos o retenciones provisionales, señalando un plazo para acreditar que se ha intentado el medio de la conciliación.

[273] *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil,* t. IV, Madrid, 1856, pp. 131 y 132.

[274] *Elementos...,* ob. cit., pp. 194 y 195. (El destacado es nuestro).

[275] *Lecciones de práctica forense,* 2ª ed., Madrid, 1853, pp. 40-42.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Todos estos son abusos que conviene cortar de raíz para impedir la consumación de perjuicios incalculables".[276]

4.6. Se aprecia que estamos en presencia no sólo de una reglamentación muy elemental, sino que, además, daba lugar a enormes abusos en el foro español, ya sea en relación con los mínimos requisitos que exigían los tribunales al momento de conceder una de estas medidas, tanto que en muchas ocasiones era suficiente con una información sumaria de testigos o con la sola palabra del actor, ya sea en relación con los mínimos resguardos que al respecto se adoptaban en los tribunales españoles. Al respecto, MANRESA y REUS apuntaban que en "la práctica antigua se decretaban con frecuencia los embargos preventivos por el mero dicho del que se suponía acreedor, sin justificación alguna de la deuda, y sin otra garantía que la de practicarse de cuenta y riesgo del que los solicitaba; garantía ilusoria las más de las veces, e insuficiente para indemnizar al que sin razón era privado de la facultad de disponer de sus bienes, con mengua de su crédito, y con vejaciones y perjuicios considerables".[277]

Como se aprecia, había perfecta coincidencia en la doctrina decimonónica española en cuanto a los abusos que los tribunales españoles cometían en materia de medidas provisionales con anterioridad a 1855. Continuaba, HERNÁNDEZ DE LA RÚA, analizando las condiciones que los jueces españoles exigían en materia civil para conceder una medida provisional: "Fijemos los requisitos que son indispensables para que pueda acordarse la retención provisional: preténdese por medio de esta asegurar que no desaparecerán los bienes de un deudor, y que las diligencias de su acreedor no sean ilusorias, y por consiguiente para asegurarla es necesario: 1º. que conste sumariamente la certeza del crédito que ha de reclamarse después; 2º. que se pida la retención antes de haberse celebrado el juicio de conciliación; y 3º. que haya fundado temor de que el deudor intenta ocultar los efectos". Para inmediatamente adicionar: "Siendo esencial la justificación sumaria del crédito que ha de reclamarse, infiérese: 1º. que el acreedor necesita acompañar al escrito por el que solicita la retención, a lo menos un vale privado en el que resulte la causa de deber; 2º. que ha de solicitarse de cuenta, cargo y riesgo

[276] Ídem, pp. 40 y 41. (El destacado es nuestro).

[277] *Ley de enjuiciamiento civil, comentada y explicada,* Madrid, 1861 t. IV, p. 244. Por su parte HERNÁNDEZ DE LA RÚA señalaba que el acreedor de mala fe "pedía una retención provisional que el alcalde indiscreto la autorizaba, *aunque no se presentare documento alguno que legitimare el crédito* [...]". *Comentarios...*, ob. cit., t. IV, p. 132. (El destacado es nuestro).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

del acreedor, el cual se compromete a satisfacer o reintegrar los daños y perjuicios al acreedor [*sic*], siempre que los cause y resulte improcedente la reclamación; 3º. que no pueden admitirse informaciones de testigos para justificar los créditos que han de reclamarse; 4º. que el crédito que dé ocasión a la retención se halle ya vencido y pueda ser objeto de una reclamación inmediata".[278]

Obsérvese la temprana claridad que mostró el autor en relación con el elemento objetivo que habilita para solicitar una medida de seguridad, a saber, que *conste sumariamente la certeza del crédito,* de lo cual deducía que *el acreedor necesitaba acompañar al escrito por el que solicitaba la retención a lo menos un vale privado en el que resulte la causa de deber;* y que *no pueden admitirse informaciones de testigos para justificar los créditos que han de reclamarse;* esta última observación, sin duda, como una crítica a la práctica abusiva de los tribunales que, ya hemos visto, solían conceder una medida provisional con la sola declaración de testigos.[279]

Concluía HERNÁNDEZ DE LA RÚA señalando que "supuesto que la retención *es un mal necesario* en ciertos casos se consiente en ellos por evitar otro mayor, dedúcese: 1º. que sólo puede acordarse a instancia de parte cuando se tema con fundamento que el deudor sustraiga los efectos que sean objeto de la demanda, o si esta es personal, los que pudieren servir para reintegrar con su importe al acreedor; 2º. que cuando el deudor sea de conocida responsabilidad no puede accederse a la retención, salvo si se tratase de la reclamación de una especie y hubiera fundados temores de que se la sustraiga".[280] El autor muestra total claridad en relación con lo que en el siglo XX

[278] Ídem, p. 41.

[279] ORTIZ DE ZÚÑIGA, por su parte, refiriéndose a las formalidades que en materia civil exigían los tribunales para decretar el embargo preventivo, señalaba: "En los negocios comunes *la práctica generalmente adoptada no exige para proceder a este embargo, la completa justificación del crédito que lo motiva: basta sólo acreditar de un modo insuficiente,* para que se decrete de *cuenta y riesgo del acreedor,* esto es, *quedando este responsable de los daños y perjuicios que se causen al deudor* en la ejecución de esta diligencia provisional, sino se presentan después de realizada, *documentos o datos seguros para fundamentar el juicio ejecutivo,* o si se embargan bienes que no sean de su propiedad". *Elementos...*, ob. cit., p. 65. (El destacado es nuestro). La coincidencia de opiniones entre los autores citados es total, y ORTIZ DE ZÚÑIGA estaba en la razón cuando señalaba que no era necesario en estos embargos provisionales justificar completamente el crédito, bastando una *acreditación insuficiente,* esto es, en términos actuales una acreditación probable, *prima facie.* Lamentablemente el legislador español de 1855 no comprendió del todo esta situación, y, en verdad, tampoco el de 1881, lo cual se traducirá en desastrosas consecuencias para el desarrollo de la tutela cautelar en España.

[280] Ídem, pp. 41 y 42.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

será una de las variaciones del *periculum in mora*, es decir, el peligro de infructuosidad, representado por el temor de que desaparezcan los bienes sobre los cuales posteriormente recaerá el cumplimiento de la sentencia. Así, se indicaba que la retención como *mal necesario* que pretende evitar otro mal mayor sólo podría acordarse cuando existía fundado temor de que el deudor sustrayera los elementos objeto de la demanda, y si se trataba de un deudor de conocida responsabilidad, no podía accederse a la retención a menos que se tratare de retener la cosa misma reclamada.

4.7. Debe destacarse, igualmente, que la doctrina española del XIX era completamente consciente de la responsabilidad que asumía el solicitante de una medida provisional. Así, ORTIZ DE ZÚÑIGA señalaba que al conceder la medida bastaba que se acreditara de un modo insuficiente "para que se decrete de *cuenta y riesgo del acreedor*, esto es, *quedando este responsable de los daños y perjuicios que se causen al deudor* en la ejecución de esta diligencia provisional".[281] Cuando más adelante analicemos la evolución de la codificación procesal en Chile, veremos cómo Blest Gana siguió muy de cerca a los autores españoles del siglo XIX al redactar el *Proyecto de Enjuiciamiento Civil de 1871*.

4.8. En resumen, en la práctica los tribunales no exigían en materia civil un título ejecutivo como elemento indispensable para conceder una medida provisional (en materia mercantil luego veremos que sí se exigía, pues la Ley de 1830 expresamente requería la concurrencia de un título que llevare consigo aparejada la ejecución), sino que, por el contrario, se conformaban con una simple información sumaria de testigo o, incluso, con la sola declaración del solicitante de la medida. Esta situación, unánimemente denunciada por la doctrina procesal de la primera mitad del siglo XIX como abusiva y que se apartaba del verdadero espíritu de la ley, va a abonar el camino para el cambio de postura. En efecto, luego veremos que una de las formas de reacción que implementó el legislador civil en contra de los abusos que se cometían en el foro español en aquellos años, en materia de medidas provisionales, fue hacer mucho más exigentes los requisitos de su concesión y limitar su número sólo a la figura del embargo preventivo.

[281] *Elementos...*, ob. cit., p. 65. (El destacado es nuestro). En el mismo sentido, HERNÁNDEZ DE LA RÚA señalaba que la medida se solicita de *cuenta, cargo y riesgo* del acreedor, quien deberá indemnizar todo perjuicio que su accionar irrogue al deudor. *Lecciones...*, ob. cit., p. 41.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

2.2. *Regulación del embargo provisional en la Ley provisional de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 24 de julio de 1830* [282]

4.9. Debe tenerse presente que la primera ley de enjuiciamiento en España no surgió en el ámbito civil sino en el terreno mercantil.[283]

[282] Con anterioridad a esa fecha podemos mencionar entre los principales cuerpos normativos que contuvieron alguna normativa procesal los siguientes: En primer término la Constitución de Cádiz de 1812, que en su título 5º sancionó la independencia absoluta de la judicatura en la aplicación de las leyes, determinándose que la facultad de aplicar las leyes pertenecía exclusivamente a los tribunales sin que las Cortes y el Rey pudieren ejercer en ningún caso funciones judiciales, ni avocar causas pendientes, ni abrir los juicios fenecidos, pero debiendo los tribunales administrar justicia en nombre del monarca. En su art. 244 sancionó la Constitución Gaditana el principio de la uniformidad procesal para toda España. Como vemos, la Constitución de 1812 consagró algunos principios cardinales que habrían de ejercer gran influencia en la organización de los tribunales y en los procedimientos judiciales españoles. En segundo lugar, el Reglamento de las audiencias y juzgados de primera instancia de 9 de octubre de 1812, que completó la organización judicial con arreglo al título 5º de la aludida Constitución. Un concepto tan peculiar como el de peligro en la demora –cuya construcción doctrinal se la debemos a la doctrina procesal civil italiana de la primera mitad del siglo XX– ya había sido consagrado con extraordinaria claridad en el aludido Reglamento de 1812 que en su artículo 4, del capítulo tercero expresó: "Si la demanda ante el Alcalde conciliador fuese sobre retención de efectos de un deudor que pretenda substraerlos, o sobre interdicción de obra nueva u *otras cosas de igual urgencia*, y el actor pidiese al alcalde *que desde luego provea provisionalmente para evitar el perjuicio de la dilación, lo hará así el alcalde sin retraso, y procederá inmediatamente a la conciliación*". El año 1814 el sistema constitucional español fue derogado quedando sin fuerza legal las reformas antes mencionadas, restituyéndose en toda su vigencia las normas sancionadas para la época anterior. Bajo el trienio liberal (1820-1823) fueron restituidas las disposiciones de la Constitución de 1812 y se alcanzó incluso a aprobar un nuevo Código Penal para el reino de España. Todo quedó nuevamente abolido con el regreso de Fernando VII al poder. "Desgraciadamente las estúpidas y feroces reacciones de 1814 y de 1823 echaron por tierra los principios consignados por los legisladores de Cádiz, declararon nulo lo hecho por las Cortes generales y extraordinarias y por las ordinarias, como *si no hubiesen pasado jamás tales actos y se quitasen de en medio del tiempo*, y restituyeran las cosas al estado que tenían cuando había cesado la forma de gobierno absoluto". GÓMEZ DE LA SERNA, "Estado de la codificación...", pp. 285 y 286.

[283] Según FAIREN las razones por las cuales se estimó necesario acudir provisionalmente a una reglamentación codificada del proceso comercial "emanan de la evolución de las jurisdicciones consulares, propendiendo las cuestiones comerciales a la complicación y precisando de unificación, que no se podía dar bajo el ámbito del proceso civil, todavía fuertemente apegado a una tradición común no escasa en formalismos dilatorios". Agregando que la distancia que hacia 1830 separaban al proceso civil del mercantil "no se había acortado, sino mejor había aumentado [...]; faltaba aún madurez para promover una codificación procesal civil, y más para que esta pudiera absorber el proceso comercial". *"Estudio..."*, ob. cit., p. 67.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

En efecto, el año 1830 se promulgó la Ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, complementaria del Código de Comercio aprobado un año antes.[284]

2.2.1. Reglamentación

4.10. En dicha ley encontramos la primera reglamentación de las medidas provisionales de seguridad que abandona, al menos respecto de obligaciones y derechos procedentes de negocios, contratos y operaciones mercantiles, la normativa contenida en las recopilaciones castellanas. En su título IX, denominado *De los embargos provisionales*, se destinan los arts. 364 a 379 a reglamentar esta institución, señalando los requisitos de procedencia, su objetivo, el modo y la forma de llevarlo a cabo.[285] Según estas disposiciones, podía solicitar esta medida aquel acreedor que estuviere provisto de algún título que llevare consigo aparejada la ejecución. El art. 366 prescribía al efecto: "El acreedor que solicite el embargo provisional ha de presentar con su solicitud el título de su crédito que traiga aparejada ejecución, sin lo cual no se deferirá a ella".[286] Su objetivo era precisamente asegurar el pago de las deudas procedentes de obligaciones mercantiles. Al efecto, prescribía la primera parte del

[284] El referido Código de Comercio, obra del jurista SAINZ DE ANDINO, había dispuesto en su artículo 1219 que "en cuanto al orden de instrucción y sustanciación en todos los procedimientos e instancias que tiene lugar en las causas de comercio, se estará a lo que prescriba el Código de enjuiciamiento, rigiendo entre tanto una ley provisional que promulgaré sobre esta materia". Esa ley provisional fue precisamente la de 24 de julio de 1830, obra del mismo SAINZ DE ANDINO. *Vid.* MIQUEL-REUS, *Código de Comercio español, concordado y anotado*, Madrid, 1855, p. 294. Señalan los referidos autores: "El monarca se había reservado por el art. 1219 del Código, la facultad de publicar una ley provisional, mientras se confeccionaba un Código de Enjuiciamiento: encargó la formación de dicha ley al Sr. Pedro Sainz de Andino [...]. En breve dio concluida su tarea el Sr. Andino, presentando a la aprobación de S.M. la *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio*, redactada en 462 artículos, que comprenden un sistema completo de sustanciación para todos los negocios y causas de comercio en todo género de juicios de que son susceptibles las cuestiones mercantiles, y en todas sus instancias, y S.M. la decretó, sancionó y promulgó como ley general en 24 de julio de 1830". *Código de Comercio...*, ob. cit., p. 352.

[285] Utilizo la obra de los señores MIQUEL-REUS, *Código de Comercio...*, ob. cit., que incorpora íntegramente la ley de enjuiciamiento mercantil de 1830, pp. 348-433. El título IX se encuentra en las pp. 415-417.

[286] Los títulos que traían aparejada la ejecución se encontraban reglamentados en el art. 306 de la misma ley, dentro del título VII denominado *Del procedimiento de apremio*. *Vid.* MIQUEL-REUS, *Código de Comercio...*, ob. cit., p. 404.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

art. 364: "Para asegurar el pago de las deudas procedentes de obligaciones mercantiles se proveerá el embargo provisional de los bienes muebles y efectos de comercio del deudor, concurriendo alguna de las circunstancias siguientes".[287]

4.11. En cuanto a la procedencia del embargo provisional, se establecía incipientemente alguno de los elementos que actualmente calificamos de comunes a este tipo de medidas. Así, se exigía que el deudor fuere extranjero no naturalizado; o que aun siendo español o extranjero naturalizado no tuviere domicilio o en su defecto establecimiento mercantil, o propiedades de arraigo en el lugar donde corresponda demandarle el pago de la deuda; o que se hubiere fugado de su domicilio o establecimiento, o que se hayan advertido en el manejo la ocultación de los géneros y efectos de comercio que tuviere en sus almacenes; o se viere que malvende sus géneros para darlos con precipitación (párrafos 2, 3 y 4 del art. 364). En definitiva, eran todas situaciones que debían concurrir en el deudor y que hacían presumir la eventual frustración de los efectos del juicio si no se adoptaba el embargo solicitado.

4.12. Se intentaba por el legislador, asimismo, hacer lo menos gravoso para el deudor la concesión de esta medida provisional, disponiéndose que el embargo no podía exceder de los bienes que el juez estimare prudentemente suficientes para cubrir el crédito del acreedor (art. 369). Incluso podía el deudor librarse del embargo provisional si al tiempo de su práctica se hacía el pago de la deuda o se daba fianza idónea por el importe de ella. En efecto, prescribía el art. 370: "Si al tiempo de irse a practicar el embargo se hiciere pago de la deuda, o el deudor diese fianza con persona de conocida responsabilidad por el importe de aquélla se sobreseerá en la diligencia".[288]

Cesaban los efectos de este embargo a solicitud del deudor si en el término de treinta días no se trababa sobre los bienes embargados ejecución formal, lo cual se hacía extensivo a la fianza prestada para evitar el embargo provisional. En ambos casos el acreedor quedaba responsable de los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado al deudor (arts. 376, 377 y 379).

Se alzaba el embargo, asimismo, si a instancia del deudor el acreedor no deducía demanda ejecutiva en su contra dentro de los ocho días siguientes a la traba del embargo (art. 378). En este caso, el

[287] *Código de Comercio...*, ob. cit., p. 415.

[288] Ídem, p. 416.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

acreedor quedaba igualmente responsable de todas las costas, daños y perjuicios ocasionados al deudor por la medida (art. 379).

2.2.2. Evaluación

4.13. A la luz de esta incipiente y parcial regulación que efectuó la *Ley de enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio*, conviene resaltar la estrecha vinculación que desde un comienzo surgió entre la figura del embargo provisional o preventivo, y el procedimiento ejecutivo. Obsérvese, en primer término, el emplazamiento del título IX dedicado al embargo provisional, inmediatamente a continuación del procedimiento ejecutivo (título VII) y del de apremio (título VIII), y seguido por el procedimiento relativo a los terceros opositores en los juicios ejecutivos (título X). Es decir, en la primera regulación que se efectuó del embargo provisional en el moderno Derecho español, este quedó, en expresión gráfica, cercado o mediatizado por los procedimientos ejecutivos. De allí que la doctrina española desde un comienzo estudió la figura del embargo provisional prácticamente circunscrita a este ámbito. En este sentido GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, luego de tratar en el tomo II de su obra, título V, el juicio ejecutivo, analizaban en el título VI el procedimiento de apremio en los negocios mercantiles, y en el título VII los embargos provisionales en el comercio, expresando en relación con este último título: "Siendo indispensable para decretar el embargo provisional en negocios mercantiles el que se pida por un acreedor que esté provisto de uno de los títulos que traen aparejada ejecución, *nos ha parecido este el lugar más oportuno para tratar de él*".[289]

Pero la vinculación entre el embargo provisional y el procedimiento ejecutivo no se agotaba sólo en el emplazamiento o ubicación de la medida provisional sino que, en verdad, toda la reglamentación del título IX estaba pensada o estructurada en vista de la futura ejecución.[290] De allí que, en primer término, se exigía que el documento

[289] *Tratado académico forense de procedimientos judiciales*, t. II, Madrid, 1848, p. 52. (El destacado es nuestro). Por su parte, ORTIZ DE ZÚÑIGA en su obra *Elementos de práctica forense* estudiaba dentro del título III, denominado del juicio ejecutivo y de apremio, en el capítulo III, a los embargos provisionales, señalando al respecto: "El *embargo provisional* de bienes muebles o semovientes, *es una precaución que muy comúnmente se usa en los juicios ejecutivos* para evitar que el deudor, ocultando o sustrayendo sus bienes, haga ilusorias las reclamaciones del acreedor". Tomo II, Granada, 1841, p. 65. (El destacado es nuestro).

[290] Obsérvese que a propósito del art. 315 de la Ley de enjuiciamiento mercantil, que trata del mandamiento de ejecución y embargo del juicio ejecutivo, MIQUEL-REUS señalaban que "antes de pedirse y despacharse la ejecución, puede

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

en que se fundaba la solicitud de la medida fuera de aquellos que traían aparejada la ejecución, "sin lo cual no se diferirá a ella"; en segundo lugar, a lo establecido en el art. 375 en cuanto que el juicio ejecutivo sobre el pago de la deuda que hubiera dado ocasión al embargo provisional, se instruiría a continuación de las diligencias obradas en este; "y como este es interino y de *mera precaución*, debe proponerse la ejecución a continuación de aquella en el término de treinta días";[291] y en tercer lugar, que precisamente los efectos del embargo cesaban si a requerimiento del deudor no se entablaba la demanda ejecutiva dentro de los ocho días siguientes al embargo, o si en el plazo de treinta días no se trababa sobre ellos la ejecución despachada con arreglo a derecho.

El vínculo llegaba incluso a tal extremo que el deudor podía librarse del embargo provisional si al tiempo de practicarse se hacía pago de la deuda o se daba fianza idónea. Lo de la fianza, como forma de alzar la medida decretada, no presenta reparo alguno, tanto que se extendió posteriormente a todo tipo de medidas cautelares. Pero lo que no tenía mayor sentido era pagar la deuda para alzar el embargo, si precisamente estábamos frente a un embargo provisional y no frente a uno ejecutivo.[292]

Esta situación fue determinante en la evolución (o en la falta de ella) que en España tuvieron las medidas cautelares, principalmente si se tiene presente que la reglamentación del embargo provisional en la Ley de enjuiciamiento mercantil de 1830 pasará casi íntegramente a la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, y a través de esta, a la de 1881.

tener lugar el embargo provisional de bienes del deudor siempre que concurran las circunstancias marcadas en los arts. 364 y siguientes de la ley". *Código de Comercio...*, ob. cit., p. 407 en nota 1.

[291] ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos...*, ob. cit., pp. 66 y 67. Por su parte MANRESA y REUS, refiriéndose al embargo preventivo de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, señalaban que "concluiremos el presente manifestando que la misma providencia en que se decrete el embargo preventivo, podrá servir de mandamiento para su ejecución, como se hacía en la práctica antigua para evitar dilaciones, y como lo ordena para este mismo caso la Ley de enjuiciamiento mercantil en su art. 368. El juez deberá proveer acto continuo de presentársele la solicitud, pues de otro modo podría frustrarse el objeto del embargo". *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., p. 250.

[292] VICENTE Y CARAVANTES, a propósito de la figura del embargo preventivo, señalaba que "Por lo demás, estos embargos no deben confundirse con los que se efectúan en virtud de la demanda que se presentó promoviendo el juicio ejecutivo, acompañada del correspondiente título que trae aparejada ejecución, pues acerca de ellos existen disposiciones especiales tanto en la anterior como en la nueva legislación, y tanto en la civil como en la mercantil", *Tratado histórico, crítico-filosófico, de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de enjuiciamiento*, t. III, Madrid, p. 373.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

La temprana vinculación del embargo provisional al procedimiento ejecutivo dificultará enormemente su posterior desarrollo. Es cierto que a medida que se vaya avanzando en el transcurso del siglo XIX, según veremos, la estrecha vinculación del embargo preventivo al juicio ejecutivo se irá haciendo más tenue, pero en verdad, nunca logrará una total emancipación.[293]

2.3. *El Reglamento provisional para la administración de justicia de 1835*

2.3.1. Planteamiento

4.14. Pese al enrarecido ambiente que se vivía en aquellos años, producto de la guerra civil que aquejaba a España, en el año 1835 se sancionó el Reglamento provisional para la administración de justicia en lo respectivo a la real jurisdicción ordinaria. Comprendía 107 artículos agrupados en seis diferentes títulos que se ocupaban indistintamente de materias civiles y penales, así como de asuntos procedimentales y de organización de los diferentes tribunales (jueces de paz, jueces letrados de primera instancia, audiencias y tribunal supremo) existentes en España.

Tal y como expresaba el ministro GARCÍA HERREROS en la exposición de motivos que precedía al Proyecto:

> La administración de justicia es una de las primeras necesidades del reino, y si bien para mejorarla han hecho ya mucho la constante solicitud de V.M. y el celo de los ministros que me han precedido, todavía queda mucho por hacer hasta que logremos ver aplicado el remedio radical y más completo que cabe con el establecimiento de los nuevos códigos, cuya preparación ha merecido y merece a V. M. tantos desvelos. Agregando seguidamente los objetivos que se perseguían con la ley: facilitar la justicia para todos, asegurar las legítimas defensas a los criminales procesados, [...]; restablecer en su debida observancia los sencillos trámites y los términos que las leyes prescriben para los juicios; simplificar los procedimientos cuanto es compatible con la justicia donde ellas no los tienen bien determinado; aumentar los medios para el pronto despacho de los negocios; procurar el mayor acierto a las resoluciones judiciales; multiplicar, en fin, los remedios contra cualquier agravio, morosidad o abuso: tales son, Señora, los fines que principalmente me he propuesto, y cuyo logro en beneficio público es mi más ardiente deseo.[294]

[293] Incluso ello se mantendrá en la nueva LEC de 8 de enero del 2000 que regula las medidas cautelares en el Libro III, denominado *De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares*.

[294] Gaceta de Madrid, Nº 281, sábado 3 de octubre de 1835.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Pero al decir de FAIRÉN, este reglamento "constituyó solamente una "reparación" más en el edificio procesal español; presidido de principios muy loables de aplicación inmediata para corregir abusos [...], pero sin poder llegar a resolver, a través de la conservación de la estructura general del proceso, los problemas que, aunque fuera "provisionalmente" –hasta que se procediese a una verdadera codificación– se planteaban".[295]

2.3.2. Medidas provisionales

4.15. En relación con las medidas provisionales de seguridad y como una forma de atemperar los enormes abusos que se observaban en la práctica del foro de aquel tiempo, se contempló en el reglamento una disposición a este respecto. Así, en el artículo 27 dentro de la sección I del capítulo segundo denominado *De los jueces y juicios de paz, actos de conciliación y de los alcaldes de los pueblos como jueces ordinarios*, se estableció en términos generales que "si la demanda ante el juez de paz fuere sobre retención de efectos de un deudor que intente sustraerlos, o sobre algún otro punto de igual urgencia, y el actor pidiere a dicho juez *que desde luego provea provisionalmente para evitar los perjuicios de la dilación*, lo hará este sin retraso, y procederá inmediatamente al juicio de paz".[296]

Por su parte, en el art. 32 en la sección II del aludido capítulo, relativo a los alcaldes y tenientes de alcalde como jueces ordinarios,

[295] *"Estudio..."*, ob. cit., p. 76. En el referido reglamento, según explica VICENTE Y CARAVANTES, se "transcribieron varias de las disposiciones del título 5º de la Constitución de 1812; y del antiguo reglamento de 9 de octubre de las Cortes de aquel año; se renovó la observancia de las leyes recopiladas, estableciéndose uniformidad entre ellas, y aclarándolas y corrigiéndolas, y aboliendo otras leyes y prácticas antiguas que no estaban en consonancia con los principios políticos del nuevo régimen de gobierno", *Tratado...*, ob. cit., t. I, p. 93.

[296] Gaceta de Madrid, Nº 283, lunes 5 de octubre de 1835. (El destacado es nuestro). Se recordará que esta disposición viene del Reglamento de 1812, el cual en el capítulo tercero, *De los alcaldes constitucionales de los pueblos*, artículo 4 señaló: "Si la demanda ante el Alcalde conciliador fuese sobre retención de efectos de un deudor que pretenda substraerlos, o sobre interdicción de obra nueva u otras codas de igual urgencia, y el actor pidiese al alcalde que desde luego provea provisionalmente para evitar el perjuicio de la dilación, lo hará así el alcalde sin retraso, y procederá inmediatamente a la conciliación". Obsérvese como ya en 1812 se consagró en un texto positivo español con toda claridad lo que posteriormente sería elevado por la doctrina italiana como el elemento más característico de las medidas cautelares, a saber, el peligro en la demora (*periculum in mora*).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

se dispuso lo siguiente: "Conocerán también como jueces ordinarios los alcaldes y los tenientes alcalde de los pueblos en todas las diligencias judiciales sobre asuntos civiles, hasta que lleguen a ser contenciosos entre partes, en cuyo caso deberán remitirlas al juez letrado de primera instancia; *y aun podrán a solicitud de parte conocer en aquellas diligencias, que aunque contenciosas sean urgentísimas, y no den lugar a acudir al juez letrado, como la prevención de un inventario, la interposición de un retracto, y otras de igual naturaleza, remitiéndolas a dicho juez evacuado que sea el objeto en aquella parte que la urgencia requiera*".[297]

En opinión de GÓMEZ DE LA SERNA, quien fue uno de los principales impulsores del proceso codificador español, el Reglamento provisional para la administración de justicia "saliendo al encuentro de las divergencias de la antigua práctica, que en unas partes acordaba con extrema ligereza los embargos y en otra los negaba, a pesar de que estaban plenamente justificados, estableció como regla general que tuviera lugar la retención provisional de bienes de un deudor en la cantidad necesaria para cubrir el importe de lo que debía, en el caso de que existieran motivos para creer que trataba de sustraer los bienes, o en de exigirlo una causa urgente". Observando que "la generalidad con que estaba redactada esta disposición, hacía que en su aplicación dependiera por la mayor parte del prudente arbitrio de los juzgadores, que sin responsabilidad ninguna legal podían decretar o negar los embargos provisionales".[298] En el mismo sentido se pronunciaba HERNÁNDEZ DE LA RÚA, quien señalaba que "el Reglamento provisional permitió también que el acreedor pidiese la retención provisional de bienes del deudor, suficientes a cubrir el importe de la deuda; pero sólo en el caso de existir motivos para creer que el deudor intenta sustraer los bienes, o cuando por

[297] Gaceta de Madrid, Nº 283, lunes 5 de octubre de 1835. (El destacado es nuestro). El origen de esta disposición también lo encontramos en el Reglamento de 1812. En efecto, allí se encontraba dividido en dos artículos. Por un lado, el art. 6º del capítulo tercero dispuso: "Conocerán también los alcaldes de los pueblos en todas las diligencias judiciales en asuntos civiles hasta que lleguen a ser contenciosas entre partes; en cuyo caso las remitirán al juez de partido". Por el otro, el art. 7º del referido capítulo señaló: "Podrán asimismo conocer a instancia de parte en aquellas diligencias que aunque contenciosas son urgentísimas, y no dan lugar a acudir al juez de partido, como la prevención de un inventario, la interposición de un retracto y otras de esta naturaleza, remitiéndolas al juez evacuado que sea el objeto".

[298] *Motivos de las variaciones...*, ob. cit., p. 172. FAIREN, a este propósito se limita a decir que en el Reglamento provisional de 1835, "los procesos cautelares aparecen aún más descuidados". *"Estudio..."*, ob. cit., p. 76.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

otra causa urgente sea indispensable adoptar una medida de esta especie".[299]

4.16. Como se aprecia, el reglamento provisional que contenía 107 artículos solo destinó dos a las medidas urgentísimas, disposiciones que, por otra parte, aparecen aisladas e inconexas del resto de la normativa. Se puede comprender que bajo estas circunstancias resultara imposible poner término, ni siquiera aminorar, los excesos y arbitrariedades que en esta materia se realizaban por esos años. De ahí que MANRESA y REUS observaren que los abusos y perjuicios que en materia de embargos provisionales se cometían, no habían encontrado un remedio en la legislación común, pues "aunque el art. 27 del Reglamento provisional para la administración de justicia se ocupó de esta materia, *lo hizo por incidencia*, y sólo con el fin de autorizar a los jueces de paz para que pudiesen decretar la retención de efectos de un deudor que intentara sustraerlos, procediendo inmediatamente a celebrar el juicio de conciliación".[300]

2.4. *La Instrucción del Marqués de Gerona: antecedente inmediato de la primera Ley de enjuiciamiento civil en España*

4.17. A pesar de una serie de reformas que se fueron realizando en materia de Administración de justicia por aquellos años,[301] lo cierto es que esta continuaba siendo muy deficiente en España y en materia de medidas provisionales, no obstante los esfuerzos realizados por el legislador de 1835 de terminar con los abusos y perjuicios que se cometían, "ninguna novedad se introdujo en el fondo, antes bien, dando por supuesta la jurisprudencia que permitía los embargos pre-

[299] *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, t. IV, Madrid, 1856, p. 132.

[300] *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., t. IV, p. 242. (El destacado es nuestro).

[301] Entre ellas cabe mencionar: la Constitución de 1837 que contenía disposiciones de gran interés en el área procesal; reiterando la idea de que unos mismos códigos regirían en toda la Monarquía y en ellos no se establecería más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales. La ley especial de 10 de enero de 1838 se estableció un procedimiento breve y expedito para los pleitos de menor cuantía. Al decir de MONTERO AROCA, estamos aquí ante un intento real de introducir un juicio plenario rápido, pues las características que inspiraban este procedimiento eran: oralidad, concentración, inmediación, publicidad, impulso de oficio, todos los plazos se declaraban perentorios e improrrogables. *Vid. "Juicio crítico..."*, ob. cit., p. 161. Más tarde, el año 1844 se publicó el Reglamento de juzgados y un año después se sancionaron las Leyes orgánicas que regularon la jurisdicción administrativa con absoluta separación de lo judicial.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ventivos, aumentó el mal con la facultad que concedió a los alcaldes o jueces de paz para decretarlos hasta en las cabezas de partido, sin la obligación de exigir garantía alguna al supuesto acreedor".[302]

Los cambios en la situación política española influirán decisivamente en el nacimiento de la primera Ley de enjuiciamiento civil en España. En septiembre de 1853 se publica por el Gobierno de Sartorius la Instrucción del procedimiento civil con respecto a la real jurisdicción ordinaria, conocida también como la Instrucción del Marqués de Gerona, que "alteró una vez más el orden en que la codificación española hubiere debido progresar [...]. La necesidad de proveer de una vez a remediar los males que aquejaban al ya muy remendado sistema procesal civil, puede servir de atenuante".[303]

4.18. Las bases fundamentales de la Instrucción –según observa PRIETO CASTRO– fueron: "principio de impulso oficial, adopción de medidas sobre urgencia del procedimiento y supresión de trámites, principio de concentración, principio de publicidad y aumento de los poderes directivos del juez".[304] No obstante lo anterior, lo cierto es que la Instrucción no contuvo ninguna referencia a algún tipo concreto de medidas provisionales de seguridad, las que al tenor de lo dispuesto en su disposición final,[305] continuaron rigiéndose

[302] MANRESA y REUS, *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., t. IV, p. 242.

[303] FAIREN, "Estudio...", ob. cit., p. 91. Se observaba por los directores de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, señores MIQUEL-REUS, que "después de algunos años de marasmo y de inacción, el departamento de Gracia y Justicia ha inaugurado una actividad desconocida hasta ahora. A los pocos días de haber tomado posesión el señor ministro del ramo, hemos visto aparecer en el periódico oficial decretos de la mayor importancia, no tanto por las consideraciones que le preceden, cuanto por las reformas que introducen [...]. Cúmplenos hoy hacernos cargo de la *Instrucción sobre el procedimiento civil*, que ha tenido el privilegio de absorber por completo la atención pública, deteniendo por algunos días el curso de la política palpitante para dar cabida al examen de un documento, que indudablemente formará época en la historia de nuestras instituciones judiciales". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, 1853, p. 168. La instrucción provisional íntegra y la exposición de motivos se encuentran publicadas en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. II (1853), pp. 172-186.

[304] "La instrucción del Marqués de Gerona para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto a la real jurisdicción", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Número extraordinario conmemorativo del centenario, segunda época, t. XXV (1953), p. 119.

[305] Disposición final: "Quedan en toda su fuerza y vigor las leyes y disposiciones de derecho que arreglan el procedimiento en todo aquello que no sea objeto de las disposiciones de la presente instrucción, que será puntualmente observada por todos los tribunales y juzgados ordinarios". En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, 1853, p. 186. Observa MANRESA, que "no siendo esta [la instrucción], como no lo es, un código completo de procedimientos, era de absoluta necesidad este mandato, porque quedan grandes vacíos que sólo pueden llenarse acudiendo a la legislación anterior". *Reformas judiciales del Excmo. Señor Marqués de Gerona*, Madrid, 1853, p. 206.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

en materia civil por las antiguas recopilaciones castellanas y por la aislada disposición del reglamento provisional de 1835. Tampoco contuvo la referida Instrucción disposición alguna relativa a medidas provisionales indeterminadas que hubieran ampliado el campo de actuación de los tribunales españoles.

4.19. Lo anterior no hace sino reafirmar una idea expresada con anterioridad: durante el siglo XIX las medidas provisionales de seguridad no tuvieron ni remotamente la importancia que hoy muestran en la tramitación de un juicio, ni fueron pensadas como una forma de paliar la irritante lentitud de los juicios provocada por los innumerables y largos plazos, y por la superabundancia de diligencias inútiles que caracterizaban al proceso civil español de aquellos años, y que precisamente la Instrucción de 1853 pretendió combatir.[306]

Vista la enorme polémica que desató la publicación de la Instrucción y el enorme desasosiego que produjo en las personas del foro, no debemos olvidar que fue determinante en la materialización de la primera Ley de Enjuiciamiento Civil en España.[307] Sin ir más lejos la

[306] Justamente una de las críticas que VICENTE Y CARAVANTES señalaba era que al redactarse la Instrucción "sólo se atendió a establecer la brevedad en los litigios, aunque para esto quedaran desatendidas las aspiraciones de la conciencia pública y las justas exigencias del interés privado". *Tratado...*, ob. cit., t. I, p. 97. Críticas que en forma similar ya se habían vertido a la ley de 1838 sobre juicios de menor cuantía. Así, el propio VICENTE Y CARAVANTES expresaba: "Por otra ley especial de 10 de enero de 1838, se estableció un procedimiento breve y expedito para los pleitos de menor cuantía. En esta ley se reformaron varias de las disposiciones contenidas en el reglamento provisional para la administración de justicia [...]; *pero a veces por querer abreviar los trámites atendiendo a la conveniencia de terminar estos pleitos brevemente, se sacrificaron las reglas de la defensa y de la justicia*". Ídem, pp. 94 y 95. (El destacado es nuestro).

[307] Al decir de PRIETO CASTRO, la instrucción sólo interesa (¡y vaya que no es poco!) porque inauguró la edad nueva de la legislación procesal en España. "Sin ella no sabemos cómo ni cuándo hubiese aparecido la Ley de Enjuiciamiento Civil que inmediatamente le siguió en 1855 y fue el anticipo, casi inalterado, de la vigente de 1881". "La instrucción...", p. 127. Por su parte, en la discusión de la ley de bases para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, el Ministro de Gracia y Justicia de aquel entonces, Sr. Álvarez Bugallal, defendiendo el proyecto del Gobierno, señalaba: "¿No recuerdan los señores senadores un período no muy lejano de nuestra historia, en que un célebre jurisconsulto, uno de los nombres

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

finalidad que perseguía la instrucción –al parecer no comprendida del todo en aquellos apasionados años– era corregir aquellos vicios susceptibles de fácil reforma, "que el gobierno debe acometer desde luego", porque la legislación española "si bien imperfecta, está muy distante de ser absurda". No pretendió la referida Instrucción sino ser un urgente paliativo, porque "no es posible [...], que siendo tan urgente el mal, deje de aplicársele instantáneamente algún remedio, siquiera no sirva para otra cosa que para disminuir o calmar su intensidad".[308] Por decreto de 18 de agosto de 1854 se suspendió la observancia de la Instrucción de 1853, y se ordenó que los tribunales y juzgados se atemperaran en la sustanciación sucesiva de los pleitos pendientes y de los que se suscitaran, a lo que prescribían las leyes recopiladas y demás disposiciones vigentes con anterioridad a dicha Instrucción.

4.20. Los principales detractores de la Instrucción rápidamente habrían de retomar el protagonismo que en materia codificadora habían perdido por la actuación de un solo hombre.[309] Así, muy pronto un nuevo gobierno presentaría a las Cortes constituyentes un proyecto de ley pidiendo autorización para ordenar y compilar bajo ciertas bases las leyes y reglas del enjuiciamiento civil. En el preámbulo de dicho proyecto se señalaba: "La revisión de las leyes que ordenan los procedimientos de los juicios civiles, es una necesidad generalmente reconocida. Formadas en diferentes épocas, y esparcidas en los códigos y colecciones legales de los seis últimos siglos, carecen de unidad, de precisión y de claridad; condiciones indispensables en todo buen sistema de procedimientos. Oscurecidas frecuentemente por vicios de la práctica; derogadas en parte por costumbres que han llegado a tener fuerza de ley, suplidas por las doctrinas de los tratadistas, y completadas por los usos del foro, inciertos y discordantes a las veces, presentan dificultades graves para su estudio, para su apreciación actual y para su aplicación. Esto sería por solo motivo suficiente para revisarlas".[310]

Agregando, a renglón seguido, el pensamiento del Gobierno de respetar las venerables leyes que hasta entonces regían en España: "Esta revisión no ha de ser, en concepto del gobierno, la destrucción de los fundamentos venerables sobre que descansa la obra secular de nuestras instituciones procesales. Su objeto, por el contrario, debe ser dar nueva fuerza a los principios cardinales de las antiguas leyes, principios basados en la ciencia, incrustados por más de veinte generaciones en nuestras costumbres, aprendidos como tradición hasta por las personas ignorantes del derecho, y con los cuales pueden desenvolverse con sobrada anchura todos los progresos, todas las reformas convenientes. Así al mismo tiempo que se da un tributo de debido respeto a las generaciones que pasaron, no se renuncia a lo que la época actual exige justamente. *La obra de hoy, más que la destrucción de lo antiguo, será la de su reparación, será la extinción de los abusos que, a la sombra de los principios más santos del derecho y de las doctrinas científicas más depuradas, pueden haberse introducido; será el complemento de lo que hoy se considera necesario, atendidas las circunstancias de los tiempos que alcanzamos*".[311]

La aprobación de esta ley con sus respectivas bases se produjo después de un breve e intenso debate en las cortes.[312] El Gobierno quedaba, en consecuencia, autorizado para reformar, enmendar y suplir lo que faltara en las leyes de procedimiento, ajustándolas a lo que la ciencia y experiencia aconsejan, y formando un cuerpo compacto y uniforme, con la obligación de "dar cuenta a las Cortes de lo que hiciere en cumplimiento de esta ley".[313] Se nombró al

más gloriosos de nuestra época, hizo [...] en la forma modesta de [una] instrucción, una reforma acerca del procedimiento? Estoy seguro que a vuestra memoria acude el nombre respetable del Marqués de Gerona. Pues bien, aquella instrucción (contra la cual se levantó un gran clamor en el foro tradicional de aquel tiempo, un movimiento de opinión acaudillado y dirigido por letrados procedentes de la escuela que se llamaba entonces progresista) entrañaba un espíritu de reforma tan fecundo, tan útil y necesario y reclamado por la opinión que se impuso a sus propios adversarios, y dos años después, en 1855, los principales principios que informaban la instrucción de 1853 vinieron a ser impuestos por la opinión pública". *Diario de sesiones de Cortes, Senado,* legislatura 1879-1880, t. III, Madrid, 1880, sesión Nº 103, p. 1.496.

308 MARQUÉS DE GERONA, en Revista..., ob. cit., p. 173.

309 Escribían MIQUEL y REUS, directores de la Revista de Legislación y Jurisprudencia el año 1855, lo siguiente: "Nosotros, que desde que comenzamos esta publicación, hemos pedido una y mil veces la reforma de nuestra legislación; que hemos seguido paso a paso las tareas de la comisión reformadora de la instrucción de 30 de septiembre; que combatimos, no el pensamiento, siempre laudable, sino los detalles y la manera como un ministro emprendedor trató de llevar a cabo por sí solo la reforma de nuestro procedimiento [...]". Revista de Legislación y Jurisprudencia, t. VI (1855), p. 98.

310 Preámbulo del proyecto de ley, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. VI, (1855), p. 99.

311 Ídem, p. 99. (El destacado es nuestro).

312 Sobre esto *vid.* Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. VII, (1855), pp. 311-436, donde se reproduce íntegramente la discusión del proyecto al interior de las Cortes.

313 La referida ley, sancionada el 13 de mayo de 1855, fue concebida en los siguientes términos: "Artículo 1º. El gobierno procederá inmediatamente a orde-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

efecto una comisión para desarrollar las ocho bases sancionadas en la ley y a las cuales hubo de someter su trabajo; dentro de ellas se intentó realizar mejoras y progresos interesantes.[314] La referida comisión trabajó durante cuatro meses y medio, y su proyecto de ley, elevado al gobierno el 1 de octubre de 1855, mereció la sanción real el 5 de octubre de 1855, naciendo de este modo la primera Ley de enjuiciamiento civil española.

3. La Ley de enjuiciamiento civil de 1855

4.21. Con su entrada en vigor el 1 de enero de 1856 se puso, al decir de Alcalá-Zamora "un poco de orden, nada más que un poco, en materia procesal".[315] Con ella quedaron derogadas todas las antiguas leyes consagradas en las grandes recopilaciones castellanas.[316]

nar y compilar las leyes y reglas del *Enjuiciamiento civil* con sujeción a las siguientes bases: 1ª. Restablecer en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios consignadas en nuestras antiguas leyes, introduciendo las reformas que la ciencia y la experiencia aconsejan, y desterrando todos los abusos introducidos en la práctica. 2ª. Adoptar las medidas más rigurosas para que en la sustanciación de los juicios no haya dilaciones que no sean absolutamente necesarias para la defensa de los litigantes y el acierto de los fallos. 3ª. Procurar la mayor economía posible. 4ª. La prueba será pública para los litigantes, que tendrán el derecho de presentar contrainterrogatorios. 5ª. Que las sentencias sean fundadas. 6ª. Que no haya más de dos instancias. 7ª. Facilitar el recurso de nulidad cuanto sea necesario para que alcancen cumplida justicia todos los litigantes y se uniforme la jurisprudencia en todos los tribunales, consultando siempre el orden jerárquico de estos. 8ª. Hacer extensiva la observancia de la nueva ley a todos los tribunales y juzgados, cualquiera que sea su fuero, que no la tengan especial para sus procedimientos. Artículo 2º. El gobierno dará cuenta a las Cortes de lo que hiciere en cumplimiento de esta ley". *Vid.* Lasso Gaite, *Crónica...*, ob. cit., t. 2, p. 62.

[314] "La comisión, pues, no podía deslizarse por el vasto e ilimitado campo de las teorías para formar un Código, que en fuerza de la novedad estableciera un procedimiento en poco o en nada semejante al conocido en nuestros tribunales". Hernández de la Rúa, *Comentarios a la ley...*, ob. cit., p. X. En el mismo sentido, *vid.* Nogués Secall, *Tratado de práctica...*, ob. cit., p. 101.

[315] "Notas...", ob. cit., p. 217.

[316] El art. 1415 prescribió que quedaban derogadas todas las leyes, reales decretos, reglamentos, órdenes y fueros en que se hayan dictado reglas para el enjuiciamiento civil. Utilizo la obra denominada *Novísima ley de enjuiciamiento civil y mercantil, para España y ultramar*, bajo la redacción del consultor de los ayuntamientos y de los juzgados municipales. Madrid, 1879, p. 372. En sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1875 se señaló que "La Ley 2ª, tít. 10, Part. 3ª, como todas las del procedimiento, está revocada explícita y directamente por la de enjuiciamiento civil". Ídem, p. 372.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Se encontraba dividida en dos partes y estas, a su vez, en títulos y secciones. La primera de ellas, dedicada a la jurisdicción ordinaria, contenía veinticinco títulos, y la segunda, dedicada a la jurisdicción voluntaria, comprendía otros trece. En general las opiniones críticas vertidas a raíz de su publicación fueron favorables a ella. Así, Hernández de la Rúa expresaba:

> Por esa causa el nuevo Código, sentando reglas precisas, claras y concisas, bajo un sistema progresivo de articulación ha simplificado el texto, ha facilitado el estudio de sus disposiciones, ha despojado a la ley de la difusión que la hacía pesada y enojosa, sin omitir ninguna de sus partes esenciales, de tal modo, que sus preceptos y sus reglas están al alcance de todas las personas, aun de las que no sean peritas en el derecho. La juventud que en adelante se dedique al estudio de la jurisprudencia, no tendrá que fatigarse en recorrer las infinitas páginas de los cuerpos del Derecho para conocer las disposiciones que rigen en el procedimiento civil; no tendrá que ordenarlas para ponerse al corriente de las reglas que ha de observar en un juicio dado; ni mucho menos se expondrá, como hasta nuestros días ha sucedido, a incurrir en grave error, perjudicial a su reputación, y a los intereses de la parte por no tener noticia de una ley, inserta en una disposición cualquiera referente a una materia dada en otro tratado a que no correspondía, o con el que al menos tenía ligera reputación.[317]

Sin embargo, aun sin desconocer la importancia que tuvo esta ley, sobre todo por haber puesto término al inorgánico estado del derecho procesal español de aquellos años, con multitud de fuentes y leyes, así como por haber sido reproducida en una buena parte en la Ley de 1881 y haber tenido notable influencia en la codificación de los países hispanoamericanos, lo cierto es que en 1855 –como observa Alcalá-Zamora– se debió y se pudo avanzar muchísimo más

[317] *Comentarios...*, ob. cit., p. XII. *Vid.*, asimismo, Lasso Gaite, *Crónica...*, ob. cit., t. 2, pp. 76 y 77, donde se recogen una serie de opiniones favorables a la ley. Por su parte, Vicente y Caravantes si bien resalta el hecho de que en general la ley restableció en su plenitud las reglas cardinales contenidas en las antiguas leyes, incorporando acertadas disposiciones, también critica la incorporación de otras que ofrecen desventaja, o son inconvenientes o peligrosas, y como defecto más notable el hecho de advertirse "importantes omisiones". *Tratado...*, ob. cit., t. I, pp. 96 y ss. Del mismo modo Manresa y Reus, después de elogiar la ley por haber dado a los procedimientos la organización de que antes carecían, acotaban: "Pero en medio de estas ventajas que ofrece la nueva Ley, y de la bondad intrínseca que encierran por lo general sus disposiciones, es sensible que se encuentren algunas modificaciones peligrosas; que se haya dejado demasiada latitud en algunos términos y actuaciones, limitándose otros de una manera inconsiderada, especialmente los que se refieren a los jueces para dictar ciertas providencias, que se haya descuidado el tecnicismo legal y que su redacción sea en muchos casos ambigua y difusa; que no haya habido más cuidado en la distribución de los títulos y en su articulación [...]; y finalmente, que adolezca de notables vacíos, defecto el menos disculpable de todos los de la nueva Ley de enjuiciamiento". *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., p. XXII.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de lo que se hizo en el camino de la codificación procesal. "Porque la Ley de 1855 no es, desde luego, una mera *Recopilación* de normas procesales, pero acaso se aparte todavía más de lo que debe ser un auténtico *Código* y se quede en una postura intermedia que el legislador de 1879 acertó a llamar *Compilación general de disposiciones vigentes sobre enjuiciamiento criminal*".[318]

3.1. *Regulación de las medidas provisionales de seguridad en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*

3.1.1. Planteamiento

4.22. El caótico estado de las medidas provisionales en aquella época con los constantes excesos que se cometían en la práctica diaria de los tribunales, tal cual hemos adelantado, será determinante en la regulación que del embargo preventivo realizará el legislador de 1855. Refiriéndose a esta situación, MANRESA y REUS señalaban que "en estas leyes [Partida 1ª y 3ª y Ley 66 de Toro] debiera sin duda haberse fijado la jurisprudencia para establecer la doctrina relativa a embargos preventivos: de ellas se infiere que el legislador tuvo el intento de sujetar esta medida a reglas ciertas, fundadas en las circunstancias de la persona contra quien se procedía, en las condiciones de la cosa que se reclamaba, y en la prueba del crédito que había de motivar el procedimiento. Sin embargo, es preciso reconocer que, separándose aquella la más veces del espíritu de la ley, se halla discorde en este particular, ya acordando *embargos, retenciones* y aun

318 *"Notas..."*, ob. cit., p. 219. En este aspecto, pesó demasiado la primera parte de la base primera de la ley de 13 de mayo de 1855, que ordenaba tomar como punto de partida el restablecimiento en toda su fuerza de las reglas cardinales de los juicios consignadas en las antiguas leyes castellanas. Observa el mismo autor que "con pie forzado de restaurar los preceptos procesales de las antiguas leyes, aspiración que no se justifica por el propósito de eliminar las prácticas viciosas, porque estas habrían desaparecido con mayor rapidez con un Código de orientación renovadora, la Comisión que redactó el proyecto se preocupó mucho más de cumplir la primera parte de la base aludida, o sea, de restablecer las disposiciones tradicionales, que no de la segunda, es decir, de introducir las reformas que la ciencia y la experiencia aconsejan, y de desterrar los abusos de la práctica". Idem, pp. 219 y 220. Por su parte, MONTERO AROCA observa que "la orientación conservadora se manifestó especialmente en el juicio de menor cuantía. Los principios informadores de este en la ley de 1838 (oralidad, concentración, inmediación, impulso de oficio, plazos improrrogables) fueron abandonados. Todo se sacrificó al juicio de mayor cuantía, al que se llegaba a considerar modelo envidiado en el resto de Europa". *"Juicio..."*, ob. cit., p. 163.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

prohibiciones de enajenar con una ligereza extrema, ora negándolos a pesar de las justas razones conque se pedían, *quedando todo pendiente del arbitrio de los jueces, los cuales sin responsabilidad alguna legal solían resolver lo que estimaban más conforme*".[319]

Por su parte, HERNÁNDEZ DE LA RÚA expresaba que "excusado será que con ejemplos prácticos demostremos los abusos infinitos que en esta materia tuvieron que lamentarse; porque nadie que conozca las prácticas del foro en los últimos tiempos, dejará de haber presenciado que el acreedor de mala fe, por el solo deseo de causar un daño en la reputación del deudor arraigado, pedía una *retención provisional;* que el alcalde indiscreto la autorizaba, aunque no se presentare documento alguno que legitimare el crédito; que una vez acordada la retención, continuaba por tiempo indefinido [...]; y finalmente, que eran aquellas un recurso a que con frecuencia se acogían los deudores de mala fe, en confabulación con otros sus cómplices en la estafa, y prestando una deuda que no existía, conseguían adelantarse en la relación a los verdaderos acreedores confiados en la legitimidad de su derecho".[320]

4.23. Esta situación sin duda que fue determinante tanto en los requisitos que la nueva ley va a exigir para conceder el embargo preventivo, como en la regulación de la única medida provisional consagrada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Desde esta normativa, siguiendo la pauta que desde 1830 ya había marcado la ley para negocios y causas de comercio, el embargo preventivo será el protagonista principal de toda la evolución de las medidas cautelares en el moderno Derecho español. Desaparecen el secuestro, la prohibición de enajenar, el arraigo y la retención de bienes, medidas de extendida práctica en la primera mitad del siglo XIX en el foro español, concentrándose todo por muchísmos años en esta única figura.[321]

Ahora bien, en relación con la reglamentación que la nueva ley de Enjuiciamiento Civil efectuó a propósito del embargo preventivo, podemos decir que en términos generales, existe un avance en esta materia; principalmente si tenemos presente el estado que en

319 *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., t. IV, pp. 241 y 242. (El destacado es nuestro).

320 *Comentarios...*, ob. cit., t. IV, p. 132. (El destacado es nuestro).

321 Incluso, luego veremos que hasta muy avanzados los trabajos de la futura Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el embargo preventivo se mantenía como la única medida aceptada en la nueva legislación. Poco antes de su publicación y por iniciativa del Ministro de Justicia de aquel entonces, Saturnino Álvarez Bugallal, se incorporaron la intervención judicial y las medidas cautelares indeterminadas.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

esa época exhibían las medidas provisionales en la legislación civil española. Si bien la nueva ley introdujo una regulación simple, elemental en muchos aspectos,[322] y efectuada sólo a propósito de una concreta medida provisional –el embargo preventivo– es posible extraer algunos principios generales que nos permiten establecer una primera aproximación sistemática al estudio de la tutela cautelar en España. Inclusive, es posible adelantar que si bien el legislador de 1855 no tuvo un sistema definido a este respecto, ni claridad en relación con la unidad de la tutela cautelar y actuando más bien por reacción frente a los excesos de aquellos años, sí sentó las bases de las principales características que hoy informan a la tutela cautelar en España y que serán desarrolladas por la doctrina procesal –principalmente italiana– muchos años después. Precisamente en este último plano, en el doctrinal, el avance aludido se reflejará con toda nitidez; así, por regla general las obras dedicadas al enjuiciamiento civil publicadas con anterioridad a 1855, o no contenían ninguna referencia sobre esta materia o abrazaban una alusión muy precaria,[323] situación que va a cambiar diametralmente con la promulgación de la nueva ley.

[322] "Desordenado y muy incompleto" son los calificativos que a la regulación del llamado proceso cautelar otorga FAIREN bajo la ley de 1855. *Vid. Estudio...*", ob. cit., p. 107. LASSO GAITE, por su parte, señala que "de los embargos preventivos trata el título XIX, con el fin de fijar los casos en que, atendida la naturaleza y circunstancias del título y del deudor, estaba autorizada esta medida cautelar, tan socorrida entonces, y que estaba al arbitrio libre del juez o de los alcaldes, sin necesidad de justificar el crédito en que se basaba la proyectada demanda. Inspirándose en el título IX de la ley de enjuiciamiento mercantil, exige el nuevo ordenamiento –muy incompleto–, la presentación del título y que sea el deudor sospechoso de querer defraudar al acreedor. Quedaba cancelado el embargo a petición del deudor, sino presentaba la demanda en el término de ocho días, o no se ratificaba el embargo en el juicio correspondiente dentro de los veinte días". *Crónica...*, ob. cit., t. 2, p. 73.

[323] *Vid.* GÓMEZ y NEGRO, *Elementos de práctica forense,* obra póstuma escrita en 1806, Valladolid, 1825; ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Biblioteca judicial o tratado original y metódico,* Madrid, 2ª ed., 1840, tres tomos; del mismo autor *vid. Elementos de práctica forense,* dos tomos, Granada, 1841, con una pequeña alusión a los secuestros, embargos e intervenciones preliminares a los juicios en el t. I, pp. 192-196, y a los embargos provisionales en el t. II, pp. 65-67. VERLANGA HUERTA, *Tratado que continuando la jurisprudencia popular sobre pleitos sobre menor cuantía,* dos tomos, Madrid, 1841; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Tratado académico forense de procedimientos judiciales,* dos tomos, Madrid, 1848, esta última obra contiene una breve referencia a los embargos provisionales del comercio, t. II, pp. 52-54. HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Lecciones de práctica forense,* 2ª ed., Madrid, 1853, quien hace una pequeña referencia a la retención provisional, pp. 40-42. Obsérvese, en todo caso, cómo empezaba el último autor citado el tratamiento de esta materia: "La frecuencia con que se

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

3.1.2. Reglamentación y ubicación del embargo preventivo

4.24. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 reguló en el título XIX denominado *Del embargo preventivo,* arts. 930 a 940, los requisitos de procedencia del embargo, la forma en que debía de llevarse a efecto, las causales de nulidad y alzamiento, y la responsabilidad que de ello se derivaba para el solicitante de la medida. Muchos de los artículos contenidos en este título provienen casi íntegramente de la Ley de enjuiciamiento para negocios y causas de comercio de 1830, y se recordará que esta ley contenía una regulación muy estricta del embargo provisional. De cualquier forma, por vez primera en el moderno Derecho español encontramos una regulación genérica de esta institución; ya hemos visto que la Ley de enjuiciamiento de 1830 sólo se aplicaba respecto de obligaciones y derechos provenientes de negocios de comercio, y que ni el Reglamento provisional para la administración de justicia de 1835, ni la Instrucción del procedimiento civil de 1853, establecieron alguna regulación disímil respecto de la adoptada por las antiguas recopilaciones castellanas. En este sentido, se intentó por el legislador procesal de 1855 establecer reglas claras y ciertas que pudieran servir de guía a los jueces en esta materia, y de este modo, poner pronto remedio a los abusos y perjuicios que en el foro de aquellos años se producían.

Obsérvese, ante todo, que al igual como ocurrió en la Ley de enjuiciamiento mercantil de 1830, en la nueva Ley de enjuiciamiento civil el embargo preventivo se encontraba ubicado en medio de dos títulos que trataban de la ejecución de las sentencias. Así, el título inmediatamente anterior, esto es, el título XVIII, estaba dedicado a la ejecución de las sentencias pronunciadas tanto por jueces españoles como por jueces extranjeros, y el título XX denominado *De las ejecuciones,* reglamentaba en su sección primera el juicio ejecutivo. Es decir, tempranamente en España las medidas cautelares, tanto en su regulación mercantil como civil, quedaron literalmente cercadas a propósito de la ejecución de las sentencias.[324]

repiten las pretensiones sobre retención de efectos del deudor antes de intentar el medio de la conciliación, y la facilidad conque se acuerdan, *nos obliga a detenernos en exponer esta materia, más que lo que su escasa importancia merece*". Ídem, p. 40. (El destacado es nuestro).

[324] Incluso el propio GÓMEZ DE LA SERNA señaló a propósito del título XIX: "Todas las demás disposiciones de este título guardan conformidad con las del juicio ejecutivo, por la analogía que con él tienen, como era indispensable para que la ley tuviera la unidad y consecuencia que tan necesaria es en otras de esta

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

3.1.3. Propósito de la nueva ley

4.25. GÓMEZ DE LA SERNA, quien debía redactar la exposición de motivos que iba a acompañar el proyecto de ley a fin de justificar las principales innovaciones que en él se introducían, situación que finalmente no prosperó, en primer lugar, por temor a que la discusión se alargase en demasía, y en segundo término, por miedo a que fuera la exposición citada como una interpretación auténtica de la voluntad del legislador, observó sobre la nueva reglamentación lo siguiente:

> Sin hacer incursiones en nuestro derecho antiguo respecto a la mayor o menor facilidad con que se accedía a los embargos preventivos o provisionales, es un hecho de todos conocidos que antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil no estaban en este punto garantidos, cual conviene, los derechos sagrados de la propiedad y el crédito de las personas [...].

Es decir, desde un comienzo aclara cuál ha sido la intención que ha movido al legislador de 1855: *respetar los derechos sagrados de la propiedad y el crédito de las personas*; y de inmediato da cuenta de los enormes problemas que en materia civil ocasionaban las medidas provisionales:

> La circunstancia de poder los alcaldes, poco conocedores en la generalidad del derecho, decretar estos embargos, hizo más patente la necesidad de la reforma, *porque los abusos llegaron a ser universalmente conocidos y lamentados*. Frecuentísimo era ver que con el deseo de rebajar a una persona y hacerle desmerecer de su estimación y de la opinión pública de que gozaba, se sacaba, o bien por el que tenía un crédito legítimo, pero que no era título ejecutivo, o bien por el que ningún crédito tenía a su favor, *esa especie de carta desaforada que llevaba el nombre de embargo provisional, con el que sin audiencia, sin solemnidad de ninguna clase, sólo por el mero dicho del que se llamaba acreedor y no probaba serlo, o tal vez con una información amañada de testigos se empezaba quitando al que quieta y pacíficamente estaba en posesión de sus bienes la facultad de disponer de ellos en todo o en parte, se le ponían en depósito por un tiempo indefinido, y se le ocasionaban toda clase de vejaciones con mengua de su buen nombre*, y sin que pudiera obtener reparación por el daño que se le irrogara. [El destacado es nuestro].[325]

El propósito del legislador era evidente: dar un vuelco radical a la situación imperante en esos años, terminar con los excesos que afectaban directamente el patrimonio y la reputación de los deudores. De paso, se puede apreciar cómo a propósito de una concreta medida cautelar tiene lugar el conflicto que, incluso hoy en día, normalmente se presenta a la hora de conceder una de estas medidas: el posible abuso que pueden cometer los acreedores cuando no se contemplan en la ley mecanismos adecuados y efectivos de contrapeso. Por ello, la nueva Ley de Enjuiciamiento "necesitaba ocuparse de establecer medios de precaución contra estos males, introduciendo reformas saludables".[326] La comisión que redactó la Ley de Enjuiciamiento Civil –nos dicen MANRESA y REUS– "no podía dejar sin correctivos los graves inconvenientes que se seguían de tal estado de cosas; y teniendo sin duda en consideración lo dispuesto en las leyes antiguas y muy especialmente en la Ley mercantil, propuso las saludables reformas que se hallan en los artículos que vamos a examinar".[327]

naturaleza". *Motivos...*, ob. cit., p. 173. Esta prematura y estrecha vinculación que se dio entre el embargo preventivo y la ejecución de las sentencias, como se ha observado, se reflejará con tristes consecuencias en el posterior desarrollo de la tutela cautelar en España.

[325] *Motivos...*, ob. cit., pp. 172 y 173.

3.1.4. Provisionalidad del embargo preventivo

4.26. VICENTE Y CARAVANTES, uno de los más importantes procesalistas del siglo XIX, definía el embargo preventivo como "la retención, ocupación o depósito que se verifica interinamente del todo o parte de los bienes del deudor u otra persona de quien se teme fundadamente los oculte o disipe, prohibiéndole que disponga de ellos, para que sirvan de responsabilidad o para atender a las reclamaciones que ya a presentar en juicio el acreedor o quien tiene derecho contra aquellas personas o sobre sus bienes".[328] Agregaba seguidamente que

[326] HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentarios...*, ob. cit., t. IV, p. 132. Sobre el particular indicaba GÓMEZ DE LA SERNA que "no podía la comisión dejar de proponer acerca de esto el oportuno remedio. Sin desatender la justicia que hay de evitar que un deudor de mala fe defraudara a sus acreedores, ya buscando en la fuga el modo de burlarlos, ya ocultando sus bienes, tenía que corregir los abusos antiguos, e impedir por lo tanto el atropello de personas honradas. Este era un tributo que debía darse a la seguridad personal, a la santidad del domicilio, al respeto a la propiedad. *Conocido el mal en toda su extensión, no era difícil el remedio.* Las reglas que la Comisión al efecto adoptó, son tan sencillas como eficaces. Estas son conceder la facultad de decretar el embargo preventivo, sin que intervenga un letrado que examine si cabe dentro de las condiciones legales, *que se requiera para ello un título que justifique el procedimiento, que el deudor sea una persona sospechosa de querer defraudar al acreedor, que no se proceda nunca al embargo si suficientemente se asegura el pago de la deuda y que de derecho quede nula la retención cuando no se formalice con brevedad el juicio correspondiente*". *Motivos...*, ob. cit., p. 173. (El destacado es nuestro).

[327] *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., t. IV, p. 242.

[328] *Tratado...*, ob. cit., t. III, p. 372. ORTIZ DE ZÚÑIGA, por su parte, señalaba que "*el embargo preventivo* o provisional es una precaución que muy comúnmente

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336
EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

"la Ley de Enjuiciamiento Civil llama *preventivo* a este embargo, porque previene o evita que eluda el deudor sus obligaciones, haciendo ilusorios los derechos del acreedor: el Reglamento provisional para la administración de justicia en su art. 27 y la Ley de enjuiciamiento mercantil en su título 9 lo califican de *provisional*, por el carácter de interinidad que tiene, pues sólo subsiste hasta que se dicte en el juicio correspondiente sobre las reclamaciones del deudor o derechos de los contendientes".[329]

MANRESA y REUS, por su parte, observaban que "*embargos preventivos* o provisionales, llamados *retenciones*, son los que se decretan provisional e interinamente, mientras se presenta la oportuna demanda, para asegurar las resultas del juicio cuando se teme que un deudor de mala fe distraiga u oculte sus bienes, o la cosa que ha de ser demandada, con el objeto de hacer ilusorias las reclamaciones del acreedor". Agregaban los citados autores que "en todos [los] tiempos han adoptado las leyes medidas provisionales en beneficio de los acreedores, para que en su día pudieren conseguir el reintegro de lo que se le adeudaba o la reivindicación de la cosa, en el caso de que llegaren a obtener una sentencia favorable".[330]

4.27. A partir de los elementos aportados en las diversas definiciones citadas se ve cómo la doctrina española va perfilando, tal vez inconscientemente, los rasgos y características que informan a las medidas cautelares y, concretamente, uno de los elementos más distintivos de estas medidas, a saber, su carácter esencialmente provisional. Característica que precisamente está dada, tal cual apunta VICENTE Y CARAVANTES, por su carácter de interinidad, es decir, por solo subsistir hasta que se dicte en el juicio la correspondiente sentencia definitiva.

se usa en los juicios ejecutivos, para evitar que el deudor, ocultando o sustrayendo sus bienes, haga ilusorias las reclamaciones del acreedor". *Práctica...*, ob. cit., t. II, p. 411. En similares términos se pronunciaba ROS BIOSCA, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 1876, p. 332.

[329] *Tratado...*, t. III, ob. cit., p. 372. Por su parte, NOGUÉS SECALL señalaba que "como el embargo que aquí se trata, tiene por objeto asegurar los resultados de un juicio futuro y no es todavía consecuencia de una demanda ni de una acción, a lo menos deducida en juicio conciliatorio, se llama preventivo, *porque se hace a prevención o cautela*, y la ley de enjuiciamiento mercantil le daba el dictado de provisional, nombre también adecuado por cuanto sólo se concede provisoriamente, y hasta que viniese a confirmarlo un procedimiento más formal". *Tratado...*, ob. cit., p. 167.

[330] *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., t. IV, p. 241. Notable resulta la idea de generalidad que apuntan los autores: pues en todos los tiempos han adoptado las leyes *medidas provisionales*.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

Ya señalamos cómo fue precisamente este rasgo el que en primera instancia diferenció estas medidas de otras instituciones afines.[331]

3.1.5. Normas positivas referentes al embargo preventivo en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855

4.28. En el art. 930, primero del título XIX, se otorgaba competencia a los jueces de primera instancia para decretar el embargo provisional. Esta competencia en los municipios que no eran cabeza de partido se ampliaba a los jueces de paz, quienes, en todo caso, debían contar con el dictamen de un asesor para el caso de haber sido legos; una vez realizado el embargo se debían remitir las diligencias al juez de primera instancia. Señalaba sobre el particular GÓMEZ DE LA SERNA que "respecto a los jueces a quienes se da la facultad de decretar estos embargos, hubiera la Comisión señalado sola y exclusivamente a los de primera instancia, a no haber tenido en cuenta que a las veces, especialmente en los jueces que no son cabeza de partido, *la dilación en acudir al juzgado, podía ocasionar al acreedor males irreparables*".[332]

4.29. De este modo, a propósito de la regulación del embargo preventivo surge otra de las características que en todo momento acompaña

[331] No olvidemos, en todo caso, que esta característica también surge como una reacción frente a los enormes abusos que se cometían por los tribunales al mantener vigentes los embargos por tiempo indefinido. HERNÁNDEZ DE LA RÚA decía que "porque nadie que conozca las prácticas del foro en los últimos tiempos, dejará de haber presenciado que el acreedor de mala fe, por el solo deseo de causar un daño en la reputación del deudor arraigado, pedía una retención provisional; que el alcalde indiscreto la autorizaba, [...]; *que una vez acordada la retención, continuaba por tiempo indefinido* [...]". *Comentarios...*, ob. cit., t. IV, p. 132. (El destacado es nuestro). GÓMEZ DE LA SERNA, en parte de su exposición, comentaba a este propósito que al deudor "se le ponían en depósito *por un tiempo indefinido*, y se le ocasionaban toda clase de vejaciones con mengua de su buen nombre [...]". *Motivos...*, ob. cit., p. 173. (El destacado es nuestro).

[332] *Motivos...*, ob. cit., p. 173. (El destacado es nuestro). En la línea del Reglamento provisional de 1835 que había consagrado, según se recordará, inequívocamente el *periculum in mora* como elemento decisivo para que los jueces de paz otorgaran la retención provisional, el legislador de 1855 confirió competencia a estos mismos jueces para decretar el embargo preventivo cuando la dilación en acudir al juzgado de primera instancia pudiera ocasionar al acreedor algún mal irreparable, esto es, aparece la consecuencia directa de este peligro: los perjuicios que se pueden causar al acreedor son de tal magnitud que es necesario decretar de inmediato la medida provisional.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

a las medidas cautelares, a saber, la urgencia en el otorgamiento de la medida solicitada. La razón por la que los jueces de paz estaban autorizados para decretar el embargo preventivo respondía a "la urgencia del negocio, para evitar que el deudor oculte o venda los bienes si llegase a su noticia la solicitud de embargo que presentare el acreedor, como sería fácil si se le obligara a este a recurrir al juez del partido: pero aun en este último caso, requiere la ley que se practique el embargo con dictamen de asesor cuando el juez de paz no fuere letrado, para suplir de esta suerte la falta de conocimiento de aquel".[333]

Y es esta situación, la necesidad de dictar de inmediato la medida, lo que lleva a la doctrina procesal decimonónica a criticar el hecho de que para conceder este embargo el juez de paz, no abogado, debía obrar con el acuerdo de un asesor. Así, observaba NOGUÉS SECALL que si bien los acreedores ahora encontrarán por todas partes a quien provea el embargo "no deja de ofrecer dificultades para su provisión la necesidad de la consulta con el asesor. Esta exigencia de la ley producirá retardos, que en muchas ocasiones inutilizarán una diligencia, *que debe ser no sólo pronta sino repentina*".[334] En el mismo sentido, MANRESA y REUS refiriéndose a esta exigencia señalaban que "por las razones que indicamos al comentar el art. 357 [...] creemos inconveniente la primera de estas condiciones [el acuerdo del asesor], que en muchos casos frustrará el objeto del embargo preventivo; la segunda [condición, esto es, la remisión de los antecedentes al juez de primera instancia] sería suficiente para corregir cualquier defecto o abuso que pudiera haber cometido el juez de paz lego".[335]

4.30. Por su parte, en el art. 931, segundo del título XIX, se regulaba la procedencia del embargo preventivo exigiéndose al respecto los siguientes elementos:

1º. Que quien lo pida presente un título ejecutivo.[336]

[333] VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, ob. cit., t. III, p. 374. MANRESA y REUS apuntan, por su parte, que "el contexto del párrafo segundo del artículo que comentamos demuestra claramente que su objeto es atender a un caso urgente en que no sea posible acudir al Juez de primera instancia sin exponerse a que el deudor sustraiga o enajene para dejar burlado al acreedor". *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., t. IV, p. 243.

[334] *Tratado...*, ob. cit., t. I, p. 171. (El destacado es nuestro).

[335] *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., t. IV, p. 243.

[336] "Como a esta clase de títulos les reconoce la ley la fuerza suficiente para acreditar por sí la exigencia de la obligación y del derecho a que se refieren, nada más lógico ni natural que el considerarles con la eficacia necesaria para decretar un embargo preventivo e interino, sin más que su presentación". VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, ob. cit., t. III, p. 374.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

2º. Que aquel contra quien se pida no tenga domicilio conocido, o en caso de tenerlo, haya desaparecido o exista motivo racional para creer que ocultará sus bienes, sabiendo que se trata de proceder contra él.[337]

4.31. La nueva ley sigue muy de cerca lo establecido en los arts. 364 y 366 de la Ley de enjuiciamiento para negocios de comercio, y se aleja de lo que hemos visto, en materia civil, constituía la costumbre de los tribunales en la primera mitad del siglo XIX. Prácticamente se sancionaban, ahora con carácter general, los mismos requisitos ya establecidos en la Ley comercial para la concesión del embargo provisional: en primer término, la existencia de un título ejecutivo, elemento habilitante para poder solicitar esta medida; y en segundo lugar, determinadas características que debían concurrir en el deudor. En relación con este último requisito observaba GÓMEZ DE LA SERNA:

> Para que proceda el embargo preventivo no basta el título de una deuda que dé lugar a él, es menester que sea el deudor sospechoso de querer defraudar a su acreedor, y este es un punto que necesitaba la ley formular de modo que no quedara abierta la puerta *a la arbitrariedad y a la reproducción de los antiguos abusos.* Estas sospechas sólo recaen contra el que no tiene domicilio conocido, lo que por sí solo le hace digno de una especial vigilancia, o que en caso de tenerlo haya desaparecido, es decir, cuando se ignora dónde ha ido y no se espera su pronta vuelta, o *que exista algún motivo racional para creer que sabiendo que se trata de proceder contra él, ocultará sus bienes.*[338]

[337] Transcrito en su versión original. El art. 23 del decreto de unificación de fueros del año 1868 dio nueva redacción a este artículo refundiéndolo con el art. 364 de la ley de enjuiciamiento mercantil, quedando el siguiente texto: "2º. Que aquel contra quien se pide sea extranjero no naturalizado; o que aunque sea español o extranjero naturalizado, no tenga domicilio conocido o bienes raíces, o un establecimiento agrícola, industrial o mercantil en el lugar donde corresponda demandarle en justicia para el pago de una deuda; que, aún teniendo las circunstancias que acaban de expresarse, se haya fugado de su domicilio o establecimiento no dejando persona al frente de él, o que se oculte o exista motivo racional para creer que ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores, sabiendo que se trata de proceder contra él". *Novísima...*, ob. cit., pp. 240 y 241.

[338] *Motivos...*, ob. cit., p. 174. (El destacado es nuestro). La enorme dificultad que tiene el legislador de prever todas las contingencias que la vida diaria suele presentar, le lleva a establecer una causal genérica: *que exista motivo racional para creer que ocultará sus bienes.* Con lo cual se entrega un margen de maniobra discrecional al juez. Expresa a este respecto GÓMEZ DE LA SERNA: "Imposible hubiera sido a la Ley descender a todas las causas que podían dar lugar a esta presunción racional: si hubiera tratado de hacerlo, sobre convertirse en casuística, no habría conseguido su objeto: debió por lo tanto después de fijar una regla general, dejar su complemento al arbitrio del Juez, que en vista de las circunstancias del caso,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Es decir, en relación con este elemento vemos aparecer con toda claridad lo que posteriormente será una de las variantes del *periculum in mora*, a saber, el peligro de infructuosidad, esto es, el temor a que desaparezcan los medios necesarios para la posterior ejecución de la providencia principal sobre el mérito. En palabras de GÓMEZ DE LA SERNA, *que exista algún motivo racional para creer que el deudor sabiendo que se trata de proceder contra él ocultará sus bienes.*

4.32. Ya hemos adelantado que la exigencia de un título ejecutivo en las causas civiles fue la forma en que el legislador procesal pretendió poner fin a la práctica, menos exigente que en las causas de comercio, de conceder las medidas provisionales sin mayores requisitos y resguardos. Pero el legislador de 1855 tal vez por la fuerza que tenía la costumbre en el foro español, dejó abierta una pequeña ventana que aliviaba la exigencia de presentar un título ejecutivo, y situó los requisitos de concesión del embargo preventivo más en conformidad con lo que sería la posterior evolución de la tutela provisional en el Derecho comparado. En este sentido, el art. 932 prescribió en su apartado primero que si se presentaba un título que no fuere ejecutivo sin el reconocimiento de firma, podía no obstante decretarse el embargo preventivo de cuenta y riesgo de quien lo pidiere. Agregando, en el párrafo segundo, que en tal caso si el solicitante del embargo no tenía responsabilidad conocida, exigiría el juez para decretarlo fianza bastante para responder de los perjuicios que pudieren ocasionarse. Es decir, si bien se permitía la presentación de otro documento, distinto del ejecutivo, de inmediato se tomaban por el legislador los debidos resguardos. Al respecto observaba GÓMEZ DE LA SERNA:

> El que solicita el embargo debe presentar un título de los que la ley considera como ejecutivos, o al menos uno de los que adquiera la fuerza de tales tan luego como son reconocidos por el deudor. Respecto de los primeros ninguna duda hay de la justicia de la ley: si en virtud de la simple presentación del título y sin necesidad de solemnidad ni de reconocimiento alguno puede mandarse librar ejecución contra los bienes del deudor, claro es que ninguna injuria se le infiere cuando sólo se decreta un embargo preventivo. Pero cuando los documentos son de tal naturaleza que requiere el reconocimiento de la firma para ser ejecutivos, si bien está a favor del acreedor la presunción de que lo es y por la cantidad que lo dice sin embargo, como por sí solos no producen ni la convicción legal, ni la moral, de que es efectivamente cierto el crédito, de aquí el que se requieran otras circunstancias en el que los presenta. Estas son, que si no tiene responsabilidad conocida, el juez antes de decretar el embargo, le exija fianza suficiente a indemnizar los perjuicios que pueden ocasionarse, y que en todo caso lo decrete por cuenta y riesgo del demandante.[339]

Como se ve, el art. 932 contiene una gran variedad de elementos que paulatinamente serán analizados; en lo que nos interesa en este momento, se aprecia un tímido avance en la correcta configuración de lo que más tarde se conocerá bajo la expresión latina de *fumus boni iuris*, en cuanto requisito habilitante para solicitar y obtener una medida cautelar, alejándose de los dos extremos que se daban en esos años; por un lado, el de la Ley de enjuiciamiento mercantil que exigía un título que tuviere fuerza ejecutiva, y por el otro, el de la costumbre de los tribunales de conceder la medida provisional con la sola declaración de testigos. "Infiérese, pues, de lo dispuesto en los artículos 931 y 932, que no puede solicitarse el embargo preventivo, sino cuando se acompañe un documento que justifique la deuda. En esto consiste precisamente la reforma que establece la *Ley de enjuiciamiento* para evitar los abusos que se cometían por los alcaldes al decretar retenciones provisionales, sin más justificantes que la palabra de los que las pedían, o *en algún caso de informaciones sumarias, contrarias a los buenos principios que prohibieron siempre comenzar los procedimientos judiciales por declaraciones de testigos*".[340]

pocas veces dudará de la conducta que debe seguir, y que de seguro no medirá al hombre probo, religioso en sus tratos, arraigado o de una regular fortuna, del mismo modo que al que por sus antecedentes, por el estado ruinoso de su fortuna, por responsabilidades que conocidamente no puede cubrir, o por sus manifestaciones de cualquier clase de lugar a creer que su objeto es huir de los que con derecho pueden reclamar de él lo que les debe". Ídem, pp. 174 y 175. En el mismo sentido *vid.* HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentarios...*, ob. cit., t. IV, p. 136. NOGUÉS SECALL, *Tratado...*, ob. cit., t. I, p. 173.

[339] *Motivos...*, ob. cit., p. 174. La doctrina decimonónica mostraba su total conformidad con esta situación. Así, VICENTE Y CARAVANTES observaba que "pueden existir otros títulos, que aunque no tengan fuerza ejecutiva por sí y tales cuales se presentan, pueden adquirirla por medio de alguna diligencia, la cual por otra parte no conviene practicar para que no se sirva de aviso al deudor, dándole ocasión a ocultar o vender sus bienes; en tal caso sería demasiado rigurosa y poco previsora la ley, sino facultase para decretar un embargo que no causa estado, puesto que puede alzarse por ser interino, si bien requiriendo otras circunstancias que aseguren la indemnización de daños y perjuicios que pudieran causarse con el embargo, en caso de que resultase no haber derecho para decretarlo". *Tratado...*, ob. cit., t. III, pp. 374 y 375. ORTIZ DE ZÚÑIGA, por su parte, expresaba que "puede no obstante decretarse el embargo preventivo de *cuenta y riesgo* del que lo pide, si presenta un título que no es ejecutivo sin el reconocimiento de la firma, *para evitar que mientras se verifica oculte el deudor sus bienes*". *Práctica...*, ob. cit., t. II, pp. 411 y 412 (El destacado es nuestro).

[340] HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentarios...*, ob. cit., t. IV, p. 134.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

4.33. Lentamente empieza a tomar conciencia el legislador procesal español de que para solicitar esta medida provisional es suficiente un documento privado, que no se requiere ir al extremo de exigir un título indubitado, y de esta manera, equipararlo al embargo ejecutivo. Tratándose del embargo preventivo es suficiente acreditación, a la vista del juez, la presentación de cualquier título sin necesidad de que sea ejecutivo. "Lo que la Ley quiere es un principio de prueba escrita, y este se halla en cualquier documento público o privado que no sea ejecutivo".[341]

No obstante, puede afirmarse que este tímido avance en la configuración del *fumus boni iuris* tardará muchísimos años en lograr su total emancipación de la idea, por demás fuertemente arraigada en el legislador español, de que para conceder una medida cautelar es necesario acompañar un título ejecutivo. Esta configuración tan intensa del *fumus* se debió, según hemos visto, a la típica reacción en péndulo; se buscó cortar de raíz los enormes abusos que se cometían en el foro español de aquellos años, al conceder los tribunales embargos provisionales "sin audiencia, sin solemnidad de ninguna clase, sólo por el mero hecho del que se llamaba acreedor y no probaba serlo, o tal vez con una información amañada de testigos [...]",[342] situando el tema exactamente en el extremo opuesto. Esta situación históricamente tuvo un enorme peso en el legislador procesal español y tendrá importantes ramificaciones que se extienden inclusive hasta nuestros días.[343]

4.34. La exigencia del título ejecutivo llevó a la doctrina del siglo XIX a preguntarse si esta medida sólo procedía a propósito del juicio ejecutivo, o si ella podía ser también aplicada en el juicio ordinario y en los demás juicios que no traían aparejada la ejecución. VICENTE Y CARAVANTES expresaba a este respecto: "Mas antes [del análisis de la reglamentación del embargo preventivo en ley de 1855] creemos deber apuntar la duda suscitada por algunos intérpretes sobre si la nueva ley limita dichos embargos al caso de referirse a una demanda ejecutiva o si lo extiende también a los

[341] MANRESA y REUS, *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., t. IV, p. 245.

[342] GÓMEZ DE LA SERNA, *Motivos...*, ob. cit., p. 173.

[343] Sin perjuicio de volver sobre esta idea, por ahora baste señalar que el desarrollo jurisprudencial de las denominadas medidas cautelares indeterminadas reguladas en el art. 1428 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 fue muy pobre, entre otras razones, por la temprana exigencia de un título ejecutivo, situación recién reformada el año 1984. *Vid.* CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 26 y 27.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

en que se tenga por objeto prevenir los efectos de la ocultación o enajenación de los bienes que se reclaman por una demanda real ordinaria y *demás que no traen aparejada la ejecución*".[344] Luego de indicar los motivos que habían dado lugar a la duda (por una parte, la limitación en la Ley de enjuiciamiento mercantil, título IX "sobre el cual está calcado el título XIX"; y por la otra, la ubicación del embargo preventivo inmediatamente con anterioridad al juicio ejecutivo) señalaba el autor referido que tales argumentos "desaparecen con sólo observar, que el art. 932 de la ley civil faculta para proceder al embargo preventivo, aunque el título que se presente no fuere ejecutivo; el art. 935 para practicarlo en cosas determinadas, con lo cual sin duda se refiere a acciones reales, y el art. 939 permite que la ratificación del embargo se haga en el *juicio correspondiente*, sin ceñirse sólo como el art. 378 de la ley mercantil, al ejecutivo". De este modo concluía el referido autor: "El embargo preventivo es un procedimiento preliminar que se practica, una medida de precaución que se toma, tanto respecto del juicio ejecutivo, como del ordinario, como lo era también según las leyes y práctica anteriores".[345]

[344] *Tratado...*, ob. cit., t. III, p. 373. (El destacado es nuestro). Por su parte, MANRESA y REUS se preguntaban a este propósito: "*¿En qué juicio podrá pedirse la ratificación del embargo? ¿En el ejecutivo solamente, o también en el ordinario?*". Luego de señalar que "aunque por regla general no procede el secuestro o embargo de bienes en juicio ordinario", aludían al título 9 de la Partida 3 para señalar los casos en que era procedente el secuestro, así como a los casos prácticos en que también estaba admitido decretar la retención provisional de bienes del deudor o la prohibición de enajenar. Agregaban a este respecto: "Resulta, pues, que no sólo en el juicio ejecutivo procede el embargo de bienes, sino también en el ordinario en algunos casos". *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., pp. 254 y 255.

[345] *Tratado...*, ob. cit., t. III, p. 373. En el mismo sentido, MANRESA y REUS apuntaban que "en estos casos podrá, en nuestro concepto, solicitarse la ratificación del embargo en el juicio ordinario que se promueva para la reivindicación, entrega o pago de la cosa o cantidad, sustanciándose este incidente en pieza separada. Así lo da a entender también la Ley por el hecho de reconocer que el embargo preventivo puede versar sobre *cosa determinada* (art. 935), y por haber dicho en el artículo 939 que haya de ratificarse en el *correspondiente juicio*. Si su intención hubiera sido limitarla al juicio ejecutivo, lo hubiera dicho expresamente, como lo dice la de enjuiciamiento mercantil en sus arts. 373, 377 y 378". *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., t. IV, p. 255. En el mismo sentido *vid.* NOGUÉS SECALL, *Tratado...*, ob. cit., t. I, p. 184. A propósito de la carga que establecía el art. 940 de presentar la demanda en el plazo de ocho días tras ser concedido el embargo preventivo, observaba ROS BIOSCA que "no expresa el artículo que esta demanda haya de ser ejecutiva; parece que no necesita este carácter para que se ratifique el embargo, porque puede decretarse en virtud de un vale privado [...]". *La ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., p. 334, nota d.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

4.35. Siguiendo con el análisis del art. 932 de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855, vemos que aparece por primera vez regulada en materia civil la fianza como medida de contracautela (apartado 2 del art. 932). Aquí se encuentra el germen de lo que posteriormente será un elemento tradicional en la configuración de las medidas cautelares: la caución o garantía que debe ofrecer el solicitante a efectos de indemnizar los perjuicios que la errónea concesión de la medida pueda ocasionar al deudor. Respecto de esta situación, según veremos, la doctrina decimonónica mostraba un gran consenso. Para los efectos de la responsabilidad del acreedor, la ley de 1855 tomaba en consideración la naturaleza del título que debía acompañarse con la solicitud del embargo provisional. En efecto, indica el apartado segundo del referido artículo: "En tal caso [concesión de la medida sin título ejecutivo], si este [el solicitante] no tiene responsabilidad conocida, *exigirá el juez para decretarlo fianza bastante a responder de los perjuicios que puedan ocasionarse*".[346] Ya el apartado primero del art. 932 había señalado que en este caso la medida se decretaba *de cuenta y riesgo de quien la pidiere*. HERNÁNDEZ DE LA RÚA observaba a este respecto que "el que solicita el embargo sin título ejecutivo queda obligado al pago de las costas, sin derecho a pedir su reintegro, a menos de que recaiga sentencia condenatoria que las imponga al deudor; y asimismo queda responsable a los daños y perjuicios que cause, y a los que sufran los bienes embargados, si apareciere en lo sucesivo que sin justa causa pidió la retención".[347] Es decir, aparecen en esta disposición elementos clave en la configuración de la tutela cautelar; por una parte, el principio de responsabilidad de quien solicita la medida "de cuenta y riesgo de quien la pidiere", y por la otra, la posibilidad de exigir una fianza que asegure esta eventual responsabilidad. Tratándose de esta disposición, MANRESA y REUS observan que "la razón y la equidad aconsejan que se asegure también la indemnización de los perjuicios que puedan ocasionarse al supuesto deudor para el caso de que aquel [el demandante] hubiese pedido sin derecho. Para este caso y con el objeto de conciliar los intereses del acreedor y del deudor, previene el art. 932 que el embargo sea de *cuenta y riesgo* del que lo pidiere, esto es, que se practique a sus costas, y que quede responsable a la indemnización de los perjuicios que por haberlo pedido sin razón puedan ocasionarse; y que si este no tiene responsabilidad conocida, le exija el juez para decretarlo, fianza bastante a responder

[346] *Novísima...*, ob. cit., p. 241. (El destacado es nuestro).
[347] *Comentarios...*, ob. cit., t. IV, p. 137.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de dichos perjuicios".[348] Al respecto, la doctrina observaba que la fianza podía consistir "lo mismo en la hipoteca de bienes, que en la obligación de un tercero que ofrezca responder por aquel con garantías que den seguridad a juicio del juez".[349]

4.36. El art. 933, por su parte, prácticamente reproducía lo dispuesto en el art. 370 de la Ley de enjuiciamiento para negocios y causas de comercio, en cuanto a que el embargo preventivo no se llevaría a efecto si en el acto de su práctica el deudor pagaba, consignaba o daba fianza para responder por las sumas reclamadas. Sobre el particular, expresaba VICENTE Y CARAVANTES que si bien "para decretar los embargos preventivos no se da audiencia ni se hace notificación a aquel contra quien se dirigen, para evitar que oculte o venda sus bienes entre tanto, no puede impedir esta providencia; pero puede cuando se le va a ejecutar oponerse a ella, asegurando o atendiendo la obligación que la motivó, pues que entonces cesa el objeto del embargo".[350]

4.37. En cuanto a la facultad de evitar el embargo prestando la correspondiente fianza, la doctrina explicaba que la carga del deudor consistía más bien en ofrecer la fianza que en otorgarla, y que ella no era procedente si se habían embargado bienes específicos.[351] Por su parte, la Ley de enjuiciamiento civil en este punto se apartó de la regulación mercantil al incorporar una nueva disposición que buscaba evitar todo fraude por parte de quien ofrecía la fianza. Disponía al efecto el art. 934: "En estos casos los ejecutores del embargo suspenderán toda diligencia hasta que el juez de primera instancia o el de paz, con conocimiento de la fianza, determinen lo conveniente [es decir, establezcan si ella es admisible y si es suficiente para respon-

[348] *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., t. IV, p. 245.
[349] HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentarios...*, ob. cit., t. IV, p. 138. Por su parte, NOGUÉS SEGALL indicaba que la "fianza que exige la ley debe constituirse de un modo sumario, de suerte que bastará, o que firme el escrito la persona que constituya la fianza, o que su obligación se constituya en el mismo expediente, o como vulgarmente se dice, *apud acta*". *Tratado...*, ob. cit., t. I. p. 174. MANRESA y REUS observaban que "la fianza podrá ser de cualquiera de las clases que permite el derecho, y en su caso, hasta después de haberla prestado a satisfacción del juez, no mandará este que se lleve a efecto el embargo preventivo". *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., t. IV, p. 245.
[350] *Tratado...*, ob. cit., t. III, p. 375. MANRESA y REUS señalaban que "si la persona contra quien se dirige el embargo, paga o entrega al demandante la cantidad o cosa que se reclama, cesa el motivo de aquel, y de consiguiente no debe llevarse a efecto". *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., t. IV, p. 247.
[351] HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentarios...*, ob. cit., t. IV, pp. 138, 139 y 141.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

der por la sumas reclamadas]; si bien adoptarán entre tanto, bajo su responsabilidad, las medidas oportunas para evitar la ocultación de bienes y cualquier otro abuso que pudiera cometerse".[352]

4.38. Ya sabemos que la filosofía del legislador de 1855 era hacer lo menos gravosa para el deudor la procedencia del embargo preventivo. En este sentido, se estableció en el art. 936 que el embargo se limitaría a los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclamare "pues no hay derecho para extenderlo a más de lo que abraza el derecho que se teme burle el deudor".[353] Esta disposición, observa NOGUÉS SECALL, es del todo justa, "como que evita esos embargos generales que producían la ruina de una familia, y que eran un despojo atentatorio que sin necesidad se hacía de todos los bienes, al que con una pequeña parte podía pagar. ¿Para qué se pide un embargo? Para asegurar el cobro de un crédito: luego la responsabilidad no debe pasar de esta suma, y a lo más de lo que se calcule que pueden importar las costas: a pretexto de cobrar mil reales, no debe embargarse por valor de cien mil".[354]

4.39. De acuerdo con el art. 939, el embargo preventivo quedaba nulo de pleno derecho si en el juicio correspondiente no era ratificado a los veinte días de haberse verificado, alzándose, del mismo modo, la fianza que se hubiere ofrecido para impedirlo. Las costas ocasionadas eran de responsabilidad del actor. Nada decía este artículo respecto de la indemnización de los perjuicios ocasionados, pero la doctrina señalaba que ella debía "sobreentenderse, puesto que se impone la condenación en costas que supone malicia, y que cada uno es responsable de los perjuicios que ocasionare por su culpa".[355]

[352] *Novísima...*, ob. cit., p. 241. Expresaba a este respecto GÓMEZ DE LA SERNA: "Ni aun en estos casos ha de llevarse a cabo el embargo si en el acto la persona contra quien se decreta, paga, o consigna, o da fianza bastante a responder de la suma reclamada, porque el que de esta manera redime la vejación del embargo, no perjudica sino que hace mejor la condición de su acreedor. Mas como es necesario ocurrir al fraude de que la oferta de la fianza sea un medio para ganar tiempo y aprovecharlo en ocultar los bienes, de aquí que la Comisión propusiera que en este caso, si bien debían suspenderse las diligencias del embargo, se impusiera al juez la obligación de adoptar todas las providencias necesarias para evitar los abusos que pudiere cometer un deudor mal intencionado". *Motivos...*, ob. cit., p. 175.

[353] VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, ob. cit., t. III, p. 376. En el mismo sentido HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentarios...*, ob. cit., t. IV, p. 141.

[354] *Tratado...*, ob. cit., t. I, p. 176.

[355] VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, ob. cit., t. III, p. 377. En el mismo sentido se pronunciaban MANRESA y REUS, quienes luego de constatar que el art. 940 ordenaba expresamente el pago de la indemnización de perjuicios, agregaban que "aunque no contiene igual declaración el [art.] 939, pues en su párrafo 2º sólo habla de las costas, debe darse por supuesta [la indemnización] en razón a que los casos son idénticos, y a que así lo exigen los principios del derecho". *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., t. IV, p. 247.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

4.40. Finalmente, de conformidad con el art. 940, el embargo preventivo se alzaba si quien lo hubiere obtenido, a instancia del dueño de los bienes embargados, no presentaba la demanda en el término preciso de ocho días, quedando responsable de los daños y perjuicios ocasionados "porque se supone que no presentando su demanda en aquel término, cuando debía estar dispuesto a ello, una vez que pidió el embargo, no tenía confianza en su derecho y en que no fuera desvirtuado por las alegaciones y excepciones del deudor, y en su consecuencia procedió de malicia".[356]

4.41. Se advierte así que en cuanto al cese del embargo prácticamente se adoptaron las mismas normas previstas en la Ley de enjuiciamiento mercantil (arts. 376 a 379). La doctrina expresaba a este respecto que "haciéndose estos embargos provisional y preventivamente, para evitar por de pronto los perjuicios que podrían ocasionarse de no decretarlos, mientras se reclamaba en juicio el derecho, cuya realización se trataba de garantir con ellos, es necesario para que subsistan, que se ratifiquen en el juicio formal que se promueve".[357] Ahora bien, la situación así regulada nos lleva a precisar que la solicitud del embargo preventivo o provisional se efectuaba antes de que se hubiera incoado el respectivo juicio a través de una diligencia previa. Lo anterior hacía nacer para el demandante dos

[356] VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, ob. cit., t. III, p. 378. MANRESA y REUS, por su parte, señalaban que "como el embargo preventivo no tiene otro carácter que el de una medida provisional y de precaución, era consiguiente que se fijara un término, pasado el cual sin haberse deducido en debida forma la correspondiente demanda, cesará en sus efectos". *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., t. IV, p. 251.

[357] VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, ob. cit., t. III, p. 377. Por su parte, GÓMEZ DE LA SERNA observaba lo siguiente: "El que después de obtenido el embargo preventivo, deja de entablar con oportunidad la acción correspondiente para la ratificación de lo que sólo tiene un *carácter provisional*, no debe quejarse de que la ley en su justicia declare caducado el embargo: échese más bien la culpa a sí mismo que implícitamente renuncia a él: menos puede quejarse de que se levante el embargo si no ha podido conseguir en el juicio consiguiente su ratificación, porque es prueba de que legalmente no procede. Lo único que debía hacer la ley era señalar un término desahogado en que pudiera hacer valer su derecho, y esto lo hizo fijando el de veinte días, por regla general y el de ocho para presentar la demanda cuando lo exigiera el dueño de los bienes embargados". *Motivos...*, ob. cit., p. 175.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

cargas procesales: en primer término, presentar la demanda en un determinado plazo, y en segundo, pedir la ratificación del embargo una vez iniciado el correspondiente juicio. "También nos parece del caso advertir, que según se infiere del art. 939, no basta que se instaure demanda, sino que es preciso que el embargo se ratifique en el correspondiente juicio. [...]. Si por ejemplo, uno pide después de un embargo preventivo la ejecución, con solo que solicite que la traba se entienda en estos bienes, si la ejecución se despachó el embargo queda ratificado, porque el juez lo ha confirmado en el juicio correspondiente, y una providencia interina ha pasado a ocupar distinta categoría".[358]

3.2. *Evaluación*

4.42. Como hemos visto, pese a que la Ley de enjuiciamiento de 1855 sólo dedicó diez artículos al embargo preventivo, ellos constituyeron la primera reglamentación en el moderno derecho procesal civil español de la cual podemos extraer algunos principios generales válidos no sólo para esta figura. La provisionalidad de las medidas, la idea de urgencia en su concesión, el tímido avance en la configuración del elemento objetivo para conceder la medida, el evitar todo abuso por parte del acreedor, la idea de fianza como contracautela y como forma de evitar el embargo decretado, la necesidad de indemnizar todo perjuicio que pudiere haberse ocasionado con la medida concedida y el principio de responsabilidad; elementos que serán posteriormente recogidos por el legislador de 1881 y desarrollados sistemáticamente por la doctrina procesal del siglo XX. Todos son elementos que comportaron un significativo avance en esta materia, un impulso que debe ser valorado sobre todo a la luz de la caótica regulación que estas providencias mostraban en aquellos años en España, y a los enormes abusos que en esta materia se cometían. Si bien en la actualidad puede señalarse que ello constituyó una incompleta regulación de las medidas cautelares, no debe olvidarse que aún tendrá que transcurrir un largo tiempo para que la doctrina (principalmente la italiana y alemana) efectúe una labor de sistematización de estas medidas.[359]

[358] NOGUÉS SECALL, *Tratado...*, ob. cit., t. I, p. 184.

[359] Y sin olvidar que a mediados del siglo XIX ni siquiera podemos hablar de un derecho procesal científico, no sólo en España sino que en toda Europa. En este aspecto no existe mayor discusión entre los procesalistas en hacer arrancar la moderna ciencia procesal de la famosa obra de VON BÜLOW, *Die Lehre von den*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

Con todo, el punto más censurable a nuestro juicio fue haber mantenido aquella temprana subordinación que se dio del proceso cautelar respecto del juicio ejecutivo. Téngase presente que la doctrina del siglo XIX ya pudo advertir este riesgo: "Consideramos, por consiguiente que los embargos preventivos ofrecerán de aquí en adelante muchas dificultades, y que no se usarán sino en un caso muy apurado y de inevitable necesidad, mayormente cuando pudiendo despachar ejecución (art. 201) sin intentarse la avenencia, el que tenga título ejecutivo, preferirá entablar formalmente el litigio, que lleva consigo la traba, a exponerse a las contingencias de las negativas de un embargo que podría serle funesta por la pérdida de tiempo, que sin duda utilizaría para la ocultación de muebles y efectos el deudor, por ser sabido que estas tentativas de los acreedores, aunque no se revelen por nadie, se adivinan por los deudores que están en acecho y que dirigen constantemente sus miradas a todos lados. De contado, para pedir y obtener el despacho de la ejecución, no se necesita la circunstancia del segundo extremo del artículo citado 931 [acreditar el motivo racional para creer que el deudor ocultará o malbatará sus bienes]; *de manera que va a verificarse en muchos casos una cosa muy rara, y es que se necesiten menos requisitos para una ejecución que para un embargo preventivo,* lo que no deja de parecernos extraño".[360]

Lo anterior fue determinante para el escaso desarrollo de la tutela cautelar española, principalmente en el momento de hacer crisis la tutela cautelar clásica. El desarrollo que en el Derecho comparado han tenido las providencias cautelares indeterminadas

Processeinreden und die Processvoraussetzungen (*La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos del proceso*), (Giessen, 1868). *Vid.* ALCALÁ ZAMORA, "Notas...", ob. cit., p. 220. Tampoco se puede desconocer que en esa época y en buena parte del siglo XX la doctrina española no se encontraba preparada para efectuar esta labor. Así, GUASP escribía hacia 1943: "Lo que sí se puede deducir de la falta de preparación general de nuestra doctrina para el tratamiento científico de los temas planteados por el proceso civil es la inconveniencia de componer en este momento obras compendiosas, de tipo institucional, que son solamente fructíferas cuando la doctrina ha llegado a tal punto de saturación que puede ser condensada en breves proposiciones. Necesitamos más bien en España obras de carácter extenso, explicativas de las premisas que utilizan y de las conclusiones que obtienen, más que resumidoras, y creo que el no haberse dado cuenta de esta verdad es una de las causas que explican algunos lamentables fracasos que en nuestro terreno hemos presenciado recientemente". *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 1943, p. VII.

[360] NOGUÉS SECALL, *Tratado...*, ob. cit., t. I, p. 173. (El destacado es nuestro).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

ha sido en gran parte inhibido en España por esta pronta subordinación. Pero tampoco podemos arrojar toda esta culpa sobre el legislador de 1855 o sobre el de 1830, ellos dieron un impulso decisivo a esta materia que no fue debidamente canalizado por el legislador de 1881, pues reiterará en esta materia las deficiencias ya apuntadas.

4. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

4.1. *Estado de la cuestión*

4.43. Entre las reformas más importantes que se realizaron a la Ley de enjuiciamiento civil 1855 cabe mencionar el decreto de 6 de junio de 1868 sobre unificación de fueros y supresión de tribunales especiales, que añadió a la ley reformada varios títulos. Asimismo, derogó la Ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830, disponiéndose que los procedimientos en toda clase de juicios se ajustaran a las prescripciones de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, con lo cual quedaron derogadas todas las normas que sobre el embargo provisional se contenía en esta ley.[361] La Ley del poder judicial de 15 de septiembre de 1870, que modificó los procedimientos especialmente en materia de competencia; la ley de 20 de junio de 1877, que sustituyó el título XII sobre desahucio; y la ley de casación de 22 de abril de 1878 que derogó a la ley de 18 de junio de 1870 que, por su parte, había suprimido el título XXI de la Ley de enjuiciamiento civil.

Con todo, las mencionadas reformas no lograron paliar el déficit que mostraba la ley de 1855, lo que acentuó la necesidad de su completa modificación. Manresa, refiriéndose a las críticas vertidas por él y Reus a la ley de 1855, señalaba que "el tiempo nos ha dado la razón, viniendo a demostrar que no era exagerado nuestro juicio. Para suplir omisiones y corregir defectos, unos de la ley y otros de su mala aplicación, se introdujeron algunas reformas parciales. Pero esto no bastaba: era necesario la revisión total de la ley, y atendiendo el gobierno a las exigencias de la opinión pública, manifestadas en

[361] Observa Montero Aroca que "la unificación de fueros supuso así la unificación de los procesos civil y mercantil, pero no por fusión sino por supresión, quedando únicamente en pie el peor de los dos. El proceso mercantil, que tantos siglos de experiencia acumulaba, simplemente desapareció". "Juicio...", ob. cit., p. 163.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la prensa y en las Cortes, en 12 de septiembre de 1878 el Ministro de Gracia y Justicia, Calderón y Collantes, comunicó al Presidente de la sección primera de la Comisión general de codificación la siguiente real orden:

'S.M. el Rey (Q.D.G.) se ha dignado mandar que la Comisión codificadora, que dignamente preside V.E. se dedique con la mayor actividad posible al examen de las reformas que deben introducirse en la ley de Enjuiciamiento civil'".[362]

[362] Manresa, *Comentarios...*, ob. cit., t. I, p. 6. Incluso meses antes de la Real orden, en el mes de febrero de 1878, se había presentado en el Congreso de los Diputados una proposición de ley con objeto de reformar la Ley de enjuiciamiento civil. Expresaba a este propósito el diputado Maspons: "La necesidad de la reforma de la vigente ley de enjuiciamiento civil es vivamente sentida por el país, y a satisfacerla se han dirigido, no sólo la creación de una Comisión encargada de la reforma en 1872, sino también las variaciones que en varias partes de aquella se han hecho desde que fue promulgada, algunas de las cuales, doloroso es decirlo, no guardan armonía con los principios y sistema fundamental de ella, ni obedecen a otro criterio que el de atajar por medios empíricos abusos en la práctica introducidos por curiales y litigantes de mala fe. Sin embargo las reformas hechas no han bastado a satisfacer la necesidad sentida, y hoy se encuentra el país con una ley de procedimiento no del todo armónica, y con grandes abusos que en ella no tienen remedio. Hoy es aun posible a un litigante de mala fe dilatar un pleito por años y años y obligar a su adversario a sufrir daños muchas veces irreparables y a consumir cantidades que en raras ocasiones son totalmente reintegradas". *Diario de las sesiones de Cortes, Congreso de los diputados*, t. I, apéndice quinto al Nº 5, sesión del 21 de febrero de 1878, p. 1. Deseo destacar a la luz de esta proposición de reforma la enorme confusión que había en aquellos años entre las medidas cautelares y las normas del juicio ejecutivo. En efecto, en las bases del proyecto de reforma de la Ley de enjuiciamiento civil se contemplaban en su Nº 27, a propósito del juicio ejecutivo y junto al embargo ejecutivo, las figuras del secuestro de bienes, la anotación preventiva de la demanda, y una especie de medida cautelar indeterminada. Veamos lo que disponía el referido numeral: "Presentada que sea la demanda ejecutiva, el tribunal, a petición de parte, practicará o mandará practicar lo siguiente antes de citar al deudor para la contestación: si fuere objeto de la demanda el pago de una cantidad líquida, mandará que se embarguen al deudor bienes bastantes para asegurar el pago del capital, intereses vencidos y costas causadas hasta el acto del requerimiento, y el de los intereses que pudieran devengarse y costas que pudieren ocasionarse durante y con la tramitación del juicio. *Si fuere objeto de la demanda la entrega de una cosa mueble, mandará el depósito de esta. Si fuere objeto de la demanda la entrega de un inmueble, ordenará que la demanda se anote en el Registro de la propiedad correspondiente. Y si fuere objeto de la demanda una obligación de hacer o de no hacer, tomará el tribunal las medidas convenientes para que durante la tramitación del juicio no se haga imposible o muy difícil el cumplimiento de la obligación*". (Nótese que en esta última facultad puede estar el origen del art. 1428 de la LEC). Ídem, pp. 6 y 7. (El destacado es nuestro). La otra referencia que la proposición de ley contiene sobre las medidas cautelares está dada ¡cómo no! a propósito del cumplimiento de las sentencias judiciales extranjeras. *Vid.* base Nº 137, ídem, p. 11.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

4.1.1. Primeros trabajos de la sección primera de la Comisión de codificación (1879-1880)

4.44. Una vez constituida la sección primera de la comisión de códigos bajo la presidencia de Alonso Martínez, con fecha 10 de octubre de 1878, comenzó la preparación de la reforma de la Ley de enjuiciamiento civil, según lo dispuesto por la real orden y se estableció el correspondiente plan de trabajo. Dado el reducido número de vocales de la sección primera, el Presidente señaló que "podrían desde el momento distribuirse los trabajos entre los señores vocales presentes, y volver a reunirse la sección luego que hubiere ya alguno preparado. Desde luego [se] encontraba trazado en la real orden el pensamiento fundamental de esta tarea, puesto que *da como base de ella la misma Ley de enjuiciamiento civil existente y no un trabajo nuevo*, lo cual halla muy razonable, y procediendo a ella, se encargó la revisión de los títulos 1º, 2º, 3º de la Ley al Sr. GUTIÉRREZ; los títulos 7º y 8º últimos de la Ley al Sr. MANRESA y se reservó los títulos 4º, 5º y 6º".[363] A partir de la segunda sesión de 21 de octubre de 1878, en la que se incorporó el Sr. GONZÁLEZ como vocal, los miembros de la sección primera comenzaron a dar cuenta y a discutir los respectivos trabajos de reforma de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855.

En la sesión celebrada el día 9 de junio de 1879 correspondió discutir las reformas que se proponían a la regulación del embargo preventivo. En dicha sesión se refundieron algunos artículos, se crearon unos nuevos, otros se mantuvieron prácticamente sin variación y, en general, se trató de resolver mediante las reformas propuestas las deficiencias que en esta materia se habían detectado en la práctica del foro español. Al respecto, se indica en la correspondiente acta que "reunidos los señores que quedan anotados bajo la presidencia de D. Manuel Alonso Martínez, y continuando la discusión pendiente sobre la reforma de le Ley de enjuiciamiento civil, dio cuenta el señor González del trabajo que traía hecho sobre los embargos preventivos".[364] Sobre el detalle mismo de esta

[363] "Acta Nº 1 celebrada por la Comisión General de Codificación el día 10 de octubre de 1878", en *Actas de las sesiones celebradas sobre reforma de la Ley de enjuiciamiento civil, años 1878, 1879 y 1880*, legajo 17, p. 1 vuelta. (El destacado es nuestro).

[364] "Acta Nº 39 celebrada por la Comisión General de Codificación el día 9 de junio de 1879", en *Actas de las sesiones...*, ob. cit., p. 88. Curiosamente esta sesión es omitida por LASSO GAITE, quien en su estudio pasa de la sesión Nº 38, de 5 de junio de 1879 (relativa a los interdictos de adquirir, recobrar y retener), directamente a la sesión Nº 40, de 19 de junio de 1879 (relativa al interdicto de obra nueva). *Vid. Crónica...*, ob. cit., Nº 2, pp. 144-145.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

sesión se volverá más adelante; adelanto que en ella sólo figuraba como medida provisional el embargo preventivo; no hubo ninguna proposición en orden a incorporar nuevas medidas provisionales, ni se planteó alguna duda o inquietud a este respecto. Luego veremos que las otras dos medidas cautelares que finalmente se contemplaron en la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, esto es, el nombramiento de un interventor judicial y las denominadas medidas cautelares indeterminadas, aparecerán "mágicamente" a última hora y no por obra de la aludida sección primera ni de alguno de sus vocales.

4.1.2. Revisión de los trabajos de la sección primera de la Comisión de codificación (1880-1881)

4.45. Los trabajos de discusión y aprobación de los artículos que reformaban la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, a cargo de la sección primera de la Comisión de codificación, concluyeron en la sesión del 11 de mayo de 1880. Todos estos trabajos fueron entregados al vocal de dicha sección, Sr. Manresa, quien con base en ellos, pero introduciendo importantes modificaciones propias, redactó el proyecto definitivo de la nueva Ley de enjuiciamiento civil española. La revisión de este proyecto por parte de la sección primera de la Comisión de Codificación, en esta nueva etapa –con la incorporación de cuatro vocales nuevos– comenzó el día 2 de noviembre de 1880. Al efecto, expresó el Sr. presidente Alonso Martínez, dando cuenta del estado de los trabajos de la sección, que "esta se había resistido a hacer la compilación del Enjuiciamiento civil ordenada por la ley de 30 de noviembre de 1878, comprendiendo los inconvenientes que este trabajo ofrecía y considerando además que en el tiempo que se le dedicase podía hacerse la Ley en que ahora se ocupa la sección". Entiendo, por tanto, que el criterio había cambiado y que ya no se trabajaba en una simple reforma a la ley de enjuiciamiento de 1855, sino en una nueva Ley. Continuó el presidente señalando que "en efecto esta ley, y a fin de darle la última mano, ordenando y armonizando todos los trabajos, se le entregó al Sr. Manresa, que ha llevado a cabo su trabajo con gran honra suya, habiéndose impreso la parte que está ya terminada para su revisión definitiva".[365] MAN-

[365] "Acta Nº 1 celebrada por la Comisión General de Codificación el día 2 de noviembre de 1880", en *Actas de las sesiones celebradas sobre reforma de la Ley de enjuiciamiento civil y Código Civil, años 1880-1881*, legajo 18, p. 1 vuelta.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

RESA, por su parte, manifestó que "le tocaba dar explicaciones de lo que se ha hecho atendida la parte tan principal que en la redacción de la ley ha tenido; que toda ella había sido discutida y aprobada por la sección después de lo cual se le dio el trabajo para revisarlo y ordenarlo y que al hacerlo había tenido presentes dos cosas como fundamentales, a saber, las bases aprobadas por las Cortes [a la que luego nos referiremos] y los acuerdos de la Comisión; de suerte que su tarea ha consistido en organizar y armonizar todo el trabajo de la Sección lo cual no es posible que resulte hecho desde luego en obras que van elaborándose poco a poco ya que este fin había necesitado introducir alteraciones, no sólo en los trabajos de sus compañeros de sección, sino que en lo que el mismo había hecho, a fin de ponerlo en armonía con lo acordado".[366]

4.46. En relación con los embargos preventivos debe señalarse que en la tarea de redacción del proyecto definitivo de la nueva Ley de enjuiciamiento civil, MANRESA no se ajustó del todo a los acuerdos alcanzados la sesión de 9 de junio de 1879 que, según se recordará, había tratado precisamente de las reformas que debían introducirse a esta medida cautelar. En efecto, en relación con las modificaciones que allí se introdujeron aparecen ahora en el proyecto nuevos artículos que no fueron discutidos con anterioridad; otros fueron refundidos sin que ello conste en el acta correspondiente; la redacción de prácticamente todos los artículos no se ajusta a la que se había dado por la sección primera; e inclusive, y esto tal vez sea lo más sorprendente, algunos artículos que habían sido aprobados contra el expreso parecer de MANRESA, fueron redactados finalmente de la manera que él había propuesto. En definitiva, resultó verdadera su afirmación de que al redactar la Ley había introducido alteraciones en los trabajos de sus compañeros de sección.[367]

[366] Ídem, p. 1 vuelta.

[367] Debe advertirse que al discutirse el embargo preventivo en la sesión de 9 de junio de 1879 se siguió la enumeración de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, esto es, se empezó con el art. 930 y se concluyó en el art. 940, aun cuando se crearon nuevos artículos sin que en ese momento se les asignara una determinada numeración. En qué momento el art. 930 pasó a ser el definitivo art. 1397 de la Ley de 1881 no es claro. Por de pronto, parece no serlo en el trabajo de redacción de MANRESA, porque al ver las sesiones en las que se discutió su trabajo, concretamente las sesiones relativas a los arts. 1397 y siguientes, estos se refieren al juicio ejecutivo y no al embargo preventivo. *Vid.* "Actas Nos 16 y 17 celebradas por la Comisión General de Codificación los días 24 y 28 de diciembre de 1880, respectivamente", en *Actas de las sesiones celebradas sobre reforma de la Ley de enjuiciamiento civil y Código Civil, años 1880-1881*, legajo 18, pp. 35-38.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

4.47. Los artículos relativos al embargo preventivo, en la forma redactada finalmente por MANRESA, no sufrieron ninguna modificación en el trabajo de revisión a la que se dedicó en esta segunda etapa la sección primera de la Comisión de codificación. Esto se explica, en gran medida, debido al apuro con el cual se realizó en general este trabajo. Recordemos que al presentar el proyecto de ley el presidente de la sección primera dio cuenta de la enorme premura que existía en el Gobierno por ver concluidos los trabajos, indicando que al hacerse la revisión definitiva "no puede menos que manifestar [...] a la sección la gran urgencia que el Ministro recomienda a ella, urgencia que se explica por la responsabilidad que el Ministro tiene contraída de publicar pronto este trabajo una vez aprobadas las bases por el Congreso y también por el natural deseo de suscribirlo y publicarlo, y con el fin de conciliarlo todo es necesario hacer esta revisión sin entrar en el pormenor de los artículos del proyecto, fijándose sólo en los puntos importantes [...], creyendo que si los nuevos señores vocales no hallaran suficiente este breve estudio para adquirir un conocimiento exacto del proyecto, toda su responsabilidad sobre este punto quedaría salvada consignándose en el acta lo que acaba de decir".[368]

4.48. Lo que sí aparecerá en materia de medidas cautelares, y completamente *ex novo*, es la sección segunda relativa al aseguramiento de bienes litigiosos que acompaña al embargo preventivo; pero esta sección no surge, según ya se adelantó, ni de la redacción de Manresa ni de la revisión del mismo por la sección primera de la Comisión de codificación, sino por iniciativa exclusiva del Ministro de Gracia y Justicia de ese entonces, señor Álvarez Bugallal, quien al casi finalizar los trabajos de revisión y a escasos cuatro días de la publicación de la nueva ley, incorporó, según veremos más adelante, las disposiciones correspondientes.

4.1.3. La Ley de bases del enjuiciamiento civil de 1881

4.49. Las bases aprobadas por las Cortes, que MANRESA señala haber tenido muy presentes al redactar el proyecto definitivo de la nueva Ley de enjuiciamiento civil, son las que el Gobierno había presentado al Parlamento a fin de obtener la autorización necesaria para realizar

[368] "Acta Nº 1 celebrada por la Comisión General de Codificación el día 2 de noviembre de 1880", en *Actas...*, ob. cit., p. 1 vuelta.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la reforma. Bases que fueron incluidas en el proyecto de ley que se presentó por el Gobierno a las Cortes el 2 de febrero de 1880.[369]

4.50. Conviene destacar que he examinadao detenidamente las actas en que se contiene la discusión producida en el Senado y en el Congreso de los Diputados con motivo del proyecto de ley, así como respecto de las diferentes enmiendas presentadas por los

[369] En el aludido proyecto se contenían originalmente 23 bases (*Vid.* el texto íntegro del proyecto en *Colección legislativa de España*, t. CXXIV, Madrid, 1880, pp. 172-175). En la comisión del Senado se introdujeron al proyecto algunas ligeras enmiendas, más bien de forma que de fondo, quedando las bases reducidas a 19. El dictamen de la comisión fue objeto de discusión en el Senado a partir de la sesión Nº 102, del 9 de abril de 1880, hasta la sesión Nº 106, del 14 de abril de ese año (*Vid. Diario de las sesiones de Cortes, Senado*, legislación de 1879-1880, t. III, Madrid, 1880, pp. 1.469-1.566); siendo finalmente aprobado el proyecto de ley en la sesión Nº 108, del 17 de abril de 1880, y pasando al Congreso de los Diputados para los efectos oportunos. (*Vid. Diario de las sesiones de Cortes, Senado*, legislación de 1879-1880, t. III, Madrid, 1880, pp. 1.590 y 1.591, así como el apéndice sexto a la sesión Nº 108, pp. 1-3). Por su parte, la comisión del Congreso de los Diputados no introdujo ninguna enmienda al proyecto presentado por el Senado, remitiéndolo al Congreso de los Diputados para su examen en la sesión del 17 de junio de 1880. (*Vid. Diario de las sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, legislación de 1879-1880, t. IX, Madrid, 1880, apéndice segundo a la sesión Nº 191, pp. 1-3); fecha en la que comenzó la discusión del mismo, finalizando dicha discusión y aprobándose definitivamente el proyecto de ley en la sesión del 18 de junio de 1880. (*Vid. Diario de las sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, legislación de 1879-1880, t. IX, Madrid, 1880, sesión Nos 192 y 193, pp. 4.934-4.950, con excepción de la 4.938, y 4.967-4986. *Vid.*, asimismo, el apéndice quinto a la sesión Nº 193, pp. 1 y 2). El proyecto así aprobado fue enviado por el Congreso para la sanción real, que ocurrió el 21 de junio de ese año. De este modo, el Gobierno quedaba autorizado para reformar y publicar la nueva Ley de enjuiciamiento civil. De las bases contenidas en la aludida ley destacamos, por ser las más relacionadas con nuestro tema, las números 1, 11 y 15. "Art. 1º. Se autoriza al Gobierno de S.M. para que, oyendo a la sección correspondiente de la Comisión general de codificación, proceda a reformar y publicar la Ley de Enjuiciamiento civil, con sujeción a las bases siguientes: 1. Adoptar una tramitación que abrevie la duración de los juicios, tanto cuanto permitan el interés de la defensa y el acierto en los fallos, estableciendo al efecto reglas fijas y preceptos rigurosos para que no se consientan escritos ni diligencias inútiles; para que se observen los términos judiciales y sean eficaces los apremios, sin permitir en ningún caso más de uno, y para que se hagan efectivas las multas del litigante que diere lugar a ellas. [...]. 11. Declarar que la acción ejecutiva procede también por deudas en especie cuando se reduzcan a cantidad líquida en metálico; no admitir en el juicio ejecutivo otros incidentes que los que nazcan de las cuestiones de competencia o de acumulación a un juicio universal [...] 15. Hacer extensivo el embargo preventivo al caso en que el deudor no supiere firmar y lo hubiere hecho otro a su ruego, siempre que citado aquel dos veces en un corto plazo no hubiese comparecido". *Vid.* el texto íntegro de la ley en *Colección legislativa de España*, t. CXXIV (segunda parte), Madrid, 1881, pp. 1.255-1.259.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

congresistas, disfrutando en más de alguna ocasión con ello.[370] Sin embargo, no encontré referencia alguna que diera cuenta de las medidas provisionales de seguridad, ni consideradas en sí mismas, ni en cuanto medidas necesarias e indispensables en la tramitación de los pleitos. Por contraste, en dicha discusión sí se contienen muchísimas referencias a lo dilatado y dispendioso de los procesos judiciales, y a las diferentes formas de terminar con dicho flagelo.[371] Esta apatía manifestada en el siglo XIX respecto de las medidas cautelares obedece, en mi parecer, a que si bien la tutela cautelar tiene su base legislativa en los códigos decimonónicos, su desarrollo, expansión y crisis son propias del siglo XX al entrar en total trance la tutela ordinaria.[372]

4.51. La nueva Ley de enjuiciamiento civil fue promulgada mediante Real Decreto del 3 de febrero de 1881, con vigencia a partir del 1 de abril siguiente. En cuanto a su forma, la nueva ley se encuentra dividida en tres libros, cada uno de ellos en títulos y estos, por lo

[370] No puedo dejar de mencionar una curiosa y divertida anécdota. Disgustado el congresista SILVELA por el constante rechazo de sus enmiendas y ya resignado señaló: "Yo no sé si me alegraré o si sentiré que esta ley no llegue a formarse, porque si la ley es conforme a estas bases, creo que efectivamente mejoraremos un poco, pero no tanto como la opinión reclama [...]". Agregando, "yo sobre esto he de decir que se me ocurre lo que decía aquel cojo que veía a otro que cojeaba con poca actividad, con poca gracia, con poca soltura: 'para cojear así, más vale no cojear'. Si la reforma se ha de hacer con arreglo a estas bases, más vale que no se haga". *Diario de las sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados*, legislatura de 1879-1880, tomo IX, Madrid, 1880, sesión Nº 193, p. 4.969.

[371] Así, y sólo a modo de muestra cito: "O se quiere o no se quiere una tramitación breve, si se quiere que la tramitación sea breve, no hay más remedio que ese [que no entreguen los autos y que los términos fueran completamente improrrogables]". Diputado SILVELA, Diario de las sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, legislación de 1879-1880, t. IX, Madrid, 1880, sesión Nº 192, pp. 4.944 y 4.945).

[372] Véase que la única referencia que encontramos a los embargos preventivos es una observación genérica realizada a todas las bases, y sólo para decir que ello es una materia de escasa relevancia en la proyectada reforma. En efecto, señaló el senador Sr. SEOANE: "Porque si queréis que os diga mi opinión sobre el conjunto de reformas que proponéis en la ley de enjuiciamiento, excepto en la base 19 [...], os diré que esas reformas que se contienen en las 18 primeras bases son unas reformas pequeñas, son unas reformas de pormenores y no resuelven cuestiones importantes que están embarazando a los hombres pensadores de Europa, que en aquellos países donde se hacen reformas en el procedimiento están procurando resolverlas de una o de otra manera [...]. Os ocupáis de los alegatos de bien probando, de los concursos, de los abintestatos, de las tercerías, *de los embargos preventivos*, [...]". Diario de las sesiones de Cortes, Senado, legislación de 1879-1880, t. III, Madrid, 1880, sesión Nº 104, p. 1.514.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

general, en secciones. En el libro primero se regulan las disposiciones comunes a todos los procedimientos tanto de la jurisdicción contenciosa como voluntaria; en el libro segundo, por su parte, se reglamentan las normas relativas a los procedimientos de la jurisdicción contenciosa; y, finalmente, en el libro tercero lo relativo a los actos voluntarios.

4.52. Esta ley sin duda constituyó un avance en relación con la anterior de 1855, se aprecia el uso de una mejor técnica legislativa y, en general, sus artículos presentan una mejor redacción, pero a decir verdad tampoco fue ella la solución que requería el foro español. A esas alturas de la evolución de la ciencia procesal ya se contaba con elementos que podían estructurar una más completa y acabada ley. Por el contrario, siguió ella anclada, en cuanto al procedimiento madre, al viejo juicio de mayor cuantía que tan ineficaz se había mostrado ya para entonces. Como ha observado ALCALÁ ZAMORA, "la ley de 3 de febrero de 1881 no se decidió tampoco a ser un Código procesal civil; se contentó con ser una *reforma* de la de 1855 en los sectores en que los resultados desfavorables o las lagunas de mayor bulto de la misma la hacían más imperiosa, y con refundir en su texto las disposiciones procesales mercantiles [...]".[373] Agregando el citado autor que "entre las mayores torpezas cometidas por el legislador de 1881, figura la cifra, a todas luces excesiva, de *procedimientos* diversos que colocó en la ley. No sólo no supo atajar un mal que ya provenía de la Ley de 1855, sino que lo agravó al incorporar a su texto la materia procesal mercantil. A la Ley de Enjuiciamiento actual no le basta con *dos* procedimientos declarativos, sino que necesita *tres*,

[373] "Notas...", ob. cit., p. 221. Por lo demás, ese fue el espíritu con el cual se otorgó por las Cámaras legislativas la autorización al Gobierno. Así, en la discusión de la Ley de bases de 21 de junio de 1880, el diputado Moret y Prendergast, contestando una intervención del diputado Silvela, expresaba: "Pero hay otra consideración [...] que me parece también ha sido olvidada por el Sr. Silvela. ¿Qué es lo que se discute? El Congreso tiene delante un proyecto de bases que van a servir para la redacción de una ley, no van a servir para crear una ley nueva, un Código nuevo; son simplemente indicaciones de una serie de reformas que hay que hacer sobre un enjuiciamiento viejo". Diario de las sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, legislación de 1879-1880, t. IX, Madrid, 1880, sesión Nº 192, pp. 4.946. En el mismo sentido se pronunció el diputado Sr. Albacete contestando una intervención del diputado Sr. Gil Berges: "Por consiguiente, yo creo que de una manera acertada, que acertando es siempre caminar por los términos de la prudencia, lo que nosotros proponemos es lo único realizable en el momento presente como programa, como sistema, como fórmula de una ley de enjuiciamiento de futuro [...]". Diario de las sesiones de Cortes, Congreso de los Diputados, legislación de 1879-1880, t. IX, Madrid, 1880, sesión Nº 193, p. 4.972.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

aunque uno de ellos de toda la sensación de *mastodonte* procesal que causa el juicio de mayor cuantía [...]; y, sin embargo, no existe, y bastaría con él, *un único pero auténtico* procedimiento sumario para proveer a las demandas de carácter urgente y a la adopción rápida de medidas provisionales de seguridad".[374]

En todo caso, no deja de ser curioso lo que ocurrió con la Ley de 1881, la cual, como observó MONTERO AROCA,[375] desde su promulgación produjo de manera inmediata una reacción contraria en los ambientes forenses. Ello se reflejó en los enormes deseos de reforma que manifestaban los autores de aquellos años, así como de los mejores procesalistas de los años treinta. Pero desde entonces "lo cierto es que el Centenario de la LEC ha coincidido con un cambio general en el tono de las críticas, pudiendo observarse una cierta aspiración a dejar las cosas como están, a mantenerlas [...]. Tanto han cambiado las cosas que ahora se habla casi cariñosamente de "nuestra Ley antañosa", y se la considera un "verdadero monumento legislativo".[376]

Pero no hay que llevarse a engaños por este acomodo que suele ocurrir en la *praxis* del foro; como ha observado MONTERO AROCA, "la LEC es, sin duda, el peor de los cuerpos legales realizados a finales del siglo XIX".[377] Es por esto que puede afirmarse que la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 nació, en palabras de MORENO CATENA, vieja y caduca. Trató de inspirarse en principios innovadores pero en la práctica no fue mucho lo que innovó, sino más bien consolidó lo existente.

4.2. *Regulación de las medidas provisionales de seguridad en la Ley de enjuiciamiento civil de 1881*

4.2.1. Planteamiento

4.53. Las deficiencias prácticas más importantes que se habían detectado en la Ley de enjuiciamiento de 1855, en lo que se refiere a las medidas provisionales de seguridad, se relacionaban con el limitado campo de acción de que disponía el embargo preventivo como medio de cautela de los derechos de los acreedores. De acuerdo con la Ley

[374] "Notas...", ob. cit., pp. 225 y 226.
[375] *Vid.* "Juicio crítico... ", ob. cit., pp. 155-180.
[376] Ídem, pp. 155 y 156.
[377] "Juicio...", ob. cit., p. 156.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de enjuiciamiento civil de 1855, el embargo preventivo sólo tenía aplicación respecto de obligaciones dinerarias o de aquellas deudas en especie reducibles a metálico, por lo que había quedado un vasto número de situaciones sin un adecuado resguardo, entre ellas, todo el ámbito de las obligaciones de entregar una cosa específica, de hacer o de no hacer. En relación con esta situación, MANRESA expresaba que la ley de 1855 "se limitó a los embargos preventivos, y como la experiencia había demostrado la necesidad de ordenar también el procedimiento para los demás casos en que la equidad y la justicia exigían el secuestro o depósito de los bienes litigiosos para asegurar las resultas del juicio, al reformarla se suplió aquella omisión, adicionando la sección 2ª de este título".[378] Afirmaba, asimismo, que "con los embargos preventivos no se llenaban todas las exigencias de la justicia: limitados a los casos, y con los requisitos determinados en la ley, no pueden utilizarse para asegurar las resultas del juicio, cuando se demanda por acción real o el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, o de entregar cosas específicas. Tampoco era suficiente a dicho fin la anotación preventiva de la demanda, que autoriza el art. 42 de la Ley Hipotecaria, pues quedando los inmuebles en poder del demandado, podía destruirlo o cometer otros abusos que disminuyeran su valor durante la sustanciación del juicio".[379]

4.54. A efectos de solucionar los problemas reseñados la nueva ley añadió al título XIV, denominado ahora *De los embargos preventivos y del aseguramiento de los bienes litigiosos*, arts. 1397 al 1428, una sección segunda encargada de regular precisamente la situación de los bienes en litigio. REUS observa al respecto que "pocas reformas ha hecho la ley que anotamos en el punto del procedimiento que vamos a examinar. La más importante, ha sido la de dividir este título en dos secciones; la primera para ocuparse de los embargos preventivos, de que sólo trataba el título XIX de la ley anterior [la de 1855] y otra para el aseguramiento de los bienes litigiosos, sección nueva e importante [...]".[380]

En todo caso, y más allá de la mejora formal, la nueva ley de enjuiciamiento civil contenía, en términos generales, una regulación más completa y acabada de las medidas cautelares que la de la anterior ley: los artículos fueron redactados utilizando una

[378] *Comentarios...*, ob. cit., t. V, p. 383.

[379] MANRESA, *Comentarios...*, op. cit., t. V. p. 384. En el mismo sentido *vid.* RIVES Y MARTÍ, *Ley de enjuiciamiento civil*, vol. segundo, Madrid, 1912, pp. 177 y 178.

[380] *Ley de enjuiciamiento civil*, t. III, Madrid, 1882, p. 332.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

mejor técnica legislativa; las características de las medidas cautelares, que serán posteriormente sistematizadas por la doctrina del siglo XX, aparecen más nítidas que en la legislación precedente; los derechos de los acreedores en esta fase provisional se encuentran mejor amparados, intentándose crear por el legislador de 1881 –ya veremos si lo consiguió– una especie de círculo que abarcase todos los eventuales riesgos a que podía verse sometida la pretensión del demandante durante la substanciación del juicio. Así, junto al embargo preventivo, que se reguló en la sección primera del título XIV, arts. 1397 a 1418, aparecieron en la sección segunda del aludido título XIV, arts. 1419 a 1428, la figura del interventor judicial, y, principalmente, las denominadas medidas cautelares indeterminadas o innominadas, contenidas en el art. 1428 de la ley, que facultaron al tribunal para adoptar los resguardos que según las circunstancias fueren necesarios para asegurar la efectividad de la sentencia, todo ello tratándose de obligaciones de entregar una cosa específica, de hacer o no hacer.

4.55. Pese a estos avances, desde el punto de vista de las medidas cautelares es censurable que la ley de 1881 no haya sido capaz de elaborar un verdadero sistema en torno a ellas, nombre que ni siquiera utilizó, y de no haberlas regulado en un título homogéneo y bajo una misma denominación. Más allá de las naturales diferencias que pueden existir entre las particulares medidas cautelares, no aparecen informadas por unos mismos requisitos y elementos que hubieren ayudado a uniformar su aplicación y estudio. Tampoco apareció en la regulación de la ley de 1881 un objetivo común a todas ellas, sino que cada medida pareciera tener un fin independiente y aislado de las demás, pese a que el nuevo encabezado del título XIV, *De los embargos preventivos y del aseguramiento de los bienes litigiosos*, podría dar a entender lo contrario. De hecho, la única finalidad genérica que se puede extraer de esta reglamentación está dada a propósito de las medidas indeterminadas del art. 1428, al hablar la ley de *asegurar la efectividad de la sentencia.*[381] Esta situación se explica, en gran medida, por la falta de unidad que había en el momento de redactar los artículos relativos a las medidas cautelares y que reflejarán la idea que sobre el particular tenía cada redactor. En efecto, ya sabemos que las normas referentes a los embargos preventivos, sección primera del título XIV, arts. 1397 a 1418, siguieron el criterio de la sección

[381] Frase que más adelante veremos resultó extremadamente indeterminada para permitir un adecuado desarrollo a este artículo.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

primera de la Comisión de codificación en su primera etapa que era, según se recordará, sólo reformar la ley de 1855, y en muy gran medida, el pensamiento que sobre dichos artículos tuvo MANRESA al redactarlos definitivamente. En cambio, la sección segunda del aludido título XIV, arts. 1419 a 1428, ya sabemos que obedeció a otro criterio, el del trabajo del Ministro de Gracia y Justicia Álvarez Bugallal; trabajo que, en verdad, ni siquiera pudo ser discutido seria y profundamente por la sección primera de la Comisión de codificación, pero que en todo caso no encontró en MANRESA una favorable acogida.

Como ha observado PRIETO CASTRO, refiriéndose a las medidas aseguratorias en el Derecho español, "con una falta absoluta de unidad en el sistema, en la técnica y en la orientación histórica, nuestra legislación establece una serie de medidas aseguratorias con la que no se agotan las hipótesis imaginables, y en las que al lado de los claros residuos del Derecho romano que son de advertir, por ejemplo, en las definiciones y formas de depósitos secuestrarios que conoce, aparecen trasladados a nuestros días los conceptos que en el derecho estatutario de los siglos medios y posteriores predominaban acerca del aseguramiento contra la insolvencia del deudor por obligación de personal; y junto a todo esto, aparece la técnica más perfecta de la Ley hipotecaria o las innovaciones que respecto de la legislación de 1855 introdujo la LEC vigente, con el aseguramiento de bienes litigiosos por intervención de su administración y las amplias medidas (no especificadas) del art. 1428, destinadas a garantizar obligaciones de entregar cosa específica, de hacer y de no hacer, que recuerdan la institución francesa llamada *astreinte*".[382] En esta crítica que realiza PRIETO CASTRO queda patente lo que señalamos en cuanto a los distintos criterios que imperaron en el legislador procesal de 1881 en materia de medidas provisionales; por un lado, el pensamiento más medieval radicado en la figura del embargo preventivo, que sólo es modificado levemente en relación con la regulación que efectuó el legislador de 1855, y, por el otro, el pensamiento más moderno de incorporar nuevas medidas cautelares, y principalmente las denominadas medidas cautelares indeterminadas.

[382] *Derecho procesal civil*, t. II, Zaragoza, 1952, pp. 524 y 525. Crítica que PRIETO CASTRO reiterará al referirse a los enormes problemas que presentaba el sistema de ejecuciones en el Derecho procesal español: "Pero todavía contribuye a este perjuicio la forma de regulación de las medidas cautelares. Podemos decir, que, sobre todo, el embargo preventivo es hoy una reproducción de la del siglo XIII. El peligro objetivo de frustración de la ejecución no está recogido en la Ley de enjuiciamiento civil. Parece, además, que sólo preocupa aquí, es curioso, el deudor comerciante, pero no los demás deudores (como si no existieran o, existiendo, debieran tener "patente de corso"). Basta ver el art. 1400 de la Ley de enjuiciamiento civil: el temor de fuga, ligado a la extranjería, o la falta de domicilio unido a exigencias un poco minuciosas, son las únicas causas que permiten al acreedor obtener un aseguramiento previo de su crédito. La inmensa variedad de medidas cautelares de otros sistemas, como el austríaco, el alemán y el italiano, son desconocidas en nuestro Derecho, donde únicamente el secuestro de la cosa mueble y las medidas innominadas del art. 1428 constituyen una pequeña defensa para obligaciones de dar y de hacer. Así queda establecido un contraste con aquellos otros sistemas, donde el juez tiene gran libertad para decretar medidas de aseguramiento". "Correcciones al derecho sobre ejecución forzosa de la Ley de enjuiciamiento civil" en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, segunda época, t. XXIII, (1952), pp. 513-549, la cita está en la p. 523. Significativo, en todo caso, resulta el lugar donde PRIETO CASTRO efectúa esta crítica, a propósito de la ejecución forzosa. Ahora bien, la deficiente regulación de la ley de 1881 lleva a GUASP, en materia de lo que él denomina aseguramiento de una ejecución satisfactiva en la que lo que se persigue es la entrega de una cosa distinta del dinero, a acudir a figuras del Código Civil: "El medio adecuado para conseguir esa cautela o aseguramiento estriba, como fácilmente se comprende, en una garantía que recaiga *sobre el objeto concreto* a que la ejecución, por definición se refiere. [...]. En el derecho español, en principio, puede considerarse que atiende a esa finalidad la institución jurídica que se llama *secuestro* y que es regulada, no en las leyes procesales, sino en el CC, por considerarla como una manifestación del depósito, precisamente el llamado depósito judicial. [...]. No existe, sin embargo, ningún precepto de la LEC que trate del secuestro como institución cautelar determinada. En consecuencia, tiene que reconstruirse aquí el proceso cautelar en cuestión sobre la base de una aplicación de las líneas generales de las disposiciones ideadas para los otros procesos de la misma índole". *Derecho procesal...*, ob. cit., pp. 1.365 y 1.366.

Se echa en falta, asimismo, una mayor independencia de esta tutela respecto de la ejecutiva, de la cual continuó siendo sólo un apéndice. Esta subordinación de la tutela cautelar, que tiene claros antecedentes históricos según hemos demostrado, será una de las principales causas de la enorme dispersión que sufrirán las medidas cautelares a lo largo del siglo XX, encontrando ante la pasividad del legislador procesal un mejor acomodo en otras ramas del ordenamiento jurídico y en leyes especiales que se dictarán al efecto.

Por su parte, la doctrina de aquella época tampoco se mostró particularmente lúcida a este respecto, lo que sin duda hubiera sido de gran ayuda para el legislador de entonces. Ya hemos destacado que los autores del siglo XIX sólo se preocuparon de tratar en sus libros esta materia con posterioridad a la primera Ley de enjuiciamiento civil en 1855, y fue ello una labor principalmente exegética, de limitado alcance.[383] Hacia fines del siglo pasado y en las primeras

[383] Paradigmática en este sentido resulta la obra de LASTRES, *Procedimientos civiles y criminales*, manejo la séptima edic., Madrid, 1881, pp. 376-383, en la cual su

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

décadas del siglo XX, la doctrina española no fue capaz de avanzar más allá de la normativa legal y de elaborar un sistema unitario y uniforme en torno a las medidas provisionales que les diera mayor independencia de su temprana subordinación respecto de la ejecución de las sentencias.[384]

De ahí que resultare casi natural que hacia 1950 GUASP, refiriéndose al embargo preventivo, señalare que "puesto que los efectos protegidos mediante el proceso cautelar son sustancialmente los derivados de la ejecución patrimonial de la sentencia que trata de tutelarse, es lógico que dependa de la *clase de ejecución* que esa sentencia exija la clase de aseguramiento que se adopte. Y como la ejecución expropiativa, o que persigue la entrega de una cantidad de dinero, es el molde general y ordinario de todas las ejecuciones, nada tiene de extraño que el *molde ordinario o común* de los procesos

autor se limita a reproducir los artículos de la ley sin añadir ningún comentario. Contenía, eso sí, el siguiente encabezado: "Estos embargos, que las leyes antiguas llamaban secuestros, se han establecido para impedir que el deudor de mala fe haga desaparecer los bienes que posee, y deben quedar reducidos a la reclamación deducida [realiza una nota al pie referida a la Partida 3ª, dando a entender que junto con el embargo preventivo podía de acordarse el secuestro judicial en conformidad con la Ley 1ª, título 9 de aquella Partida, lo cual no tiene sentido ya que aquella legislación había sido derogada el año 1855]. La nueva ley de enjuiciamiento no sólo conserva los embargos preventivos, sino que los amplía a casos en que aquélla no los autorizaba, dando a la vez las reglas muy importantes para asegurar los bienes sujetos a litigio". Ídem, p. 376. Véase, asimismo, la tercera edición de esta obra, aun bajo la ley de 1855, en que dedica hoja y media a esta materia. Madrid, 1873, pp. 458 y 459.

384 Uno de los primeros trabajos en que se realiza un estudio de las diferentes medidas de seguridad consagradas en la legislación española –que su autor califica como uno de los "problemas vitales del derecho procesal"– bajo una perspectiva de uniformidad, lo encontramos en SOTO Y HERNÁNDEZ, "Aseguramiento de la efectividad de las sentencias" en Revista de los Tribunales y Legislación Universal, t. XXXIII, Madrid (1899), pp. 505-510; 649-653; 697-701; 713-717. Señala el referido autor: "Así como de nada serviría la potestad de juzgar sin la de hacer que se ejecute lo juzgado, la jurisdicción sin el imperio, la balanza sin la espada, así también serán inútiles cuantos adelantos y provechosas innovaciones se introduzcan en las leyes de procedimiento judicial, mientras no se atienda con el mayor cuidado a asegurar las resultas del juicio y a impedir que después de amplios y enconados debates, costosos trámites, numerosas diligencias de prueba, ejercicio de toda clase de recursos contra las resoluciones interlocutorias y definitivas, incidentes, sapos y culebras, la sentencia deje de ser ejecutada por la insolvencia del condenado en ella, y ni aun se consiga recoger lo gastado en el litigio, en concepto de costas, para ganar palmo a palmo y a peso de oro una declaración de los tribunales del todo ineficaz". Ídem, p. 505. *Vid.*, asimismo, FÁBREGA Y CORTÉS, *Apuntes de procedimientos judiciales*, Barcelona, 1907, pp. 596-611.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

cautelares sea, precisamente, el de los que tutelan o previenen una ejecución dineraria de esta clase. El proceso cautelar, en este caso, consiste en una anticipación de las operaciones ejecutivas que en el futuro habrían de realizarse al tener que ejecutar la sentencia de fondo; en una anticipación del embargo; por consiguiente en la adopción de lo que se llama *embargo preventivo*".[385]

En este sentido, por ejemplo, la rígida regulación que se efectuó en el art. 1428 al exigirse como requisito habilitante para su utilización el que se acompañare determinados títulos ejecutivos, prácticamente abortó desde un principio las posibilidades de su expansión. Esto se reflejará con claridad cuando a mediados del siglo XX la tutela cautelar clásica empiece a entrar en crisis. Lo anterior, unido a su indeterminación[386] y al conservador uso que de él hizo la jurisprudencia española, no le permitieron desplegar sus enormes potencialidades. Por su parte, la doctrina española del siglo XX tampoco mostró un especial espíritu crítico al respecto y fue recién en los últimos años de la centuria pasada cuando se despertó de este letargo.[387]

385 *Derecho procesal...*, ob. cit., p. 1.353. Pero esta vinculación a la ejecución GUASP la extendía a las demás medidas cautelares. En efecto, refiriéndose a la intervención de bienes litigiosos, señalaba que "es un proceso cautelar por el que se garantiza la ejecución satisfactiva que más tarde puede recaer sobre esos bienes, mediante la adopción de una medida que no pone en depósito al bien en cuestión, sino que lo somete a una fiscalización o control judicial, mediante la intervención precisamente". Ídem, p. 1.368. PRIETO CASTRO, en un encabezado muy elocuente: "Carácter accesorio de la medida aseguratoria en relación con la ejecución forzosa", señalaba, "toda medida asegurativa tiene por objeto hacer posible, esto es, impedir la frustración de la efectividad de la ejecución en el momento oportuno. Respecto de esta tiene, por consiguiente, un carácter accesorio". *Derecho procesal...*, ob. cit., p. 524.

386 En este sentido, el propio GUASP reconocía hacia 1950 la nula aplicación de este artículo por la jurisprudencia. "Ahora bien, con relación a aquella hipótesis [aseguramiento de una obligación de hacer o no hacer], el art. 1428 contiene una fórmula general indudablemente *vaga y equívoca*, pues se limita a decir, entre otras circunstancias [...] que cuando aparezca con claridad una obligación de hacer o de no hacer o de entregar cosas específicas, el juez puede adoptar las medidas que, según las circunstancias, fueren necesarias para asegurar, en todo caso, la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere. No se dice, empero, ni cuáles sean esas *circunstancias* ni cuáles las *medidas necesarias*, ni cómo se puede asegurar, en todo caso, la *efectividad de dicha sentencia*, de donde resulta que la norma del art. 1428, a pesar de su *trascendencia y amplitud, ha constituido en realidad, por lo menos hasta fecha reciente, triste y sensible letra muerta en el cuadro de los institutos de nuestra administración de justicia*". (El último destacado es nuestro). *Derecho procesal...*, ob. cit., p. 1.373.

387 Inclusive al analizar la interpretación que la doctrina del siglo XIX hacía respecto de este artículo, nos damos cuenta de que se pensaba en una tutela cautelar

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

4.2.2. Normas positivas referentes al embargo preventivo en la Ley de enjuiciamiento civil de 1881

4.56. Adentrándonos en la reglamentación misma que realizó el legislador de 1881, vemos que en los artículos 1397 y 1398 (este último dejado sin contenido por la Ley Nº 10/1992), se establecieron los tribunales competentes para decretar el embargo preventivo. Para el caso de una deuda que excedía determinada suma de dinero (250 pesetas en ese entonces) eran competentes los jueces de primera instancia. De no excederse aquella cantidad eran competentes, para decretar el embargo preventivo, los jueces municipales; actualmente sustituido por los jueces de paz.

4.57. En el art. 1399, sin concordancia en la ley de 1855, se adicionó según señala MANRESA, "en cumplimiento de la base 11 de las aprobadas por la ley de 1880, por la cual se ordenó, que se hiciera en la ley la declaración de que 'la acción ejecutiva proceda también por deudas en especie, cuando se reduzcan a cantidad líquida en metálico'".[388] En este sentido, señala el párrafo primero de esta disposición que "procederá el embargo preventivo, tanto por deudas en metálico como en especie". Tratándose de estas últimas deudas el párrafo segundo del art. 1399 se encarga de señalar cómo debe el actor fijar, bajo su responsabilidad, la cantidad en metálico que reclame, "porque tratándose de una medida vejatoria, no debe nunca ampliarse, para no incurrir en la responsabilidad de indemnizar los perjuicios que se ocasionen".[389] Señala REUS que "sin la previsión de este artículo, de imponer responsabilidad al acreedor de fijar la cuantía a que ha de ascender el embargo, podría darse lugar a abusos por parte de aquel; pero sancionada esa responsabilidad, nadie más interesado que el mismo deudor [*sic*] en no fijar más cantidad que la aproximadamente justa, porque en otro caso, si por señalar o pedir el embargo en cantidad excesiva, así se acordase, los gastos y perjuicios fueran pequeños o grandes, que se hubieren podido evitar, serán de su cuenta y riesgo".[390]

clásica, pero no más allá. Así, MANRESA señala que "aunque la ley deja al arbitrio judicial la adopción de las medidas que estime necesarias y más conducentes a dicho fin, podrá servirle de norma lo que previene el art. 923 para la ejecución de las sentencias que contengan condena de hacer o de no hacer o de entregar alguna cosa [...]". Agregando que "el embargo preventivo será, pues, la más procedente en la mayor parte de los casos; pero cuando se demande el cumplimiento de una obligación de entregar cosa específica o determinada, será preferible y más adecuado el secuestro y depósito judicial de la cosa litigiosa, siempre que por sus circunstancias sea susceptible de ocultación, destrucción o fraude". *Comentarios...*, ob. cit., t. V, p. 431.

[388] *Comentarios...*, ob. cit., t. V, p. 387. Este es uno de los artículos que aparecen mágicamente en la redacción de la ley por MANRESA, respecto del cual no hay ningún antecedente en las respectivas actas de la sección primera de la Comisión de codificación. Téngase presente, por otra parte, que en el proyecto original de ley de bases del Gobierno no se contempló la frase con la cual comienza la base Nº 11: "declarar que la acción ejecutiva procede también por deudas en especie cuando se reduzcan a cantidad líquida en metálico". Esta parte fue agregada a proposición del senador Sr. SANTA MA. DEL ALBA, quien al aclarar su adición lo hizo en referencia exclusiva a las normas del juicio ejecutivo. *Vid. Diario de las sesiones de Cortes, Senado*, legislación de 1879-1880, t. III, Madrid, 1880, sesión Nº 106, pp. 1.564 y 1.565. De allí que tiene razón FERNÁNDEZ cuando señala que "el embargo preventivo se circunscribe a reclamaciones dinerarias (o liquidables) debe deducirse indirectamente del art. 1.397 [...] y del art. 1.399. I. Este último precepto es una novedad en la LEC de 1881 y, pese a que hoy su contenido se entiende como normal, proviene con toda seguridad de un error de interpretación de la base 11 de la Ley 21 jun. 1880". *Derecho procesal...*, ob. cit., p. 346.

[389] MIGUEL Y ROMERO, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Valladolid, 1917, p. 558.

[390] *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., p. 337.

[391] En su número 2º se reproduce la disposición del art. 931 de la ley de 1855, de acuerdo con la nueva redacción que estableció el decreto de unificación de fueros de 1868: "2º. Que el deudor contra quien se pida se halle en uno de los casos siguientes: que sea extranjero no naturalizado; que aunque sea español o extranjero naturalizado, no tenga domicilio conocido o bienes raíces, o un establecimiento agrícola, industrial o mercantil en el lugar donde corresponda demandarle en justicia el pago de la deuda; que, aun teniendo las circunstancias que acaban de expresarse, haya desaparecido de su domicilio o establecimiento, sin dejar persona alguna al frente de él; y si la hubiere dejado, que esta ignore su residencia; o que se oculte o exista motivo racional para creer que ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores".

4.58. En cuanto a los requisitos de procedencia del embargo preventivo, los artículos 1400, 1401 y 1402 introdujeron como principal novedad, en relación con la anterior reglamentación, el hecho de tener que presentar, junto con la solicitud del embargo, un documento del que resulte la existencia de una deuda. En lo demás prácticamente fueron reproducidos los artículos 931 y 932 de la ley de 1855, aunque ahora con una mayor extensión. Al efecto, dispone el art. 1400 que para decretar el embargo preventivo es necesario:

"1º. Que con la solicitud se presente un documento del que resulte la existencia de la deuda".[391]

Recordemos que la ley de 1855 señalaba en su art. 931 que para decretar el embargo preventivo era necesario que quien lo pidiere presentare un "título ejecutivo"; pero que su artículo 932 prescribía,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

en su apartado primero, que si se presentaba un título que no fuere ejecutivo sin el reconocimiento de firma, podía no obstante decretarse el embargo preventivo de cuenta y riesgo de quien lo pidiere.[392] A partir de la ley de 1881 se avanzó aun más en la correcta conformación de este requisito objetivo de procedencia de las medidas cautelares, que posteriormente será conocido bajo la expresión de *fumus boni iuris*. Como vemos, desaparece de este número la referencia a un título ejecutivo y es reemplazada por la alusión a *un documento del que resulte la existencia de una deuda.*[393] Entre ellos, sin lugar a dudas que podrá haber un título ejecutivo pero no sólo ni principalmente, sino cualquier documento privado que diera cuenta de la existencia de la obligación por parte del deudor, toda vez que "la ley lo que quiere es un principio de prueba escrita".[394]

No obstante, la referencia a la figura del título ejecutivo no desaparece del todo, subsistiendo como elemento que facilita la labor del tribunal al momento de conceder la medida y como elemento útil para establecer la mayor o menor responsabilidad del solicitante de la misma. En efecto, el párrafo primero del art. 1401 expresa que si el título fuere ejecutivo "podrá desde luego decretarse el embargo preventivo". Agregando en su párrafo segundo que "si no lo fuere sin el reconocimiento de la firma del deudor, podrá también decretarse de cuenta y riesgo del que lo pidiere".[395] Es decir, el título ejecutivo

[392] Normativa que ya había constituido un adelanto en relación con el art. 366 de la Ley de enjuiciamiento mercantil de 1830, que exigía sin ninguna excepción la presentación de un título que llevare aparejada la ejecución para decretar el embargo provisional.

[393] El origen de esta frase es claro. En la sesión de 9 de junio de 1879 al discutirse el artículo 931 (art. 1400 de la ley de 1881), el vocal González propuso las siguientes modificaciones: "En el Nº 1 donde dice "título ejecutivo", que se ponga "título justificativo". A esto observó el Sr. Presidente que la denominación de "justificativo" le parecía algo vaga, y aunque el Sr. González presentó dos ejemplos en que dicha calificación satisface al objeto del artículo, insistía el Sr. Presidente en creer que hay otros casos en que no sucederá lo mismo. También el Sr. Manresa observó la distinción que debe hacerse entre los títulos ejecutivos y los justificativos, acordándose después de estas consideraciones que en vez de "título ejecutivo", se ponga "documento del que resulte la existencia de la deuda". "Acta Nº 39 celebrada por la Comisión General de Codificación el día 9 de junio de 1879", en *Actas de las sesiones...*, ob. cit., p. 88 vuelta.

[394] REUS, *Ley...*, ob. cit., t. III, p. 339.

[395] Destaco que este artículo correspondía al art. 932 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, el cual después de las modificaciones propuestas por González y aceptadas por la sección primera de la Comisión de codificación, señalaba lo siguiente: "Si el título presentado fuere ejecutivo, podrá desde luego decretarse el embargo provisional". Este primer párrafo dará origen al párrafo primero del art. 1401; pero los otros párrafos con los que definitivamente apareció el art. 1401 no figuran en

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

subsiste como forma de acreditar un *fumus* más intenso, otorgando mayor certeza al tribunal al momento de conceder la medida, lo cual se traduce en dos consecuencias prácticas: la primera, que al presentarse un documento de esta naturaleza el tribunal queda habilitado para *desde luego* decretar el embargo, sin mayor responsabilidad para el solicitante del mismo.[396] En cambio, si no se acompaña un título ejecutivo el tribunal si bien también se encuentra habilitado para conceder la medida, al tratarse de una acreditación más tenue, ella se concede *por cuenta y riesgo del actor*, esto es, bajo su exclusiva responsabilidad. La segunda consecuencia está en íntima armonía con la anterior y ella se refleja en la fianza que debe otorgar la persona que solicita un embargo preventivo. En efecto, si quien demanda la medida no acompaña un título ejecutivo para fundar su petición y si además de esta circunstancia no tiene responsabilidad conocida, "deberá el Juez exigirle fianza bastante para responder de los perjuicios y costas que puedan ocasionarse" (art. 1402).[397] En este sentido, la anterior legislación no señaló de qué tipo podía ser la fianza, situación que aclaró la nueva ley disponiendo en el párrafo segundo del art. 1402 que ella puede ser de cualquiera de las clases que reconoce el derecho, pero si el juez admitía una de carácter personal, sería bajo su responsabilidad.[398]

la discusión. *Vid.* "Acta Nº 39 celebrada por la Comisión General de Codificación el día 9 de junio de 1879", en *Actas de las sesiones...*, ob. cit., p. 88 vuelta.

[396] "El título justificativo del crédito puede ser de cualquier clase, pero el embargo preventivo se decretará con mayor o menor facilidad y garantía según sea la índole del título en que se funde. Si el título es ejecutivo, el juez puede decretar el embargo preventivo sin la menor dificultad, porque siendo ejecutivo el título podía dar lugar a despachar la ejecución, y con ella al embargo definitivo de bienes; y, por consiguiente, pudiendo sin dificultad dar lugar al embargo definitivo de bienes, no ha de ofrecerla al decretar el preventivo". FÁBREGA Y CORTÉS, *Apuntes...*, ob. cit., p. 598.

[397] "Siempre que el título no sea ejecutivo, queda al arbitrio del juez, acordar la prestación de fianza". MIGUEL Y ROMERO, *Comentarios...*, ob. cit., p. 558.

[398] Téngase presente que el párrafo segundo del artículo 932 de la ley de 1855, una vez aceptadas las modificaciones propuestas por la sección primera de la Comisión de codificación, indicaba: "Si no lo fuere [título ejecutivo], podrá también acordarse de cuenta y riesgo del que lo pidiere, en cuyo caso, sino tuviere responsabilidad conocida, deberá el juez exigir fianza en la cantidad que considere bastante para responder, en su caso, de los perjuicios y costas que se pueden causar, *cuya fianza podrá ser de cualquiera de las clases que reconoce el derecho, excepto la personal*". [El destacado es nuestro]. Este párrafo segundo MANRESA lo transforma en el art. 1402, pero admitiéndose en la redacción definitiva la fianza personal. "Acta Nº 39 celebrada por la Comisión General de Codificación el día 9 de junio de 1879", en *Actas de las sesiones...*, ob. cit., p. 88 vuelta.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Cabe observar que si bien este nuevo elemento objetivo (documento del que resulte la existencia de la deuda) significó un avance en esta materia, ya que para conceder esta medida cautelar no es necesario acreditar ante los ojos del juez un *fumus* tan intenso, el adelanto fue muy limitado y no se materializó, como era de esperar, de una manera genérica para todo tipo de medidas cautelares, quedando, por ejemplo, excluidas las llamadas medidas cautelares indeterminadas, respecto de las cuales se mantuvo hasta 1984 el requisito del título ejecutivo.

4.59. En relación con la tramitación del embargo preventivo el art. 1403, sin referencia en la anterior legislación, estableció lo siguiente: "Si el juez estimare procedente la solicitud del acreedor, decretará el embargo preventivo con la urgencia que el caso requiera, y se llevará a efecto sin oír al deudor ni admitirle en el acto recurso alguno".[399] Norma de suma importancia y que frente a las dudas que había suscitado la ley de 1855[400] estableció palmariamente la forma de tramitar la medida, la cual es concedida de manera unilateral, esto es, sin dar traslado al deudor y sin admitirle la presentación de recurso alguno con el cual intente enervar los efectos de la medida ya concedida. Lo anterior tiene su fundamento en uno de los elementos configuradores de la tutela cautelar, a saber, la urgencia con que debe ser concedida la medida de tal modo que es de suponer que su retraso puede ocasionar un daño en el acreedor o, si este ya ha ocurrido, la agravación del mismo. Observa al respecto MANRESA

[399] Este es otro de los artículos que no aparece en la discusión de la sección primera de la Comisión de codificación. Sólo se aprobó por dicha comisión la creación de un nuevo artículo, sin que en ese momento se le hubiere asignado un número, en los siguientes términos: "El auto en que se acuerde el embargo preventivo es apelable solamente en un efecto. El auto en que se deniegue lo es en ambos efectos". "Acta Nº 39 celebrada por la Comisión General de Codificación el día 9 de junio de 1879", en *Actas de las sesiones...*, ob. cit., p. 88 vuelta. Este artículo dará lugar en parte al párrafo segundo del art. 1403 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, que señaló: "Si denegare el embargo, podrá el acreedor interponer los recursos de reposición y apelación, conforme a los artículos 377 y 380, admitiéndose el segundo en ambos efectos".

[400] Observa REUS que "la ley anterior tenía un gran vacío con respecto a la resolución que se diera a la solicitud de embargo, puesto que no decía nada acerca de los recursos que podían utilizarse contra ella. Los comentaristas y los prácticos suplieron este silencio de la ley con los principios generales, teniendo además en cuenta la naturaleza urgente y sumaria de este procedimiento y las disposiciones de la ley, relativas a este punto en las ejecuciones, con las que tanta relación tiene este título". *Ley...*, ob. cit., t. III, p. 341. Nótese, una vez más, la estrecha vinculación que la doctrina del siglo XIX otorgaba a las medidas de seguridad con las ejecuciones.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

que para "suplir omisiones de la ley anterior, que daban lugar a dudas y prácticas contradictorias, se adicionó [tal vez más honesto hubiera sido decir "adicioné"] el presente artículo. Se declara en primer lugar, que si el juez estima procedente la solicitud del acreedor, y lo será siempre que llene los requisitos exigidos por el art. 1400, debe decretar el embargo preventivo con *la urgencia que el caso requiera*, para que no quede defraudado su objeto. Si el juez no cumple este precepto de la ley, si con dilaciones inmotivadas diese lugar a que el deudor oculte sus bienes, sería responsable de los daños y perjuicios que se siguieran al acreedor".[401]

Ahora bien, esta norma debe concordarse con el párrafo segundo del art. 1412 que regula la forma de tramitar el embargo preventivo que ha sido solicitado durante la sustanciación del juicio mismo, a lo cual me referiré más adelante.

4.60. El artículo 1404 dispuso que "el mismo auto en el que se acuerde el embargo, servirá de mandamiento al alguacil y actuario que hayan de practicarlo".[402] Este artículo fue adicionado, según nos indica MANRESA, "para evitar las dilaciones y gastos del mandamiento de embargo que antes solía librarse, y hacer más expedito y rápido el procedimiento, cual lo exigen su naturaleza y objeto".[403] Los arts. 1405 y 1406, por su parte, equivalían a los artículos 933 y 934 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, respectivamente, y fueron aprobados sin modificación por la sección primera de la Comisión de codificación.[404]

4.61. El párrafo primero del art. 1411 se refiere a la ratificación del embargo por parte del acreedor, disposición que está tomada del art. 939 de la ley de 1855, que a su vez lo había recogido del art. 376 de la Ley de enjuiciamiento mercantil. Señalaba el párrafo primero del art. 1411: "El que haya solicitado y obtenido el embargo preventivo por cantidad mayor de 250 pesetas, deberá pedir su rati-

[401] *Comentarios...*, ob. cit., t. V, p. 393.

[402] Este artículo es nuevo en relación con la regulación de la ley de 1855 y fue aprobado por la sección primera de la Comisión de codificación en los siguientes términos: "El auto en que se acuerde el embargo servirá de mandamiento para su ejecución al alguacil y escribano que hayan de practicarlo". "Acta Nº 39 celebrada por la Comisión General de Codificación el día 9 de junio de 1879", en *Actas de las sesiones...*, ob. cit., p. 89.

[403] *Comentarios...*, ob. cit., t. V, p. 394.

[404] *Vid.* "Acta Nº 39 celebrada por la Comisión General de Codificación el día 9 de junio de 1879", en *Actas de las sesiones...*, ob. cit., p. 89.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ficación en el juicio ejecutivo o declarativo que proceda, entablando la correspondiente demanda, dentro de los veinte días de haberse verificado". Y en su párrafo segundo señaló: "Transcurrido este plazo sin entablar la demanda ni pedir la ratificación del embargo, quedará este nulo de derecho y se dejará sin efecto a instancia del demandado, sin dar audiencia al demandante".[405] Al respecto es importante tener presente el progreso que en esta materia muestra la figura del embargo preventivo respecto de su vinculación-subordinación con el juicio ejecutivo. La ley de 1830 exigía que dentro de los treinta días se trabara ejecución formal con arreglo a derecho; la ley de 1855 simplemente señaló que la ratificación debía pedirse en el correspondiente juicio, sin especificar a qué juicio se refería; por su parte, en la nueva ley se señala expresamente que la ratificación se debe realizar en el juicio ejecutivo o declarativo que proceda. Despejando, de este modo, la duda planteada por la doctrina, a la que ya se hizo referencia, de si el embargo preventivo sólo procedía a propósito del juicio ejecutivo o si era también procedente respecto de otro tipo de juicios.[406]

[405] Este artículo, que equivale al art. 939 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, fue aprobado por la sección primera en los siguientes términos: "Si el embargo no se ratificare en el juicio declarativo que corresponda según el mérito del título presentado y la cuantía de la deuda, quedará nulo de derecho a los veinte días de haberse verificado; y si para impedirlo se hubiere dado fianza, se cancelará esta a instancia del que la prestare o del demandado, sin audiencia ni instrucción alguna". El párrafo segundo señalaba que "las costas causadas y las que ocasionare el alzamiento del embargo, así como el otorgamiento y cancelación de la fianza, serán en este caso de cargo del actor". En la discusión de este artículo, observó MANRESA que "el plazo de veinte días en él fijado debería alargarse cuando la demanda no se presentare a tiempo por alguna circunstancia a que dé causa el actor. Así por ejemplo, si del reconocimiento de la firma de este dependiera la presentación de dicha demanda, y este reconocimiento se demorase por culpa de quien deba hacerlo, claro es que semejante dilación no debe parar perjuicio al actor". Estimando esta observación del Sr. MANRESA, se acordó poner a continuación del artículo anterior, otro nuevo que diga: "Artículo [sin numeración].- Si por culpa del deudor no pudiere tener lugar el reconocimiento de la firma del documento y de esta diligencia dependiese la ratificación del embargo, no se computarán en el término señalado los días que se hayan invertido en practicarla". "Acta Nº 39 celebrada por la Comisión General de Codificación el día 9 de junio de 1879", en *Actas de las sesiones...*, ob. cit., p. 89 vuelta. Este último artículo aprobado sin numeración pasó a ser el 1414 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881.

[406] Observa REUS que "la ley anterior decía sencillamente que el embargo se ratificará en el correspondiente juicio, pero el artículo que anotamos más explícito, dice que se haga en el juicio ejecutivo o declarativo que corresponda. La disposición es la misma, pero viene a resolver la duda de si el embargo preventivo procedía sólo en el juicio ejecutivo o también en el ordinario; duda que los autores

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

4.62. El art. 1412 es nuevo y en él se contemplaba expresamente la posibilidad de solicitar el embargo preventivo durante el transcurso del juicio. Expresaba el párrafo primero a este respecto: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si el deudor se hallare comprendido en alguno de los casos del art. 1400, también podrá pedirse el embargo preventivo después de entablada la demanda, formándose pieza separada respecto del mismo".[407] Esta norma fue importante porque vino a regular una situación que se desarrollaba en la práctica judicial pero que no tenía una consagración legal. Ya advertimos que de conformidad con la anterior legislación el embargo preventivo se solicitaba mediante una diligencia previa, antes de la presentación formal de la demanda. Se aclaraba en esta ocasión que la medida también podía ser solicitada durante el transcurso del proceso mismo.[408] Perfectamente puede ocurrir que antes del proceso no se vea la necesidad de solicitar una medida de precaución como es el embargo preventivo, o que en ese momento no sea ella procedente, y que a poco de iniciado el juicio el deudor se constituya en una de las situaciones que describe el art. 1400 de la ley, principalmente, que exista motivo racional para creer que ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores. No se advierte por qué motivo podía privarse al actor de este derecho; sería absurdo pensar que con la presentación de su demanda caducó su derecho a pedir la medida cautelar del embargo preventivo, o cualquier otra medida que tienda a dar seguridad a su pretensión.

resolvieron afirmativamente, fundándose en las disposiciones del derecho antiguo; pues si bien por regla general no procede el secuestro o embargo de bienes en el juicio ordinario, la Ley 1ª, título 9, Partida 3ª, permite que 'la cosa sobre la que nace contienda entre el demandador y el demandado sea puesta en fidelidad, a que dicen en latín *secquestratio*'. Y en los casos que siendo mueble se tema que el demandado lo sustraiga, empeore o malbarate; sea o no mueble cuando vencido en primera instancia la empeorará o disipará los frutos, etc., y en que en el juicio de tercería que también se decretaba el secuestro de los bienes de mayorazgo, y el de cualquier otra cosa litigiosa, cuando hay temor de que las partes puedan tratar de apoderarse de ella violentamente". *Ley...*, ob. cit., t. III, p. 346.

[407] El origen de este artículo no es claro, por de pronto no figura en la discusión llevada a cabo por la sección primera de la Comisión de codificación.

[408] Señala MANRESA que "como de esta disposición [art. 1411 referente a la ratificación] pudiere deducirse que dicho embargo sólo podía utilizarse como medida preventiva antes de entablar la demanda, para alejar esta duda a que se prestaba la ley anterior, se declara en el presente, que no obstante lo dispuesto en dicho artículo, también podrá pedirse el embargo preventivo después de entablada la demanda, siempre que el deudor se halle comprendido en alguno de los casos del art. 1400". *Comentarios...*, ob. cit., t. V, p. 402.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Ahora bien, bajo estas circunstancias el juicio en que por lo normal se solicitará esta medida provisional será precisamente uno declarativo, puesto que respecto del juicio ejecutivo estará operando el correspondiente embargo ejecutivo. Observa MANRESA que "esta disposición sólo puede referirse y se refiere a la demanda ordinaria de mayor o menor cuantía, pues si se hubiere entablado el juicio ejecutivo y se despacha la ejecución, en su virtud se practicará el embargo definitivo, sin necesidad de utilizar el preventivo".[409]

4.63. A estas alturas aparece nítidamente lo que con posterioridad será considerado por la doctrina comparada, principalmente la italiana, como la característica fundamental de las medidas cautelares, a saber, su instrumentalidad respecto de otra resolución. Esto es, la idea de que ellas nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a garantizar los resultados prácticos de otra providencia de la cual constituyen, en palabras de CALAMANDREI,[410] un anuncio y una vanguardia. Al situarse estas dos providencias en un mismo proceso la relación de instrumentalidad que entre ellas surge es más intensa o, si se prefiere, se ve con más claridad que cuando la medida es solicitada como una diligencia previa sin que se haya iniciado aún el juicio respectivo.

4.64. En el párrafo segundo del art. 1412 se reglamentó la forma de tramitar la solicitud de este embargo *intra* proceso, disposición que según adelantamos debe ser concordada con el art. 1403 de la ley. El aludido párrafo señala que dicha solicitud se substanciará en la forma establecida para los incidentes, debiendo el juez formar pieza separada, esto es, sin que el incidente produzca la paralización del proceso principal. Ahora bien, como aclara MANRESA, la tramitación incidental "habrá de entenderse para el caso en que se oponga el demandado, pues si este se conforma y no reclama contra el embargo no puede tener cabida este procedimiento".[411] En otras palabras, una vez presentada la solicitud del embargo preventivo el juez debía, con la urgencia que el caso requería y sin dar audiencia al demandado, dictar la resolución que concedía o denegaba el embargo preventivo. En el evento de concederse la medida, nacía el derecho del deudor

[409] Ídem, p. 402. Por su parte, MIGUEL Y ROMERO señalaba a este propósito que "con aplicación de los preceptos antes mencionados, permite el art. 1412, solicitar el embargo preventivo *después de entablada cualquier demanda declarativa*". *Comentarios...*, ob. cit., p. 560. (El destacado es nuestro).

[410] *Introducción...*, ob. cit., p. 75.

[411] *Comentarios...*, ob. cit., t. V, p. 403.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de oponerse al embargo ya decretado, y esta oposición se tramitará en conformidad con el art. 1416 de la ley.

4.65. El artículo 1415 concuerda con el art. 940 de la ley de 1855 y su aprobación por parte de la sección primera de la Comisión de codificación fue muy rápida. "Fue por último aceptado, tal como se halla en la Ley el artículo siguiente: Artículo 940.- ¡como está!; y terminada con esto la materia de embargos se levantó la sesión de este día".[412] No obstante, el artículo 1415 no es exactamente igual al 940; por de pronto, el plazo de ocho días que se establecía para que el actor presentare su demanda cuando el dueño de los bienes embargados así lo hubiere exigido fue ampliado a diez. No he encontrado ningún antecedente que justifique el porqué de este cambio; en segundo lugar, y esta modificación sí encuentra justificación, se agregó una excepción a la regla anterior en conformidad con el nuevo art. 1414, que como hemos visto, tuvo su origen en una indicación de MANRESA de que no corriera el plazo para presentar la demanda y ratificar el embargo cuando el motivo de no poder realizar dichas diligencias fuere imputable al deudor.

4.66. En el art. 1416 se recogía lo que ya constituía una práctica habitual en los tribunales españoles en cuanto a la forma de tramitar la oposición del deudor una vez que el embargo hubiere sido concedido. Señalaba el párrafo primero del aludido artículo: "Hecho el embargo preventivo, podrá oponerse el deudor pidiendo que se deje sin efecto, con indemnización de daños y perjuicios, sino se hallare en ninguno de los casos del art. 1400". Agregando en el párrafo segundo que "Podrá deducir esta pretensión dentro de los cinco días siguientes al de la notificación del auto ratificando el embargo, o antes si lo conviniere, y se sustanciará en pieza separada por los trámites establecidos para los incidentes".[413] Es decir, dado el carácter urgente que normalmente presenta la solicitud de una medida cautelar, la cual para ser realmente efectiva necesita ser concedida sin mayores contratiempos, la ley autorizaba que el embargo preventivo se conceda sin intervención del demandado. Pero como justa contrapartida y basándose en un principio de elemental justicia que nunca puede estar ausente en la tramitación de un pro-

[412] "Acta Nº 39 celebrada por la Comisión General de Codificación el día 9 de junio de 1879", en *Actas de las sesiones...*, ob. cit., p. 89 vuelta.

[413] Este artículo y el siguiente no aparecen en la discusión sostenida por la sección primera de la Comisión de codificación.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ceso, el derecho a ser oído, se permitía al deudor que se opusiera a la medida ya decretada. Y si al escuchar sus argumentos el tribunal llegaba a la conclusión de que la medida había sido erróneamente concedida, entonces debía proceder a ordenar el alzamiento del embargo y a condenar al demandante a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

4.67. El art. 1417 era nuevo y reglamentaba precisamente la forma de hacer efectiva la responsabilidad del solicitante del embargo preventivo cuando este había sido dejado sin efecto, ya fuere porque el deudor se había opuesto y el tribunal había ordenado su alzamiento, ya sea porque el embargo no fue ratificado en el correspondiente juicio, o por cualquier otra causa. Señalaba la referida disposición que "En los casos en que tenga lugar la condena de daños y perjuicios, luego que sea firme el auto en que se imponga, se hará efectiva por los trámites establecidos en los artículos 928 y siguientes". La referencia era a las normas sobre ejecución de las sentencias pronunciadas por tribunales españoles. Con esta disposición el legislador pretendía cerrar el círculo de resguardo para el deudor que ha debido soportar un embargo que finalmente fue dejado sin efecto. En los casos en que el acreedor debía otorgar una fianza era precisamente en esta fianza donde materializaba su responsabilidad. En los demás casos había que perseguir esta responsabilidad en cualesquiera de los bienes que integraban el patrimonio del acreedor.

Observaba REUS que "respecto de los daños y perjuicios, es necesario que la parte interesada promueva la petición correspondiente para fijar su importancia, en razón a que no es posible fijar su importe en cantidad líquida ni establecer las bases para liquidarlos en el auto en que a ellos se condene, que ha de dictarse de plano y sin instrucción alguna y hasta sin audiencia de la parte condenada; de aquí que el artículo que anotamos ordene para el efecto el procedimiento marcado para la ejecución de las sentencias, y concretamente el del art. 928".[414]

Así como la ley concedía la facultad al demandante o futuro demandante de solicitar y obtener una medida de seguridad, a efectos de resguardar debidamente su pretensión en términos de poder efectivamente ejecutar la futura sentencia que hipotéticamente se dictara en su favor, también lo hacía responsable de los perjuicios que se podían ocasionar en el patrimonio del deudor causados precisamente por la medida decretada. Para hacer efectiva esta responsabilidad la ley se remitía al procedimiento para la ejecución de sentencias, en teoría de expedito y rápido desarrollo, corrigiendo de este modo el defecto de la anterior normativa que obligaba al deudor a acudir a un procedimiento ordinario con los consiguientes retrasos que esto implicaba. "Como en el caso que tratamos, al hacer la condena de daños y perjuicios, no es posible fijar su importe en cantidad líquida ni las bases, el deudor se veía precisado, en virtud de esa disposición [hace referencia al art. 63 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855] a seguir un juicio ordinario con el acreedor para fijar en él dicho importe, con las dilaciones y gastos consiguientes. Esto fue reformado por el presente artículo, ordenando que en los casos en que tenga lugar la condena de daños y perjuicios, luego que sea firme el auto o condena en que se imponga, se procederá a fijar su importe y a hacerla efectiva por los trámites establecidos para la ejecución de sentencias en los arts. 928 a 931".[415]

[414] *Ley...*, ob. cit., t. III, p. 352. La aludida disposición señala que "Cuando la sentencia hubiere condenado al pago de daños y perjuicios sin fijar su importe en cantidad líquida, háyanse establecido o no en aquella las bases para la liquidación, el que haya obtenido la sentencia presentará, con la solicitud que deduzca para su cumplimiento, relación de los daños y perjuicios y de su importe, sujetándose en su caso a dichas bases".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

4.2.3. Normas positivas referentes al nombramiento de interventor judicial y medidas cautelares indeterminadas en la Ley de enjuiciamiento civil de 1881

4.68. Los arts. 1419 al 1428, últimos del título dedicado a las medidas cautelares, son todos nuevos en relación con la regulación de la ley de 1855. Ya hemos visto que el legislador de 1881 al incorporar una sección segunda al título XIV, pretendió suplir los vacíos que en materia de medidas provisionales de seguridad mostraba la anterior legislación. En este sentido observa REUS:

> Esta sección de la ley es completamente nueva, y tiende a dar forma a un punto importante del procedimiento que no la tenía marcada en el de la anterior ley. No han sido pocas las veces en que existiendo un derecho perfecto para

[415] MANRESA, *Comentarios...*, ob. cit., t. V, p. 411. Obsérvese lo que señalaban MANRESA Y REUS a propósito del art. 940 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855: "Pero respecto de los daños y perjuicios, será necesario que la parte interesada promueva el juicio ordinario correspondiente para fijar su importancia, conforme al párrafo 2º del artículo 63, en razón a que no es posible fijar su importe en cantidad líquida, ni establecer las bases para liquidarlos, en un auto como el de que se trata, que ha de dictarse de plano, sin instrucción alguna, y hasta sin audiencia de la parte condenada". *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., p. 253.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

ejercitar una acción, se encontraba [el acreedor] con la dificultad de realizarla. Generalmente las peticiones para asegurar los bienes litigiosos se hacían por medio de otrosíes; pero desde que se presentaba la demanda en el pleito ordinario hasta que se acordaba la providencia encaminada a asegurar estos bienes, transcurría tanto tiempo, que el demandado podía burlar o menoscabar el derecho del actor. Era, pues, necesaria una reforma en el procedimiento, y por la naturaleza del asunto dar a este una tramitación especial. No podía adoptarse para este caso la tramitación y las formalidades del juicio ordinario, porque exigiendo este ciertos requisitos y diligencias que durante el curso del pleito influyen en todo el procedimiento, incluso [en] el fallo, se daría lugar a que el demandado dispusiera de más tiempo y de más medios que antes para hacer ilusoria una sentencia; tanto más cuanto que los trámites previos se prestan a dilatar el curso de la demanda principal, y en su consecuencia, la resolución de un incidente promovido al mismo tiempo, podría dilatarlo indefinidamente. La nueva ley, en efecto, se ha separado de la práctica en este punto y ha dado disposiciones ordenadas y convenientes que sin causar vejación a ninguna de las partes, coloca a unas y otras en condiciones para hacer valer sus derechos, siendo limitadas las facultades concedidas al juez, aunque sin negarle las que imponen las circunstancias, y tan rápida la tramitación como consiente el juicio de esta clase.[416]

4.69. En los arts. 1419 al 1422 se reguló lo relativo al nombramiento del interventor judicial, al procedimiento y a sus facultades. En los arts. 1423 al 1427 se reglamentó lo concerniente a la fianza, y al alzamiento de la intervención y de la fianza otorgada. El art. 1428 se refería a las medidas cautelares indeterminadas. Por su parte, el art. 1419 dispuso: "El que, presentando los documentos justificativos de su derecho demandare en juicio la propiedad de minas, la de montes cuya principal riqueza consista en arbolado, la de plantaciones, o de establecimientos industriales y fabriles, podrá pedir que se intervenga judicialmente la administración de la cosa litigiosa".

4.70. Podemos apreciar, en primer término, que hay un ligero cambio de perspectiva en cuanto a la exigencia del elemento objetivo para conceder la medida. Ya no se habla como en el caso del embargo preventivo de un documento del que resulte la deuda, sino que ahora se exigen *documentos justificativos de los derechos del acreedor.* Estos documentos no son otros que los que acompaña el actor con

[416] *Ley...*, ob. cit., t. III, p. 353. MIGUEL Y ROMERO señalaba que "como una medida necesaria que tiende a garantizar los derechos del demandante, cuando por no tratarse del pago de una deuda ni de la reclamación de inmuebles o derechos reales, resulta inaplicable el embargo preventivo o la anotación de demanda, estableció la vigente ley el aseguramiento de los bienes litigiosos por trámites breves y sencillos". *Comentarios...*, ob. cit., p. 562.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la presentación de su demanda ordinaria. De allí se colige que esta medida cautelar sólo podía pedirse una vez que se ha promovido el respectivo juicio y no con anterioridad a él.[417] Nada señaló la ley sobre si para conceder esta medida el deudor debía encontrarse en algunas de las situaciones previstas en el art. 1400 Nº 2. MANRESA señalaba a este propósito que "para deducir dicha pretensión, no es necesario que el demandado se halle en alguno de los casos determinados en el Nº 2 del art. 1400 para los embargos preventivos: basta que se haya presentado la demanda con los documentos justificativos del derecho del actor, y que verse el pleito sobre la propiedad de cualquiera de las fincas o establecimientos antes indicados, no exige la ley otro requisito".[418]

4.71. El art. 1420, por su parte, establecía el procedimiento para nombrar al interventor judicial, señalando que efectuada la pretensión de nombramiento de interventor el juez mandará citar a las partes dentro del plazo de nueve días y formará pieza separada. La audiencia tenía por objeto que las partes expusieran sus derechos, especialmente para que el demandado diera a conocer las razones por las cuales en su opinión debía rechazarse el incidente promovido por el actor.[419] En la comparecencia las partes no podían entrar a discutir el fondo de sus pretensiones y contrapretensiones, sino que sólo se les permitía llegar a un acuerdo sobre el nombre del interventor. En efecto, el referido artículo señalaba que las partes que concurran a la audiencia "*absteniéndose de alegar acerca de los derechos que puedan asistirle en el pleito,* se pondrán de acuerdo sobre la persona a quien debe nombrarse interventor [...]". En las veinticuatro horas siguientes a la audiencia el juez debía resolver dando lugar o no a la intervención, y en caso afirmativo, designando al interventor (art. 1421 párrafo primero). Acordada que fuere la intervención se daba inmediatamente posesión al designado para desempeñarla (art. 1421 párrafo segundo).

[417] GUASP a este propósito señala que "la intervención de bienes litigiosos sólo puede comenzar con la presentación de la demanda principal en la que se demanda en juicio la propiedad de los bienes que se trata de intervenir, pues el art. 1419 no autoriza a que se reclame con anterioridad a esa demanda, aunque nada impide que la solicitud se verifique posteriormente". *Derecho procesal...*, ob. cit., p. 1.369.

[418] *Comentarios...*, ob. cit., t. V, p. 417.

[419] Observa MIGUEL Y ROMERO en relación con el art. 1420 que su "espíritu se deduce que aquellos [las partes que asistan al comparendo] pueden exponer lo que estimen oportuno sobre la procedencia de la intervención solicitada". *Comentarios...*, ob. cit., p. 563.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

4.72. El art. 1423 facultaba al demandado para que en cualquier estado del juicio prestara fianza y, de este modo, alzare la intervención decretada. Con ello se hacía menos gravosa la situación del deudor, y se resguardaban debidamente los intereses del demandante. "Como la intervención es una medida de precaución, vejatoria para el demandado, dispone el art. 1223 [sic] que se alce, tan luego como preste fianza en la cuantía necesaria a garantir los derechos del actor [...]".[420] En los arts. 1424 a 1427 se regulaba lo relativo al tipo de fianza, la forma de otorgarla, las consecuencias que se derivaban, y la eventual indemnización de daños y perjuicios.

Estos cambios en los elementos y requisitos para conceder una medida cautelar, unidos a los que aún se producirán a propósito de las medidas indeterminadas del art. 1428, no hacían sino poner en evidencia la total falta de unidad en la reglamentación de las providencias cautelares en el derecho español. El legislador de 1881 no comprendió que estaba en presencia de figuras afines y que más allá de sus concretas particularidades, se pudo haber establecido una regulación común a todas ellas, con principios, requisitos y objetivos uniformes, que nos permitieran hablar de un verdadero sistema en torno a estas medidas. En vez de esto, aparecieron figuras diseminadas, poco coherentes, con requisitos propios, como si no hubiere ninguna relación entre ellas.

4.73. El art. 1428, por su parte, constituyó la gran innovación de la ley de 1881, pues en él se consagraron las denominadas medidas cautelares indeterminadas o innominadas. "Por previsora que haya sido la ley, no ha podido prever todos los casos que en la práctica pueden presentarse, en los cuales el actor puede temer que una vez obtenida la sentencia no pueda cumplimentarse por desaparición de la cosa litigiosa o insolvencia del deudor; por esto, después de haber asegurado varios modos de asegurar la ejecución de las sentencias, autoriza la ley, bajo una fórmula general, otras medidas preventivas [...]".[421]

Ahora bien, lo cierto fue que la incorporación de este artículo a la ley de enjuiciamiento civil y su reglamentación inicial, por paradójico que pueda resultar, no fueron sino una palmaria demostración de la limitada importancia que las medidas cautelares tuvieron en

[420] MIGUEL Y ROMERO, *Comentarios...*, ob. cit., p. 563.

[421] FÁBREGA Y CORTÉS, *Apuntes...*, ob. cit., p. 609. "Las medidas que según este artículo pueden adoptarse serán las que según las circunstancias se estimen necesarias y más conducentes al fin que se persigue en el pleito, o sea a la efectividad de la sentencia que en su día recaiga". RIVES Y MARTÍ, *Ley...*, ob. cit., p. 188.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

el siglo XIX. En efecto, pudiere pensarse que su regulación en la ley de 1881 obedeció a una profunda inquietud del legislador de aquel entonces, que ello se consagró después de una intensa jornada de discusión a su respecto en la cual quedó de manifiesto la enorme importancia de esta normativa. Nada más alejado de la realidad. La verdad fue que la incorporación de toda la sección segunda del título XIV, según ya hemos adelantado, se debió exclusivamente a la intervención personal del Ministro de Gracia y Justicia de la época, Álvarez Bugallal, quien no sólo asistió a toda la discusión en las Cámaras Legislativas con motivo de la Ley de bases de reforma de 21 de junio de 1880, y en la cual tuvo una destacada intervención en defensa de la misma, sino que también intervino directamente en la discusión al interior de la comisión de Codificación encargada de elaborar la nueva ley de enjuiciamiento.[422] Reunida la sección primera de la Comisión de codificación, previa invitación en el despacho del Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia, D. Saturnino Álvarez Bugallal, y bajo su presidencia, "manifestó el Sr. Ministro que era el objeto de esta reunión el de consultar a la Sección sobre algunas mejoras y reformas que se le habían propuesto [no se sabe quién le puede haber realizado la propuesta] para introducirlas en la Ley de enjuiciamiento civil".[423] La primera de estas reformas se refería a la refundición en uno solo de los tres períodos de inventario, avalúo y división en el juicio de testamentaría. [De la lectura del acta queda claro que el Ministro tenía consigo preparado un trabajo de gran extensión].[424] Sin que en el acta conste acuerdo alguno referente a

[422] Observaba MANRESA que una vez sancionada la ley de bases "se dio el encargo al Sr. Manresa, como vocal ponente de la sección primera de la Comisión de Codificación, de revisar y redactar definitivamente el proyecto del Enjuiciamiento civil [...]. Hizo aquel este trabajo, consultando y conviniendo los puntos que podían ofrecer dificultad con el Ministro Sr. Bugallal, [...]". El trabajo de MANRESA fue pasado a la sección primera de la Comisión de Codificación en noviembre y diciembre de 1880. Esta sección se dedicó al detenido examen del proyecto "haciendo todavía en él algunas correcciones de estilo, adiciones y enmiendas, así de fondo como de forma, que consideraron conveniente para perfeccionarlo. Y con otras modificaciones que, aun después de tan minuciosa revisión, el Ministro de Gracia y Justicia, Sr. Bugallal, creyó conveniente introducir, principalmente en el juicio de testamentaría y en los interdictos, *adicionando además el título XIV del libro II con la sección 2ª, que trata del "aseguramiento de los bienes litigiosos"* [...]". *Comentarios...*, ob. cit., t. I, p. 7. (El destacado es nuestro).

[423] "Acta Nº 32 celebrada por la Comisión general de codificación el día 30 de enero de 1881", en *Actas de las sesiones sobre reforma de la Ley de enjuiciamiento civil y Código Civil, Año 1880-1881*, legajo 18, p. 66.

[424] "Leyó el Sr. Ministro el trabajo que a este efecto se había preparado, en virtud del cual desde el artículo que en el tercer cuaderno impreso lleva el mismo

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

esta primera modificación, se pasó a la segunda reforma que deseaba introducir el Sr. Ministro: "Tratándose este punto y sin que sobre él se tomase acuerdo definitivo, se pasó a otro de los que deseaba el Sr. Ministro que se reformasen. Sucede hoy, decía, que cuando se entabla una demanda contra una mina o propiedad donde hay arbolado u otros aprovechamientos susceptibles de ser agotados en poco tiempo, si el demandado conoce que en la demanda va a ser vencido, de tal modo destruye la propiedad que cuando el demandante llega a ganar el pleito obtiene una victoria inútil. Para evitar tan grave abuso pensaba introducir en la Ley disposiciones encaminadas a asegurar en tales casos las resultas del juicio, en cuya virtud se acordará en ellos, si lo pidiere el demandante, que se intervengan judicialmente las cosas litigiosas, nombrándose un administrador, si bien el demandado podrá evitarlo dando fianza a satisfacción del demandante. El Sr. Ministro leyó las disposiciones que proyectaba añadir a la Ley con este objeto (son las que en efecto aparecen en ella con los números 1.419 y siguientes hasta el 1.428 formando la Sección segunda de los embargos preventivos, que lleva por título: "Del aseguramiento de los bienes litigiosos"). Con esto dijo que se proponía satisfacer al deseo de muchas personas que quisieran poner remedio a un abuso tan grave como el que ha indicado. Leídos estos artículos, dijo el Sr. MANRESA que le inspiraban gran temor las administraciones judiciales, de las cuales ninguna da productos, nivelando todos los gastos con los ingresos, cuando no hacen aparecer deuda a su favor. Creía además que con las disposiciones establecidas ya en el Proyecto respecto del embargo preventivo, que se puede ratificar en el juicio ordinario, había bastante para satisfacer a la necesidad de que se trata. El secuestro que se proyecta le parece una medida muy vigorosa en la cual acaso se vea un ataque al derecho de propiedad; *y no debe perderse de vista que si se quita al demandado la administración de sus bienes, se le quita con ella la subsistencia de su familia y desde aquel momento el demandante ha ganado el pleito.* [El destacado es nuestro]. El Sr. ALBACETE dijo que así lo habían hecho en ocasiones algunos jueces, paralizando la explotación de minas y los trabajos de fábrica. El Sr. GUTIÉRREZ dijo que la anotación preventiva en el Registro podía dar desde luego algún resultado; y que en vez de administración judicial, entiende que podría constituirse una intervención. El

1029, hasta el 1089 del mismo se introduce una variación radical, en cuya virtud desaparece la mayor parte de ellos y los que quedan se modifican y cambian de lugar, reduciéndose estos 60 artículos a 31". "Acta Nº 32 celebrada por la Comisión general de codificación el día 30 de enero de 1881", en *Actas de las sesiones...*, ob. cit., p. 66. (Son efectivamente los arts. 1063 al 1093 de la Ley de 1881).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Sr. ALONSO MARTÍNEZ dijo que la sección había procedido en este punto con gran parsimonia, no queriendo afectar al derecho del demandado sino cuando el del demandante se ve tan claro y son tan extraordinarias las circunstancias que parecen necesario adoptar alguna providencia que asegure las resultas del juicio, lo cual se ha consignado en las diligencias preliminares del juicio ordinario y en los embargos preventivos, cuyos artículos leyó el Sr. MANRESA para confirmar lo que acaba de decirse. El Sr. IGÓN dijo que en efecto quedaba ya consignado en el Proyecto cuanto en este sentido era necesario; pero que no haya reparo en que se asegurasen más aún las resultas del juicio en el caso de demandarse minas o fincas susceptibles de un deterioro tal que cause su destrucción, limitándolo en tal caso a una intervención, como ha propuesto el Sr. GUTIÉRREZ".[425]

En definitiva, según observó CALDERÓN CUADRADO refiriéndose al art. 1428, "nos encontramos, pues, ante un precepto introducido *ex novo* en nuestra legislación, respecto al cual ni existía, al menos en

425 "Acta Nº 32 celebrada por la Comisión general de codificación el día 30 de enero de 1881", en *Actas de las sesiones...*, ob. cit., pp. 66 vuelta y 67. La discusión continuó con otra reforma que deseaba introducir el Sr. Ministro relativa a los interdictos de recobrar y retener, y con una duda que planteó referente al recurso de casación. (Ídem, pp. 67 y 67 vuelta). Si bien no consta en las Actas la aprobación de estas modificaciones, sí podemos señalar que en el Acta Nº 39, de 23 de febrero de 1881, y ya publicada la nueva Ley en la Gaceta, se indicaron una serie de errores, tanto de imprenta como de fondo, que contenía la publicación; entre ellos señaló el Sr. ALBACETE: "el art. 1419 con que comienza el título 'del aseguramiento de los bienes litigiosos', *introducido en la ley entre las reformas propuestas por el Sr. Bugallal en la sesión de 30 de enero anterior*, cuya redacción por lo oscura, se presta a dar al artículo otra inteligencia de la que le corresponde y debe por lo tanto reformarse; doliéndose con tal motivo de la responsabilidad que por estas y otras faltas va a hacer pesar la opinión pública sobre la sección y encareciendo la necesidad de salvarlas hasta donde sea posible haciendo en la edición oficial de la ley antes de que salga a la luz, todas las correcciones necesarias, aún cuando sea preciso para ello rehacer algo de lo que ya está impreso", p. 78 vta. (El destacado es nuestro). En el Acta Nº 40, de 24 de febrero de 1881, queda claro que no todas las reformas a la Ley de enjuiciamiento civil fueron obra de la sección primera de la Comisión de codificación, entre ellas, ya vimos los arts. 1419 a 1428. Al efecto, en nombre de los vocales el Sr. IGÓN manifestó al Ministro de Justicia, agradeciéndole la real orden que se les conferiría por el trabajo desarrollado, que "[...] importándoles ante todo que constase de una manera clara lo que la Sección había hecho en la ley de enjuiciamiento, *para que no pesase sobre ella la responsabilidad de lo que no era suyo, toda vez que en el Ministerio se habían hecho en los trabajos remitidos por la sección, alteraciones y reformas de que esta no era responsable, y que al efecto se hiciese una copia en limpio de dichos trabajos, tales como salieron de la sección y sin las alteraciones posteriores que no fueron aprobadas por la sección*, la cual copia firmada por todos los Sres. vocales, se uniese al expediente que sobre este efecto obrará el Ministerio", pp. 79 y 79 vuelta. (El destacado es nuestro). Idea que fue plenamente aceptada por el Sr. Ministro.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

lo que hemos podido apreciar, un movimiento favorable a su creación, ni en los trabajos preparatorios se adujeron razones para ello. La escasa por no decir nula atención prestada, nos hace pensar que se trata de una disposición cuya necesidad no fue suficientemente sentida".[426] O como expresara PRIETO CASTRO, refiriéndose a la forma como la Ley de enjuiciamiento civil configuraba la protección del crédito sobre bienes muebles: "quiso completar el sistema [la ley] y *mágicamente se ve aparecer en su texto el art. 1428, sobre medidas precautorias indeterminadas para garantía de las obligaciones de hacer, omitir o entregar cosas específicas, mas sin ningún desarrollo procedimental*".[427]

En cuanto a su primitiva reglamentación, en verdad ella fue muy deficitaria pues reiteraba la marcada dependencia que la tutela cautelar, en el transcurso de su evolución, había evidenciado respecto del proceso ejecutivo, máxime si tenemos presente que esta norma se encontraba en la frontera misma con aquel proceso. Señalaba el párrafo primero del referido art. 1428: "Cuando se presente en juicio algún documento de los comprendidos en los tres primeros números del artículo siguiente, en donde aparezca con claridad una obligación de hacer, o de no hacer, o la de entregar cosas específicas, el Juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de este, las medidas que según las circunstancias fueren necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere".

Como vemos, hubo un claro retroceso en la configuración del elemento objetivo que habilitaba para solicitar una medida cautelar en relación con la exigencia verificada respecto del embargo preventivo y de la intervención judicial. La referencia a algún documento de los comprendidos en los tres primeros números del artículo 1429 (escritura pública, cualquier instrumento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante juez competente para despachar la ejecución, y la confesión hecha ante juez competente) fue realizada a la primera disposición del título XV relativo al juicio ejecutivo. Es decir, respecto de esta concreta medida hubo un retorno a la exigencia que había efectuado el legislador mercantil de 1830, esto es, a la existencia de algún documento que llevare aparejada la ejecución. Esta configuración tan intensa del *fumus*, que no se compadece en absoluto con la acreditación que debe realizarse en este estadio procesal, fue causa directa del escaso desarrollo que tuvo esta normativa en el derecho español del siglo XX. En todo caso, si bien es censurable este retroceso, lo que resulta realmente increíble es que el legislador español haya tardado más de 100 años en eliminar esta anomalía, situación que sólo vino a remediarse el año 1984, con la mencionada ley de reforma urgente.[428]

426 *Las medidas...*, ob. cit., p. 25.

427 "La eficacia del proceso civil o política del pragmatismo procesal" en Revista de Derecho Procesal, Nº 4 (1950), p. 635. (El destacado es nuestro).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

4.74. Ahora bien, en lo que dice relación con la importancia que atribuyó la doctrina procesal a esta disposición, ya hemos visto que en el siglo XIX los autores estaban pensando en una tutela preventiva clásica pero no más allá.[429] Por su parte, en el transcurso del siglo XX, como en parte hemos adelantado en el capítulo anterior, fue BECEÑA quien primeramente reparó en la enorme potencialidad

428 Escribía en conferencia en el Colegio de Deusto en 1955 PRIETO CASTRO: "El crédito no está suficientemente protegido en la Ley de enjuiciamiento civil y no suministra medidas para la averiguación del patrimonio del deudor [...]. No digamos nada, señores, en este orden de la protección del crédito, por lo tocante a las medidas cautelares. El embargo preventivo se regula hoy en dicho cuerpo legal exactamente como en los siglos XIII y XIV, en los estatutos de donde está tomado el sistema. En cuanto al art. 1428, con sus medidas innominadas, no resuelve tampoco gran cosa, porque la ley impone la necesidad de invocar y presentar un documento de los tres primeros números del art. 1429; es decir, un documento guarentigio; pero el que tiene un documento de esta clase logra inmediatamente la satisfacción de su crédito o puede lograrla; *lo importante es proteger a aquel que no dispone de ningún documento de tal naturaleza. Por consiguiente, arcaísmo puro y simple que hace falta modificar y remozar inmediatamente*". Reproducido por el propio PRIETO CASTRO en "Comunicación", en *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, pp. 112 y 113.

429 Incluso, parece claro que la doctrina de aquel siglo no comprendió en toda su dimensión la norma que tenía delante. REUS, en este sentido, observaba que "La disposición de este artículo es una novedad en la Ley, con respecto a la anterior de Enjuiciamiento, aun cuando no lo es con relación a nuestro derecho [?]. La Ley 41, tít. 2º, Partida 3ª, sancionó la fianza llamada de la *haz*, que se prestaba en los pleitos por las personas poco abonadas, disposición que reformó la 5a., tít. 11, libro 10 de la Novísima recopilación, que exigía para que pudiera tener lugar que constase la deuda por medio de escritura, o sumaria información de testigos. La anterior Ley de enjuiciamiento civil cometió una omisión en este punto, hablando sólo del arraigo del juicio, considerándolo como una excepción dilatoria que el demandado podría proponer si el demandante fuese extranjero. Esta omisión ha dado lugar a que en muchos casos se niegue la pretensión de que el demandado afiance el juicio cuando exista alguna razón para temer que no continuase en él o se hiciese ineficaz la ejecutoria, otorgando en otros casos los jueces la fianza, fundándose en que el silencio de la ley de Enjuiciamiento no podía tenerse como una derogación de las leyes anteriores. La que anotamos viene a llenar la omisión, pero creemos que con más extensión que la necesaria, pues parece que por este artículo se otorga el derecho contra todos los demandados, y no únicamente contra aquel que según la Ley de Partida 'non es raygado en la tierra' ". *Ley...*, ob. cit., pp. 359 y 360.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

e importancia de esta disposición, en la formidable gama de posibilidades que se habría para los jueces, y quien, asimismo, realizó una interpretación que intentó at00enuar la exigencia de un *fumus* tan intenso, así como un llamado de atención a la nula actividad jurisprudencial evidenciada hasta ese entonces. En efecto, refiriéndose a los preceptos de la ley de enjuiciamiento civil que dejaban al intérprete la posibilidad de completar sus disposiciones, y que, por lo tanto, concedían la importante función de ejercitar las facultades discrecionales que la ley le confiere para integrar el contenido del mismo precepto, señaló: "El juez completa de este modo el texto de la ley, que sólo entonces adquiere un valor normativo concreto y, por lo mismo, perfecto [...]". Agregando que "De este tipo de preceptos hay varios en la ley procesal; pero uno de ellos tiene tal importancia en el comercio jurídico, como garantía de las obligaciones menos coercibles o más fácilmente incumplidas, que servirá en esta ocasión como instrumento de comprobación del principio expuesto antes, de la renuncia del juez al uso de sus facultades de construcción jurídica, ante el espíritu de abstención que es el dominante en la ley de procedimientos".[430] Observando seguidamente que "sabido es que la sanción de las obligaciones de dar se ha buscado siempre por la concesión al acreedor de poderes sobre los bienes del deudor, garantizados bien con medidas de prevención, ya con prescripciones de naturaleza ejecutoria [...]. Pero cuando el objeto de la obligación no consiste en el pago de sumas de dinero o de especies reducibles a dinero, cuando se trata de obligaciones de hacer o de no hacer o de entregar cosas específicas, la imposibilidad material de coaccionar la voluntad del obligado, la falta de determinación del *quantum* en que habría de estimarse el incumplimiento sin un proceso previo en que se debatiera este extremo, no hizo posible conceder a estos derechos un procedimiento de ejecución que, aunque de naturaleza provisional, tuviera la rapidez y características del que disfrutan los titulares de créditos en metálico documentados en formas solemnes o privilegiadas. [...]. Para evitarlo, la Ley de enjuiciamiento civil dispuso, en su art. 1428, que cuando se presente en juicio una escritura pública ejecutiva, un documento privado reconocido en juicio, o el testimonio de una confesión ejecutoria, en la que aparezca con claridad una obligación de hacer o de no hacer o la de entregar cosas específicas, el juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de este, las *medidas* que, según las *circunstancias*, fuesen *necesarias* para *asegurar* en todo

[430] *Magistratura y justicia...*, ob. cit., p. 343.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

caso la *efectividad* de la sentencia que en el juicio recayese. La ley, como es fácil comprobar, no limita aquí más que la naturaleza de la obligación, y esto en términos que, excepto la de dar, comprende todas las restantes y la naturaleza del documento en que aquellas consten [...]".[431] Para abordar inmediatamente el problema de si la ley exige que tales "documentos sean simplemente de la misma clase o si además es necesario que tengan los requisitos que los hacen ejecutivos: primera copia para la escritura notarial, el juramento y la competencia del juez para la ejecución, no sólo para el reconocimiento en él de los documentos privados y la competencia del juez, en relación con la cantidad objeto de la confesión, para los actos de esta clase. *Pero si se tiene en cuenta que las medidas del art. 1428 son de garantía, no de ejecución,* porque su finalidad es asegurar la decisión judicial; que los documentos y actos son suficientes, como título para el embargo preventivo, *medida también de naturaleza precautoria,* y que, en fin, la fianza puede en los casos del mencionado artículo, compensar los perjuicios que deriven de alguna imperfección externa del título, habría que concluir que el poder del juez se extiende aquí a garantizar con medidas de prevención aquellas obligaciones de hacer o no hacer o entregar cosas específicas cuando consistan en documentos solemnes o reconocidos, *aun cuando no sean por sí ejecutivos,* lo que tiene importancia práctica extraordinaria, sobre todo en relación con los documentos privados no impugnados en trámite de contestación".[432]

Añadiendo a este respecto que "*al lado de esta limitación documental, los poderes del juez en cuanto a las medidas que pueda adoptar son extraordinarios, sin otro límite que la necesidad misma, según las circunstancias de cada caso: dentro de un criterio de racionalidad, impuesto por las circunstancias de la obligación, de la situación del acreedor y del deudor, el juez puede conceder cuanto estime conveniente para asegurar su propia decisión* [...]. En estos supuestos, cabe preguntar: ¿hasta dónde ha llegado la creación de la jurisprudencia, en uso de estos amplísimos poderes? ¿Cómo los han utilizado partes y jueces para sancionar la tendencia legítima del derecho, la más jurídica de sus necesidades, que es la ejecución? ¿Podrían, a base de este artículo, haber llegado a construir una teoría análoga a la creada por la jurisprudencia francesa bajo el nombre de *astreinte,* anteriormente descrita? [...]. La falta de huellas en la jurisprudencia de discusiones acerca de la procedencia o no de la *astreinte* como medida de seguridad, de

[431] Ídem, pp. 344 y 345.
[432] Ídem, pp. 345 y 346. (El destacado es nuestro).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

su compatibilidad con la disposición del art. 924 y la de decisiones judiciales que la reconocieran o rechazaran, demuestra que no se presentó a la práctica la posibilidad de construir su teoría dentro del art. 1428, ya que no puede creerse que no se le apareciera la necesidad de asegurar el cumplimiento específico de la obligación de hacer".[433]

Lo anterior, lamentablemente, no dejó de ser una reacción más bien aislada de parte de la doctrina española de la primera mitad del siglo XX, sin que ello hubiere penetrado con mayor fuerza en el interior de la dogmática procesal de aquellos años, y, de este modo, hubiere podido influir en la necesaria reforma de estas medidas, así como en la mentalidad con la cual los jueces se enfrentaron a ella. En verdad, tendrá que pasar bastante tiempo para que las medidas cautelares constituyan un tema central de discusión al interior de la dogmática procesal española. Muy tímidamente fueron avanzando en sus críticas a fines del siglo pasado y comienzos del actual en relación con la deficiente regulación efectuada por el legislador de 1881.[434] En este sentido, tendrá que esperarse a que la doctrina comparada inicie el estudio uniforme y sistemático del proceso cautelar para que ellas se transformen en un elemento de examen y estudio en España.[435] Recién hacia 1950, PRIETO CASTRO manifestaba que "la

[433] Ídem, pp. 346 y 347. (El destacado es nuestro).

[434] Uno de los primeros trabajos doctrinales en que se razona sobra la necesidad de reformar la regulación de las medidas de seguridad en el derecho español, aunque con una visión parcial respecto de los derechos de los acreedores, lo encontramos en PEREÑA Y PUENTE, "Ley procesal: medidas de aseguramiento", en Revista Jurídica de Cataluña, tomo cuarto, 1898, pp. 801-811. En este artículo su autor propone una reforma para eliminar la exigencia de acompañar un documento junto con la solicitud de un embargo preventivo, así como otras reformas menores. "¿No ha de haber medio de evitar ese peligro, a que, en el actual estado de nuestro derecho procesal, está siempre expuesto el acreedor que [...], no exige documento al que le debe una cantidad de dinero? Entendemos que sí, con una *medida precautoria*, que implicaría una sencillísima reforma de la Ley de enjuiciamiento civil", p. 808 (el destacado es nuestro). Con una misma visión, *pro acreedor*, encontramos un segundo trabajo doctrinal que clama por la reforma de esta materia, en concreto por la supresión del art. 1400 y del tan traído motivo racional, "que lejos de ser una condición o requisito aislado, es el supuesto de todos los demás que la ley admite y sin el cual no se conciben. Sin que exista motivo racional para creer que ocultará o malbaratará un deudor sus bienes en daño de sus acreedores, ¿puede nadie pretender que se embarguen preventivamente esos bienes?". SOTO Y HERNÁNDEZ, "Deficiencias de la Ley de enjuiciamiento civil: embargos preventivos", en Revista de los Tribunales y de Legislación Universal, t. XXXIII, 1899, pp. 283-285; 298-301, la cita está en la p. 298.

[435] La primera obra que hemos encontrado que habla expresamente de proceso cautelar y de medidas cautelares en España es del año 1943, DE LA PLAZA,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

política del pragmatismo procesal reclama un sistema legislativo de protección del crédito mucho más amplio y expeditivo que el actual. Las medidas de aseguramiento para los créditos son de muy difícil realización; la Ley es demasiado exigente, y la mentalidad que revela no es compatible con la celeridad del tráfico moderno. Contra una caución del acreedor, el embargo preventivo ha de ser fulminantemente concedido".[436]

En los últimos lustros de vigencia de la LEC se observó un tímido avance en la utilización de las medidas cautelares indeterminadas reguladas en su art. 1428 –sobre todo después de la reforma del año 1984– como forma provisional de resolución de controversias. Del mismo modo, fue a propósito de este artículo que tuvo lugar en España el debate doctrinal más interesante –en el ámbito de las medidas cautelares– de la última década del siglo XX.[437]

Derecho procesal civil español, vol. II, Madrid, 31-122, donde el aludido autor se refiere al proceso preventivo o cautelar. Es significativo que al inicio de su estudio sólo cite bibliografía italiana. *Vid.* p. 31. Hablan de medidas de seguridad o medidas preventivas, indistintamente: FÁBREGA Y CORTÉS, *Apuntes de procedimientos judiciales*, Barcelona, 1907, pp. 596-611. LORENZO VEGAS, *El calvario de un litigante*, Valladolid, 1909, pp. 219-231. MIGUEL Y ROMERO, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, Valladolid, 1917, pp. 557-564. MARCOS PELAYO, *Procedimientos judiciales*, Madrid, 1929, pp. 110 y 111. MIGUEL Y ROMERO, *Derecho procesal teórico*, Madrid/Valladolid, 1934, pp. 487-496. Inclusive una muestra palmaria de lo poco que había penetrado el término cautelar en la doctrina procesal española de aquellos años, lo encontramos en la traducción de la obra de CHIOVENDA, *Principi de diritto procesuale civili*, realizada el año 1922 por Casais y Santaló, quien traduce el § 9 denominado en la versión italiana *Misure provvisorie cautelari* por *Medidas provisionales de seguridad. Vid. Principi de diritto procesuale civili*, 3ª ed. Nápoli, 1919, p. 224, *y Principios de derecho procesal civil*, Madrid, 1922, p. 260. En relación con la jurisprudencia en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, segunda época, t. XVIII (1949), PRIETO CASTRO, alabando el gran avance que se advierte en el trabajo de la sala primera del Tribunal Supremo español, entre otras materias: en el manejo consciente de los progresos alcanzados por la doctrina en el campo procesal, en la firmeza del léxico jurídico-procesal y en el aprovechamiento práctico de su tecnicismo, cita, entre varias sentencias, una de 29 de diciembre de 1948 "en la que la actividad jurisdiccional aseguratoria o preventiva está referida con el calificativo doctrinal de 'medidas cautelares', hablando en concreto del depósito de personas", p. 614.

[436] "La eficacia del proceso civil o política del pragmatismo procesal", en Revista de Derecho Procesal, Nº 4 (1950), p. 635.

[437] *Vid.* CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas...*, ob. cit.; JOVÉ, *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Barcelona, 1995. El referido avance fue muy tímido en materia jurisprudencial. Ilustrativo de lo anterior es el auto de la Audiencia Provincial de Albacete de 23 de julio de 1998 (AC 1998\6707) en el cual se indicó: "Las medidas cautelares reguladas fundamentalmente en los artículos 1419 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil y, especialmente las medidas cautelares

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Hasta aquí el estudio de legislación española que tuvo gran influencia en la regulación que los países de Iberoamérica se dieron en este ámbito. En el caso chileno, por ejemplo, veremos cómo los legisladores nacionales del siglo XIX tuvieron a la vista esta legislación, así como las opiniones de los autores españoles más influyentes de aquella época. La normativa sobre las medidas cautelares contenida en la LEC 1/2000 será vista genéricamente en referencia con el derecho positivo vigente en Chile.

indeterminadas, como la solicitada al amparo del artículo 1428 de la misma ley, todas ellas tienen como característica fundamental y compartida su finalidad, evitar el *periculum in mora*, es decir, evitar que por su duración se frustre el proceso, al no tener efectividad la sentencia que en su día se dicte, pero ninguna de las medidas cautelares tiene en nuestro proceso civil la finalidad de adelantar el resultado del pleito, atribuyendo provisionalmente el interés disputado a quien presenta apariencia de buen derecho".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

CAPÍTULO QUINTO

LA LEGISLACIÓN PROCESAL EN CHILE

1. La legislación procesal en Chile en el siglo XIX: derecho indiano, derecho castellano y derecho chileno precodificado

5.1. Si bien técnicamente sólo podemos hablar de ciencia procesal a partir de la segunda mitad del siglo XIX, lo cierto es que tanto la crítica vertida en contra del funcionamiento de la administración de justicia, como la efectuada a los distintos tipos de procedimiento, ha revestido en toda la época moderna un carácter autónomo respecto de la crítica que se ha realizado al derecho sustancial. En este sentido, y en lo que respecta al derecho procesal chileno, la opinión generalizada expresaba que para el primer tercio del siglo XIX tanto la organización de los tribunales como la de los respectivos procedimientos judiciales mostraban una caótica regulación que hacía extremadamente compleja la administración de justicia. Así, Egaña (Juan) expresaba a propósito del proyecto de Reglamento para la administración de justicia del año 1831, en una extensa carta dirigida al editorial del periódico *El Araucano* de los días 14 y 21 de mayo de 1831, lo siguiente:

> Yo no culpo a los que proceden así subsistiendo a la actual legislación que nos rige. Porque la administración de los procederes judiciarios resulta del espíritu y del fondo de las leyes, y las que nos gobiernan en el día, no solamente son informes, contradictorias, opuestas a nuestras costumbres, a nuestras instituciones y a las ideas del presente siglo, sino que ellas en sí mismas envuelven un germen desorganizador de toda forma judicial.[438]

Pese a ello, la gran mayoría de juristas sostenía que en aquellos momentos era imposible llevar adelante una reforma radical del siste-

[438] Citado por Guzmán, *Andrés Bello codificador*, Santiago (Chile), 1982, t. II, Fuentes, p. 21.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ma, y que ella debía efectuarse, más bien, de una manera gradual.[439] Como afirma TAU, puede "distinguirse entre la retórica política, que exigía una rápida desaparición del antiguo ordenamiento y el pragmatismo jurídico que admitía una vigencia condicionada hasta que llegasen los imprecisos tiempos de la reforma".[440]

5.2. En estas circunstancias, como se comprenderá, las autoridades chilenas procedieron a confirmar de manera general el derecho legado por la antigua monarquía castellana. La nueva legislación –que producto de la soberanía recién conquistada empezaron a sancionar las autoridades nacionales– se limitó a superponerse al derecho indiano que en lo demás se mantuvo inalterado. De este modo, el derecho heredado de la antigua metrópoli continuó rigiendo en Chile, y a decir verdad en todos los países desprendidos de España, hasta muy entrada la vida republicana de cada uno de ellos.[441] Lo anterior fue particularmente gráfico e intenso tratándose de las normas procedimentales que, salvo mínimas modificaciones, permanecieron vigentes en Chile hasta los primeros años del siglo XX, cuando fueron derogadas por la entrada en vigor de los respectivos Códigos procesales. En rigor, las principales normas que se aplicaron en Chile durante el siglo XIX sobre organización de los tribunales y procedimientos judiciales provenían del derecho que se había sancionado para el Chile colonial.

Debe tenerse en cuenta que el derecho que gobernó en Chile en aquella época, así como en toda la América hispánica, estuvo compuesto por una complejísima masa de normas jurídicas, sin que existiera una rígida jerarquía en el orden de su aplicación. Entre ellas cabe mencionar: el derecho indiano –en sentido estricto–[442] como orden jurídico de general aplicación; el derecho de Castilla, como orden supletorio; el derecho común, como saber de juristas; el derecho natural, como orden indisponible; el derecho canónico y el derecho de los aborígenes. A estos órdenes jurídicos se fue incorporando lentamente el derecho que paulatinamente se sancionó por las autoridades chilenas una vez lograda la emancipación de España, y que durante buena parte de la vida republicana chilena convivirá con los demás órdenes normativos.

1.1. *El derecho indiano*

5.3. La administración de justicia constituyó una de las grandes preocupaciones de los monarcas hispanos.[443] Una buena administración de justicia iba estrechamente unida al deseo de que los súbditos vivieran en paz y justicia, y de que prevaleciera el buen trato de los indios. De allí la pronta creación en las Indias de numerosas Audiencias, el envío de visitadores generales, todo ello acompañado de una

[439] "El Poder Judicial recibirá su última perfección cuando el tiempo haya preparado los elementos que necesita. Su estructura es infinitamente más complicada que la de los otros poderes: la multiplicidad y diversidad de intereses que se someten a su acción, la variedad de funciones que entran en su ejecución, alejan la posibilidad de reformar de un golpe sus defectos". PINTO, Vicepresidente de la Nación, 9 de agosto de 1828, con motivo de la promulgación de la *Constitución Política de la República,* Santiago (Chile) 1828, p. IV. Por su parte, el más brillante jurista que ha tenido Chile, BELLO, escribía en el editorial de *El Araucano* del 11 de noviembre de 1830: "Bien vemos que el dar a los juicios la completa publicidad de que tanto distan entre nosotros, es empeño de una magnitud que acobarda, y que para hacerla efectiva sería necesario transformar enteramente los procedimientos judiciales. Pero caminando paso a paso, adoptando hoy una medida y mañana otra, dividiremos la dificultad en partes, que podrán allanarse sucesivamente y darán tiempo para que se formen sin violencia los hábitos que exige todo establecimiento nuevo. Estamos convencidos de que sin esta revolución serán siempre de poquísimo valor real todas las otras, porque sin ella no puede existir ni aun la sombra de la libertad, que no es otra cosa que el imperio de las leyes". *Obras completas de Andrés Bello,* 2ª ed., t. XVIII, temas jurídicos y sociales, Caracas, 1982, pp. 445 y 446.

[440] TAU, *Nuevos horizontes...*, ob. cit., p. 114.

[441] "Contrariamente a otras periodificaciones, el derecho indiano no encuentra el final de su camino en la emancipación, sino se prolonga hasta entroncar con la codificación moderna, que se impone en la segunda mitad de la centuria". TAU, *Nuevos horizontes...*, ob. cit., p. 36. Así, por ejemplo, el Código Civil chileno de 1855 señaló en su artículo final: "El presente Código comenzará a regir desde el 1º de enero de 1857, y en esta fecha quedarán derogadas, aun en la parte que no fueren contrarias a él, las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se traten. Sin embargo, las leyes preexistentes sobre la prueba de las obligaciones, procedimientos judiciales [...], sólo se entenderán derogadas en lo que sean contrarias a las disposiciones de este Código".

[442] Derecho indiano en sentido amplio es todo el derecho que estuvo vigente en las Indias españolas. "Si como derecho indiano se considera el vigente *en* las Indias occidentales y orientales, es claro que dentro de él hay que incluir no sólo el derecho castellano trasplantado al nuevo mundo o el establecido por España especialmente para él, sino también cualquier otro derecho que haya tenido vigencia en aquellas partes". GARCÍA GALLO, *Metodología de las historia del derecho indiano,* Santiago (Chile), 1971, pp. 18 y 19.

[443] Se indica en la ley que declaró la autoridad de la Recopilación de Indias el 18 de mayo de 1680: "Sabed, que desde el descubrimiento de nuestras Indias Occidentales, Islas y Tierrafirme del Mar Océano, siendo el primero, y más principal cuidado de los Señores Reyes nuestros gloriosos progenitores, y nuestro, dar leyes con que aquellos Reinos sean gobernados en paz, y en justicia". *Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias.* Edición facsimilar de la cuarta impresión hecha en Madrid el año 1791, libro II, tít. I, ley II, Madrid, 1943, p. 3.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

frondosa legislación. Al respecto, en el libro V de la Recopilación de Indias se reguló, por una parte, lo relativo a la competencia de los distintos órganos que intervenían en materia judicial; la cuantía de los diferentes pleitos; la forma como se debían ejecutar las sentencias; la forma de llevar a cabo la recusación de los jueces (presidentes de audiencias, oidores o alcaldes); lo relativo a los recursos de apelación y súplica que procedían contra las sentencias; y, por la otra, todo lo contingente a las personas que en materia judicial intervenían: jueces, gobernadores, corregidores, alcaldes, alguaciles y escribanos.

5.4. En cuanto a las normas de procedimiento, ya fueren estas de índole civil o penal, lo que se hizo básicamente fue adoptar el esquema establecido por el derecho castellano. De este modo, las normas del derecho indiano en general, y de la Recopilación en particular, no establecieron ninguna regulación disímil –salvo en el tratamiento que merecieron los pleitos de indios– con las normas procesales provenientes del derecho de Castilla. "Tanto en su variante civil como en la criminal el estudio del proceso en Indias no presenta diferencias básicas respecto del castellano, informado a su vez por la impronta romano-canónica".[444]

5.5. En relación con lo que hoy podemos denominar medidas cautelares o precautorias, la Recopilación de Indias se remitía expresamente a las leyes de Castilla. En efecto, la ley VIII, título X, del libro V, establecía que "En todas nuestras Indias *no se hagan embargos, ni secuestros de bienes de los vecinos, estantes y habitantes en ella, sino fuere por delitos, cosas y casos en que las leyes de estos Reinos de Castilla los permitieren*, pena de nuestra merced, y diez mil maravedíes para nuestra Cámara, en que condenamos al que contraviniere".[445]

1.2. *El derecho castellano*

5.6. De conformidad con lo establecido en la ley II, tít. I del libro II de la Recopilación de Indias, en todas aquellas materias que no estuvieren especialmente reglamentadas por el derecho indiano, se debían guardar las "leyes de nuestro Reino de Castilla, conforme a la de Toro". Es decir, el derecho castellano tuvo una aplicación

[444] SÁNCHEZ BELLA-DE LA HERA-DÍAZ, *Historia del derecho indiano*, Madrid, 1992, p. 395.

[445] *Recopilación...*, ob. cit., pp. 157 y 158 (el destacado es nuestro).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

supletoria en las Indias y ello de conformidad con el orden de prelación establecido en las Leyes de Toro del año 1505.[446] No debemos olvidar que las Indias Occidentales fueron incorporadas a la corona de Castilla, de allí que resultara absolutamente lógico que junto con la llegada de los españoles a América también arribara con ellos su esquema jurídico-institucional. "El derecho castellano es supletorio, ya que es el derecho general o común, en contraposición al derecho indiano propiamente tal, que es el derecho especial de las Indias [...]. A pesar de su subsidiariedad, el derecho castellano se aplicó mucho en Indias, sobre todo en materias de derecho privado, penal y procesal, en que las disposiciones indianas propiamente tales fueron escasas".[447]

5.7. El anterior fue, en términos generales, el derecho que se aplicó en las postrimerías de la época colonial en Chile: el derecho de Indias como orden jurídico general y, en su defecto, como ley supletoria, el derecho de Castilla principalmente a través de las Partidas y de la

[446] El primer lugar en el orden de prelación lo ocuparon las propias Leyes de Toro, que fueron ordenadas bajo el reinado de los Reyes Católicos en las Cortes de Toledo del año 1502 y publicadas en la localidad de Toro el año 1505. Tuvieron por finalidad poner término a la variada y contradictoria inteligencia que se daba en muchas situaciones a las leyes del Fuero, Partidas y Ordenamientos, así como suplir, en algunas situaciones, la falta de texto legal para resolver un litigio. Posteriormente se debía acudir al Ordenamiento de Alcalá publicado el año de 1348. Conjunto de reglas que normaron diversas materias, entre ellas, algunas de carácter procesal, como por ejemplo, la forma de entablar la demanda, los plazos, el sistema de excepciones, etc. Finalmente se acudía a las Siete Partidas (hacia el 1265), el más sabio de los Códigos legados por España, obra, como sabemos, del rey Alfonso X. Adquirió publicidad recién con la promulgación del Ordenamiento de Alcalá el año 1348, al contemplarse dentro del orden de prelación que estableció dicho Ordenamiento. Es necesario tener presente, en todo caso, que si bien las Partidas ocuparon el último lugar en el orden de prelación establecido en el derecho castellano, en la práctica su influencia fue tal que en realidad constituyeron la primera fuente a la que acudían los tribunales. Explica MONTERO AROCA que en toda la legislación promulgada con posterioridad a las Partidas "se parte de la vigencia de estas y, por tanto, las normas sucesivas son o complemento o modificación de aquellas. Por ello la doctrina en muchas ocasiones, y sobre cualquier tema, explicaba primero lo que decían las Partidas, para luego completar con el contenido del título correspondiente de la Novísima". *La herencia procesal española*, México, 1994, p. 48.

[447] DOUGNAC, *Manual de historia del derecho indiano*, México, 1994, p. 16. En el mismo sentido BRAVO, *Derecho común y derecho propio en el nuevo mundo*, Santiago (Chile), 1989, p. 8. TAU, "Consideraciones sobre la aplicación de la Recopilación de 1680", en *La ley en América Hispana del descubrimiento a la emancipación*, Buenos Aires, 1992, p. 178.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Novísima recopilación. Este derecho, no obstante la ruptura de lazos con la metrópoli española, continuó rigiendo con mayor o menor intensidad según las diversas ramas jurídicas a lo largo del siglo XIX en el reino de Chile:[448] "Fue derecho vivo, no sólo antecedente histórico, esto es, legislación aplicada para resolver los casos que la práctica jurídica debía resolver, precisamente durante el período en que se desplegaba el esfuerzo codificador y conviviendo con las leyes que emanaban de las legítimas facultades legislativas de los nuevos gobiernos".[449] Y fue este mismo derecho el que durante el transcurso del siglo XIX las autoridades chilenas procedieron a confirmar, adicionar, reformar y derogar, en su caso, conforme se iban asentando las instituciones y tradiciones republicanas. Las disposiciones que en este sentido fueron dictando las autoridades chilenas constituyeron el primer núcleo del derecho procesal patrio o derecho nacional precodificado, que a continuación será analizado.

1.3. *El derecho procesal chileno precodificado (1818-1875)*

5.8. En el ámbito procesal, una vez alcanzada la emancipación de España, merecen destacarse, en primer término, la Constitución Política de 1823 y el Reglamento de administración de justicia de 1824,

[448] Como ha puesto de relieve GUZMÁN al analizar la forma como los tribunales chilenos fundamentaban las sentencias a partir de 1841 (época en que comienzan a publicarse en el periódico forense denominado Gaceta de los Tribunales), prácticamente no hubo fallos en que no estuvieran citadas las *Partidas* y la *Novísima recopilación*, aunque también se hacía referencia en ocasiones al *Fuero real*, a las *Leyes de estilo*, a las *Leyes de Toro*, a la *Recopilación de Indias* y, cuando era el caso, al derecho patrio y al canónico. *Andrés Bello...*, ob. cit., t. I, pp. 93 y 94. Asimismo, en una investigación relativa a la vigencia de normas de derecho indiano y castellano en Chile durante los años 1841-1861, en relación con delitos políticos, se muestra que las fuentes más citadas por los tribunales chilenos son las de las Partidas (principalmente la séptima seguida de la tercera) y las de la Novísima recopilación, constatándose que "las citas de alguna o varias disposiciones contenidas en uno o más de los cuerpos indianos mencionados [representa] poco más del 50% de las 124 causas estudiadas. Si esta cifra ya es digna de mención, ella resulta aún más notable si se considera que a su vez en sólo 55 causas (lo que significa menos del 45% de las sentencias de esos mismos 124 procesos), se menciona legislación republicana. Llama, la atención, por lo tanto, que sea mayor el número de causas en que es citada la legislación castellana y, además, que en más de la mitad de las causas no haya referencia alguna a leyes de la República". ROJAS SÁNCHEZ, "Delitos políticos en Chile, 1841-1861: aplicación de normas indianas y castellanas", en *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, Pamplona, 1992, p. 503.

[449] MURILLO, "Codificación y sistema jurídico iberoamericano" en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, 1992, p. 144.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

que reformaron tanto el esquema de organización de los tribunales ordinarios[450] como algunas normas de procedimiento.[451] En lo que se refiere a la judicatura ordinaria dichas normas introdujeron una doble innovación. Se estableció por primera vez en la capital de la República, Santiago, una Corte Suprema como máximo tribunal de justicia y se instauraron, en todo el territorio de Chile, juzgados de letras en primera instancia con competencia tanto en materia civil como criminal. Con respecto a la Cámara de Justicia, que desde 1817 había reemplazado a la Real Audiencia como máximo tribunal del país, se la mantuvo como tribunal de alzada bajo el nombre de Corte de Apelaciones, con competencia exclusiva para la segunda instancia. En materia procesal, por su parte, las aludidas normas introdujeron, entre las innovaciones más relevantes, una detallada regulación de las implicancias y recusaciones de los jueces, los llamados juicios prácticos y el trámite previo de la conciliación para los juicios que debían ventilarse ante los tribunales ordinarios. Con todo, estas dos leyes fueron, en verdad, muy deficitarias por lo que a poco andar se mostraron del todo insuficientes para solucionar los problemas que en aquella época afrontaba la judicatura chilena.

5.9. En 1837 se publican tres importantes leyes procesales: la Ley de implicancias y recusaciones, de 2 de febrero; la Ley sobre fundamentación de las sentencias, de 3 de febrero; y la Ley sobre juicio

[450] El sistema judicial español vigente en Chile en las postrimerías del régimen indiano era básicamente el siguiente. A la cabeza de la organización judicial se encontraba el Consejo de Indias con sede en la Península, del cual dependían todas las audiencias indianas, cuyos ministros eran nombrados por su intermedio. En Chile, por su parte, el máximo tribunal fue la Real Audiencia, con sede primero en la ciudad de Concepción (1567-1573), y restablecida con posterioridad en Santiago (1609). También ejercieron funciones judiciales los cabildos, principalmente para conocer las apelaciones contra las sentencias de los alcaldes ordinarios por negocios de menor cuantía. Como tribunales unipersonales se encontraban los alcaldes ordinarios que equivalían a lo que hoy son los jueces de letras de primera instancia, quienes ejercieron sus funciones desde los primeros tiempos de la conquista. Hubo otros oficiales que también tuvieron algún cometido judicial como fueron los gobernadores, los justicias mayores, los corregidores, los intendentes y los subdelegados, pero fueron los alcaldes los que constituyeron el verdadero centro de la organización judicial en esa época. Como tribunales especiales encontramos los tribunales militares, los tribunales eclesiásticos, los de cuenta y hacienda, los de comercio, los de minería y los tribunales de indios entre los más importantes. Sobre el particular *vid.* ZORRILLA, *Esquema de la justicia en Chile colonial*, Santiago (Chile), 1942.

[451] Sobre el procedimiento ordinario aplicado en Chile durante la época colonial, *vid.* CORVALÁN-CASTILLO, *Derecho procesal indiano*, Santiago (Chile), 1951.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ejecutivo, de 8 de febrero. Leyes conocidas en el lenguaje del foro bajo el nombre de *leyes marianas*, recordando a su autor Mariano EGAÑA (1783-1846).[452] En adición a ellas, por decreto de 1º de marzo, se promulgó la ley relativa al recurso de nulidad también integrante del aludido proyecto.

El 15 de octubre de 1856 se publica la ley sobre juicios cuya cuantía no pasa de mil pesos. Según su artículo primero, ella se aplicaba a las causas civiles cuya cuantía excedía de ciento cincuenta pesos y no pasaba de mil. En verdad el juicio de mínima cuantía (juicio verbal) había sido creado en Chile en las postrimerías del siglo XVIII por auto acordado de la Real Audiencia.[453]

5.10. El 15 de octubre de 1875 se promulga la importantísima Ley de organización y atribuciones de los tribunales de justicia, que consagró una nueva regulación positiva de la judicatura nacional y que fue clave en el proceso codificador de las leyes de procedimiento. Reguló en forma coherente, sistemática y en un cuerpo único todo lo referente a la estructura, jurisdicción y jerarquía de los tribunales chilenos, y estuvo destinada a servir de base para la elaboración de los futuros Códigos de procedimiento civil y de procedimiento penal.[454] A partir de su vigencia el año 1876 quedaron derogadas todas las leyes referentes a la organización de la justicia en Chile, ya fueren del derecho indiano, castellano o chileno precodificado; entre estas últimas fueron derogados el Reglamento de administración de justicia de 1824 y la Ley sobre fundamentación de las sentencias de 1837.[455]

[452] Estas leyes formaban parte de un plan más ambicioso de EGAÑA, a saber, su Proyecto de ley de administración de justicia y organización de tribunales. La parte primera, de la *Administración de justicia en materia civil*, fue impresa en el año 1835, y es considerada como el primer proyecto de una nueva Ley de enjuiciamiento civil para Chile.

[453] Auto acordado sobre tramitación de causas civiles de poca importancia de 29 de mayo de 1797. *Vid.* CORVALÁN-CASTILLO, *Derecho procesal...*, ob. cit., pp. 405 y 406, donde se reproduce íntegramente el texto de dicha normativa.

[454] Expresaba el autor de la citada ley: "Si el Código de Enjuiciamiento da las reglas a que debe sujetarse el poder judicial en el ejercicio de sus funciones, supone necesariamente que ese poder existe y que se halla organizado bajo una forma determinada. Primero es crear una autoridad y establecer sus atribuciones, que darle una norma a la cual deba ajustar su conducta. La máquina debe hallarse construida y montada antes de que se le aplique el agente que le haya de dar impulso y movimiento". VARGAS FONTECILLA, *Proyecto de ley...*, ob. cit., p. III.

[455] Para una exposición de las leyes de procedimiento vigentes en Chile después de la promulgación de la Ley de organización y atribuciones de los tribunales de 1875, y antes de la promulgación del Código de Procedimiento Civil, *vid.* LIRA, *La legislación chilena no codificada*, Santiago (Chile), 1879, tomo I, pp. 91 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

2. DERECHO VIGENTE EN MATERIA DE MEDIDAS PROVISIONALES EN CHILE (1805-1902)

5.11. Las anteriores fueron *grosso modo* las leyes procesales que se dictaron a lo largo de más de cincuenta años de vida independiente en Chile y que conformaron, como he indicado, el primer núcleo del derecho procesal chileno. Ahora bien, es importante tener presente que ninguna de las leyes chilenas nombradas reguló o introdujo algún cambio sustancial en la forma como se reglamentaban las medidas provisionales en el antiguo derecho castellano. Ya hemos observado que el derecho de Indias no estableció una particular regulación de esta materia sino que por el contrario se remitió expresamente a la legislación de Castilla.[456]

5.12. Por consiguiente, podemos precisar que en el siglo XIX y hasta la promulgación del Código de Procedimiento Civil el año 1902, en Chile estuvieron vigentes en materia de medidas precautorias básicamente los títulos XXV y ss. del libro XI de la Novísima recopilación y el título IX de la Partida Tercera, que contenían las siguientes medidas de seguridad:

- El secuestro de bienes;
- La retención o embargo preventivo;
- La administración de bienes litigiosos, y
- El arraigo de personas.[457]

5.13. Estas normas fueron estudiadas en Chile en un primer momento como excepciones al principio de que todo juicio ordinario debía comenzar por demanda (ya que había casos en que la demanda se veía entorpecida si antes no se permitía al demandante la práctica de ciertas diligencias prejudiciales)[458] y posteriormente, como peticio-

[456] *Vid. Recopilación de las leyes de indias*, ley VIII, título X, libro V.

[457] A ellas debemos agregar a partir del año 1855 la regulación que del depósito y del secuestro realizó el CC. Sobre estas normas me extenderé en detalle más adelante.

[458] Observa VILA que "todo juicio civil ordinario debe comenzar por demanda y contestación, y no por declaración jurada del demandado, secuestro, información de testigos; pero se exceptúan los casos siguientes que suelen llamarse pedimentos preparatorios: [...]. 2º Puede comenzar el pleito pidiendo el actor secuestro o depósito de la cosa litigiosa [...]". *Prontuario de los juicios, su iniciación, tramitación e incidencias*, Santiago (Chile), 1844, p. 36. *Vid.*, igualmente, MOLINARE, *Tratado teórico práctico sobre el otorgamiento de instrumentos públicos y tramitación de los juicios*, Santiago (Chile), 1866, p. 152; CORVALÁN-CASTILLO, *Derecho procesal...*, ob. cit., pp. 85 y 86.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

nes accesorias a la demanda misma.[459] Ambas situaciones muestran palmariamente la influencia que ejercía la doctrina y jurisprudencia española de esos años que trataba en similar forma el estudio de estas medidas.[460]

Fueron estas medidas las que concedían los tribunales de justicia de Chile en aquellos años: "Iniciado de nuevo el pleito por el procurador don [...] ante la Corte de Apelaciones por el fuero de uno de los demandantes, a nombre de varios herederos que no litigaron se pidió en el primer otrosí de la demanda la retención de los fondos correspondientes al tronco de don [...] que debía percibir el señor [...] en virtud del fallo anterior. La Corte resolvió: Santiago, agosto 12 de 1898. En lo principal, traslado; al primer otrosí, con lo expuesto por las partes, no ha lugar por ahora a lo pedido en el primer otrosí del escrito de demanda [...]. La Corte Suprema fallando la apelación interpuesta contra el auto anterior, dijo: Santiago, 19 de octubre de 1898. Vistos, se revoca en la parte apelada el auto de 12 de agosto último, y se declara que ha lugar a la retención solicitada en el primer otrosí del escrito de fojas 5 (demanda), entendiéndose con calidad de por ahora y que podrá alzarse si por parte del demandado se diere garantías equivalentes a satisfacción del juzgado".[461]

5.14. El secuestro de bienes estaba previsto en el título IX de la Partida Tercera, ley I,[462] que enumeraba seis situaciones en que las

[459] *Vid.* LIRA, *Prontuario de los juicios o tratado de procedimientos judiciales y administrativos con arreglo a la legislación chilena*, 5ª ed., t. I, Santiago (Chile), 1895, pp. 190 y 196.

[460] En este sentido, ORTIZ DE ZÚÑIGA observaba que "por regla general, todo juicio civil debe empezar por la demanda, esto es, por el ejercicio de la acción, y por su contestación o respuesta. Sin embargo hay varias excepciones a esta regla [...]: 2ª excepción de la regla arriba sentada: cuando es preciso antes de proponer la demanda, hacer *secuestro, embargo o intervención de bienes*". *Elementos...*, ob. cit., t. I, pp. 192 y 194.

[461] RDJ, segunda parte, sec. 1ª, t. II (1905), p. 176. Agrega el fallo que "devueltos los autos, el procurador de Vargas ofreció la fianza solidaria del señor [...] para retirar los fondos consignados en el Banco Matte, ascendentes a $ 110.000 e intereses y solicitó la entrega de $ 100.000. Se proveyó: Santiago, octubre 26 de 1898. Previa la escritura de fianza solidaria que se ofrece, álcese la retención a que se refiere el auto de 19 del corriente mes, con citación contraria". Ídem, p. 176. Nada diferente, dicho sea de paso, a la forma como hoy los tribunales chilenos resuelven estas cuestiones.

[462] *Título IX. Cuando deben meter la cosa sobre que contienden en mano del fiel.* "Muchas veladas acontece que después que los demandadores han hecho emplazar a los demandados, antes que les hagan sus demandas, piden a los juzgadores que aquellas cosas que quieren demandar sean puestas en mano de omes fieles, porque

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

cosas podían ser puestas en manos del fiel, algunos de las cuales habían caído en completo desuso tanto en la Península como en Chile. Ahora bien, los casos más importantes y de mayor aplicación en el foro nacional fueron los siguientes:

1º. Cuando la cosa sobre la que es la contienda es mueble... "e el demandado es persona sospechosa, e témese del que la trasporna, o la empeora o la mal metera".[463]

Como hemos observado, entre las excepciones al principio de que todo juicio debía comenzar por demanda que se estudiaban por la doctrina chilena del siglo XIX, VILA señalaba los llamados pedimentos preparatorios, entre ellos, el secuestro o depósito de la cosa litigiosa, el cual tenía lugar: "2º cuando siendo mueble la cosa litigiosa se teme justamente que el poseedor [se] fugue con ella, la transporte o deteriore".[464] MOLINARE, por su parte, señalaba que "tampoco puede comenzarse el pleito pidiendo el actor secuestro o depósito de la cosa litigiosa, sino en estos casos: 1º cuando siendo mueble dicha cosa se teme que el demandado la empeore, malgaste o transporte".[465]

2º. Cuando habiéndose dado sentencia definitiva contra el poseedor de la cosa litigiosa, apela este de ella y hay sospecha de que se malbarataran o disiparan sus frutos.

VILA a este propósito observaba que el juicio civil ordinario podía comenzar pidiendo el actor el secuestro o depósito de la cosa litigiosa:

sospechan contra aquellos que las tienen, que las mal meterán, o que las encubrirán, o las transportarán de guisa que no aparezcan. Y los otros a quieren hacer las demandas dicen que no lo deben hacer, y contienden las partes mucho a menudo sobre esta razón. Onde nos por sabor que aunemos de destajar las contiendas, que podrían ende nacer, queremos mostrar en este título por cuales razones, debe ser puesta la cosa sobre que contienden en mano de fiel. Y hasta cuanto tiempo, deben tener las cosas que les dieren en fieldad", *Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio*, t. II, Partida Tercera, Madrid, 1807, p. 460. En opinión de NOGUÉS SECALL en esta ley "hallamos el germen de los embargos preventivos, dirigidos según su objeto, a evitar que desaparezca o se empeore lo que ha de ser después objeto de un juicio. No podía consistir el legislador que la protección que se dispensa a la propiedad hubiese de redundar en daño de aquel que tiene derechos sagrados que poder hacer valer en los tribunales". *Tratado...*, ob. cit., p. 168.

[463] Nótese que esta norma había sido recogida en el art. 901 del Código Civil chileno del año 1855 en los siguientes términos: "Podrá el actor pedir el secuestro si reivindicándose una cosa corporal mueble hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor".

[464] *Prontuario de los juicios...*, ob. cit., p. 36.

[465] *Tratado teórico...*, ob. cit., p. 152.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

"3º cuando después de la sentencia definitiva, el poseedor apela y el colitigante tuviese recelo de fuga, ocultación o disipación".[466]

3º. Cuando el marido disipa los bienes de la mujer y esta pide la separación de ellos.[467]

Esta situación fue unánimemente recogida por la doctrina chilena decimonónica. Así, VILA apuntaba que el juicio civil ordinario podía comenzar pidiendo el actor el secuestro o depósito de la cosa litigiosa: "4º cuando el marido fuese disipador de su caudal o hacienda, en cuyo caso puede la mujer pedir al juez que le mande entregar su dote y demás bienes que le pertenezcan, o los ponga en manos de uno que los administre y le dé los frutos a ella, o a su marido para alimentarse".[468] MOLINARE, por su parte, expresaba que "tampoco puede comenzarse el pleito pidiendo el actor secuestro o depósito de la cosa litigiosa, sino en estos casos: 3º en el caso de que el marido, por una administración descuidada, dé lugar a que la mujer pida separación de bienes".[469]

4º. Cuando un hijo preterido o desheredado pretendía su legítima.[470]

VILA a este propósito indicaba que el juicio civil ordinario podía comenzar pidiendo el actor el secuestro o depósito de la cosa litigiosa: "5º cuando el hijo desheredado o preterido injustamente pide su legítima y su hermano o coheredero se resiste a entregársela".[471]

Asimismo, según disponía la nota número 4 del título XXIV, libro XI, de la Novísima recopilación, solía practicarse el secuestro, cuando dos o más litigaban sobre la tenuta de un mayorazgo, pues se ponían en secuestro los bienes hasta la decisión del pleito.[472]

Señalaba VILA que el secuestro podía ser convencional o judicial, "el primero es cuando las partes se convienen en poner la cosa

466 *Prontuario de los juicios...*, ob. cit., p. 36.

467 "Cuando algún marido de alguna mujer, fuese de mal recaudo, e gastador de sus bienes, de manera que ya comencasse ya de venir a pobreza. Ca entonces, bien puede pedir su mujer al juzgador, que su dote, e los bienes que pertenecen a ella, que los tome de poderío de su marido, e los entregue a ella, o los meta en mano de fiel, que los guarde por ella". MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Códigos...*, t. I, p. 398.

468 *Prontuario de los juicios...*, ob. cit., p. 36.

469 *Tratado teórico...*, ob. cit., p. 152.

470 "Cuando algún hombre o mujer que tuviese dos hijos, no se acordando de uno de ellos, ni haciendo mención de su finamiento, otorgase al otro dejándolo su heredero, en todo, o si se acordase de él, y lo desheredase sin derecho". MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Códigos...*, ob. cit., t. I, p. 398.

471 *Prontuario de los juicios...*, ob. cit., p. 36.

472 MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Códigos...*, ob. cit., t. II, p. 1824.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

litigiosa en manos de un tercero que se obliga a restituirla al que saliere vencedor del pleito: el segundo es cuando este depósito se hace por autoridad del juez en la persona que las partes señalan o que el mismo juez nombre de oficio".[473] Por su parte, LIRA[474] explicaba que análogo al secuestro, y de uso más frecuente en el foro, se encontraba la figura de la retención de la cosa litigiosa, de una suma de dinero o de valores equivalentes, ya fuere que estos estuvieren en manos del litigante o de un tercero. Podía ser considerada esta medida como un secuestro, como una medida conservativa o como un medio de apremio para obtener del demandado la fianza de arraigo, y se concedía siempre que apareciendo de algún modo plausible la demanda, hubiere motivo para creer que quedarán burlados los derechos del actor, otorgándose hasta que el demandado prestare fianza suficiente para asegurar las resultas del juicio. Agregaba LIRA que como la medida era decretada "*bajo la responsabilidad del solicitante*, conviene pedirla provisionalmente [...]".[475] Añadiendo que "la responsabilidad que en virtud de este decreto [el que concede la retención] contrae el demandante no puede ser otra que la de indemnizar los perjuicios injustos que la retención irrogue al demandado y especialmente las que provengan de la insolvencia futura de la persona en cuyo poder se hace la retención; y conforme al espíritu de la ley [cita la Ley Nº 2, tít. 3, lib. 2 del Fuero Real], no se concede sino por un brevísimo plazo al que no tiene dentro del país bienes suficientes con qué responder, a menos que afianzare las resultas de la retención".[476]

5.15. Por su parte, la administración de bienes litigiosos se encontraba regulada en la ley II, del tít. XXV, del libro XI, de la Novísima recopilación,[477] concediendo la facultad de elegir y nombrar administradores de los estados y mayorazgos sobre los que había litigios, únicamente al Presidente o Gobernador del Consejo. Junto a estas medidas, como hemos indicado, se aceptaba el arraigo, que era la

473 *Prontuario de los juicios...*, ob. cit., p. 36.

474 *Vid.* LIRA, *Prontuario...*, ob. cit., t. I, pp. 196-197.

475 Ídem, p. 197 (el destacado es nuestro).

476 Ídem, p. 197. Para la referencia al Fuero Real *vid.* MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Códigos...*, ob. cit., t. I, p. 113. Como se aprecia ya aparecen elementos que actualmente nos son del todo familiar en materia de medidas cautelares, así, su provisionalidad, el principio de responsabilidad, la fianza y la indemnización de los daños y perjuicios que se causen con la medida.

477 "Facultad privativa del Presidente o Gobernador del Consejo para nombrar administradores de los mayorazgos litigiosos y seqüestrados, y los demás que se expresan". MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Códigos...*, ob. cit., t. II, p. 1824.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

obligación que se imponía al litigante de no ausentarse del lugar donde el juicio era seguido. Observaba LIRA que era conveniente hacer la petición de arraigo "siempre que haya motivo para suponer que un litigante se ausente del lugar del juicio; porque, no habiéndolo hecho, es preciso ir a notificarle en el lugar donde se encuentre, si se sabe su paradero, o nombrarle curador especial, si se reúnen las condiciones requeridas para por la ley para considerarle ausente".[478] Por su parte, la ley XLI, tít. II, Partida Tercera autorizaba al demandante para pedir que se obligara al demandado, que carecía de arraigo, a dar fianza de estar a derecho, y la ley 66 de Toro recogida, en la ley V, tít. XI, libro X de la Novísima recopilación, había dispuesto que "ninguno sea obligado de se arraigar por demanda de dinero que le sea puesta, sin que preceda información de la deuda, a lo menos sumaria de testigos, o de escritura auténtica".[479]

5.16. Estas fueron las normas que en materia de medidas provisionales de seguridad, como hemos visto, estuvieron vigentes en Chile a lo largo del siglo XIX. Son las mismas normas que rigieron en España hasta 1855, año en que se dicta la primera Ley de enjuiciamiento en materia civil, según ya hemos mostrado. Sabemos que la anterior fue una regulación muy precaria, sin ningún orden ni sistema, y que dio lugar a constantes abusos en la práctica cotidiana del foro. En el caso español dicha situación fue unánimemente denunciada por la doctrina del XIX. En el caso chileno estos abusos también fueron habituales. Al respecto, obsérvese lo que en relación con la práctica de los tribunales del siglo XIX señalaba uno de los más eminentes civilistas chilenos: "En la práctica se había abusado demasiado de las medidas de esta clase, que los jueces decretaban fácilmente, contentándose con agregar 'bajo la responsabilidad del solicitante' que en el hecho no existe sino se prueba la absoluta falta de fundamento de la demanda, aparte de que los perjuicios son de dificilísima comprobación".[480] Sobre estas normas se construirá el edificio chileno de las medidas precautorias. Si bien las normas del derecho castellano fueron derogadas con la entrada en vigor del nuevo CPC, ellas serán formalmente recibidas por el derecho nacional a través de la nueva legislación.[481]

[478] LIRA, *Prontuario...*, ob. cit., t. I, p. 196.

[479] MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Códigos....*, ob. cit., t. II, p. 1729.

[480] CLARO SOLAR, RDJ (1903/1904), t. I, parte segunda, p. 507.

[481] En este sentido ANABALÓN observa que "estas medidas [se refiere a la fianza de arraigo, al secuestro y a la retención de bienes o embargo preventivo consagradas en la antigua legislación española], en lo esencial, pasaron a informar las prácticas

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

3. REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS EN LOS DIFERENTES PROYECTOS DE CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN CHILE[482]

5.17. A continuación se analizará la evolución que a lo largo del proceso codificador chileno experimentaron las medidas precautorias y la forma como estas providencias se fueron plasmando en los diferentes proyectos de ley. Ello nos permitirá conocer su desarrollo y descubrir, igualmente, los principios y características que han informado la tutela cautelar en Chile desde el siglo XIX a la fecha.

judiciales entre nosotros hasta la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1903, y este mismo Código las consagró definitivamente con pequeñas modificaciones y ampliaciones, situación que perdura en la actualidad". *El juicio ordinario de mayor cuantía*, Santiago (Chile), 1954, p. 58.

[482] A grandes rasgos podemos decir que si bien el pensamiento original de las autoridades chilenas fue proceder en primer lugar a la codificación de las leyes procesales antes, incluso, que el de las leyes sustantivas, lo cierto fue que hasta 1860 nada se había avanzado a este respecto. El primer intento serio por abordar la codificación de las leyes procesales en Chile se debió a la iniciativa particular del ciudadano colombiano don F. GONZÁLEZ, que el año 1861 presentó al Gobierno de la época un *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil para la República de Chile*. Este Proyecto, que finalmente fue descartado por el ejecutivo, sirvió de acicate necesario para realizar la tarea pendiente de codificar las leyes procesales en Chile. De ahí que al año siguiente, en 1862, se encargó al jurista VARGAS FONTECILLA (1824-1883) la misión de elaborar un Proyecto de Ley de enjuiciamiento civil para la república del cual sólo alcanzó a redactar su libro I relativo a las *Disposiciones comunes a todos los juicios*. En 1870 se encomendó a BLEST GANA (1832-1872) que continuara desempeñando la labor de redacción de una Ley de enjuiciamiento civil. En 1871 este autor publicó el libro II, sobre *Juicio ordinario*, comprensivo de 133 artículos sin numerar, y un año después el libro III acerca de los *Juicios especiales*, con 233 artículos no numerados. El año 1873 se nombró una comisión (denominada Comisión Revisora o Primera Comisión) para que informara sobre el avance del Proyecto de Ley de enjuiciamiento civil; esta comisión encomendó a don J. LIRA (1835-1886) redactar nuevamente los libros II y III del referido proyecto (que fueron impresos en 1875, con 193 y 433, artículos respectivamente) y la redacción de un libro IV, que vio la luz pública el año 1877, y que abarcó 104 artículos. La referida Comisión trabajó durante diez años en el estudio del Proyecto de Código de enjuiciamiento civil, al término de los cuales informó que se procedería a la revisión de la totalidad del Proyecto. Esta labor fue realizada sólo por el secretario de dicha comisión Sr. LIRA, quien publicó los cuatro libros, con los acuerdos alcanzados hasta esa fecha, en otros tantos cuadernos. Este trabajo es conocido como Proyecto de 1884 o Proyecto LIRA, el cual abarcó 1.167 artículos. Hacia el año 1888 se resolvió designar una nueva comisión (denominada Comisión Redactora o Segunda Comisión) para que diera forma definitiva al Código de enjuiciamiento civil. Después de una cuidadosa revisión se imprimieron los correspondientes cuatro libros, en otros tantos cuadernos, dando por resultado el Proyecto de Código de Procedimiento Civil del

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

3.1. *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil de 1871*

5.18. La primera regulación que de ellas encontramos fue la realizada por BLEST GANA en el año 1871, a propósito del libro II sobre *Juicio ordinario*, en el título II de aquel libro.[483] Si bien estamos en presencia de una reglamentación bastante simple –téngase presente que sólo se dedicaron ocho artículos sin una numeración correlativa–, de ella ya se pueden extraer algunos principios y características cuyo posterior desarrollo doctrinal permitirá configurar en torno a las medidas precautorias o de seguridad una idea más amplia, genérica y comprensiva de todas ellas, y que posibilitará su estudio con relación a un género común: nos referimos a la idea de proceso cautelar. Lo anterior constituirá una importante novedad en relación con la legislación castellana que, si bien conoció tipos concretos de medidas de seguridad, no presentó un concepto unitario que permitiera examinarlas bajo un nombre homogéneo.

Esta idea de unidad se pone de manifiesto desde el inicio mismo del *Proyecto de 1871*, al agrupar las diferentes medidas en un mismo título y bajo una misma denominación genérica: *De las providencias precautorias*.[484] La ubicación de este título, a propósito del juicio ordinario

año 1893, que fue presentado por el Ejecutivo al Congreso Nacional en mensaje de 1º de febrero de aquel año. Después de múltiples dificultades al interior del Congreso, y de haber permanecido paralizada la discusión del mismo por más de siete años, se creó el año 1900 una Comisión Mixta de senadores y diputados encargada de informar el Proyecto de Código. En enero de 1902 se publicó el Proyecto de Código de Procedimiento Civil revisado por la Comisión Mixta de senadores y diputados, conocido como Proyecto de 1902. Este Proyecto fue presentado para debate en el Congreso Nacional, siendo finalmente aprobado como Código de la nación por la Ley Nº 1.552 de 28 de agosto de 1902, comenzando a regir el 1º de enero del año 1903.

[483] En este sentido, el Proyecto de Código de enjuiciamiento de GONZÁLEZ, en relación con las medidas precautorias, tuvo una regulación mucho más cercana a la que por esos años se llevaba a cabo en España, que a la que finalmente se materializará en Chile. En efecto, la figura central de su proyecto fue el embargo suspensivo (en España fue el embargo preventivo), regulado en el título VIII, arts. 737 al 760, dentro del Libro VI, denominado *Del procedimiento ejecutivo*, y sin que se vislumbre un tratamiento homogéneo de estas medidas. *Vid.*, *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil*, Santiago (Chile), 1861, pp. 191 y ss. Por su parte, el Proyecto de VARGAS FONTECILLA en sus 205 artículos no realizó ninguna referencia a las medidas precautorias. *Vid. Proyecto de Código de enjuiciamiento civil*, Libro I, Santiago (Chile) 1867.

[484] Nótese la diferencia, por ejemplo, con la Novísima recopilación que destinaba diferentes títulos a la regulación de estas providencias, y sin utilizar una denominación homogénea sino el nombre de la respectiva providencia conservativa.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

de mayor cuantía, sin ser la óptima,[485] será clave en la configuración misma de las medidas y permanecerá intacta a pesar de las modificaciones introducidas por los proyectos posteriores. Las consecuencias de esta situación serán objeto de un posterior análisis; basta por ahora adelantar que en virtud de dicho emplazamiento las medidas chilenas dispondrán de una mayor flexibilidad –al menos teórica– que sus homónimas españolas, las que quedaron más bien encajadas y mediatizadas a propósito de la ejecución de las sentencias.

5.19. El *Proyecto de 1871* fue precedido por una clarificadora exposición de motivos, en la cual se daba cuenta del imperfecto estado en que se encontraban las medidas provisionales de seguridad en aquellos tiempos, y de las principales innovaciones que a este respecto introducía su proyecto de ley.

> Nuestra legislación es sin duda deficiente en lo relativo a providencias precautorias. De poco sirve contar con una tramitación expedita, si el litigante malicioso puede con facilidad eludir las acciones que contra él se deduzcan, y burlar los fallos que se pronuncien en protección del derecho litigado. La legislación reconoce el arraigo, la retención, el secuestro, el depósito y la prohibición de contratar; pero ni el práctico tiene disposiciones fijas a que atenerse, ni menos se encuentran detalladas las facultades del tribunal que procede arbitrariamente al adoptar cualquiera de esas providencias, indispensables en muchas ocasiones. La nueva ley española [se refiere a la Ley de enjuiciamiento civil del año 1855] es en este punto incompleta y por demás reglamentaria [¿?], sobre las medidas precautorias que autoriza.[486]

A pesar de la temprana época en que se elaboró este proyecto, su autor muestra gran precisión al abordar los problemas que invariablemente plantean este tipo de medidas. Por una parte, lo decisivo que resulta para un normal desarrollo del pleito la concesión de la misma y, por el otro, los daños que su errónea concesión puede ocasionar. Tan es así que llega a caracterizarlas como un *mal indispensable*. Al respecto agrega:

> Ha sido nuestro objeto en este título asegurar el éxito de las reclamaciones judiciales, dando al mismo tiempo garantías suficientes contra hostilidades o

[485] Era preferible, en nuestra opinión, que la regulación se hubiere realizado en el libro I que trata de las disposiciones comunes a todos los procedimientos. En el único proyecto en que seriamente se planteó la posibilidad de un nuevo Código de Procedimiento Civil para Chile, el año 1937, precisamente ahí fueron reguladas. *Vid. Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Santiago, 1937, Libro I, *Disposiciones comunes a todos los procedimientos*, título XVIII, *De las medidas precautorias*, pp. 82-88.

[486] BLEST GANA, *Proyecto de Código de enjuiciamiento*, Santiago, 1871, pp. VII y VIII.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

> medidas preventivas que no estén autorizadas por la naturaleza del juicio, o por la condición de los litigantes. Estas *medidas son un mal indispensable*, cuyo origen es la necesidad de proteger la justa expectativa del litigante de buena fe; pero por su mismo carácter excepcional deben limitarse a lo estrictamente necesario, para huir del peligro de autorizar venganzas y persecuciones que no son raras en los pleitos [...] *puesto que todas las medidas precautorias producen un perjuicio más o menos directo y son por su naturaleza vejatorias.*[487]

Pero incluso iba más allá y establecía, por una parte, el principio de responsabilidad de quien solicita la medida y, por el otro, el carácter esencialmente provisional que ellas presentan:

> Ya que sancionábamos las providencias precautorias, era lógico que procuráramos evitar el abuso y reparar, en lo posible, los males injustificables que producirían solicitándose y obteniéndose sin que exista un verdadero derecho que garantizar. Nuestro sistema admite las medidas de precaución únicamente en calidad de provisorias, y a falta de otras seguridades. El que las obtiene obliga su responsabilidad para indemnizar los perjuicios que ocasione; y ellas deben cesar en el momento que se ofrezcan otras seguridades.[488]

Contenía la exposición de motivos una referencia a las medidas indeterminadas, precisando las muchas situaciones en las cuales la rigidez de la ley no da respuestas adecuadas a la realidad cotidiana:

> Dadas las reglas que dejamos consignadas en nuestro título, quedaban muchos casos de imposible enumeración. *En esta materia, indeterminada por su carácter, es necesario dejar a la prudencia del magistrado, mucho que la ley no alcanza a prever, como que las medidas precautorias derivan su principal importancia de los elementos especiales de cada caso y de la posición de cada litigante.*[489]

5.20. Se reglamentaron en el referido título II cinco diferentes medidas precautorias: el arraigo del demandado, la retención de un crédito o de una cosa mueble, el secuestro de la cosa que se reclama, la prohibición de celebrar contratos sobre bienes determinados y el depósito de la cantidad que se litiga o de parte de ella.[490] Como se aprecia, se admiten prácticamente las mismas medidas que se regulaban en las grandes recopilaciones castellanas, pero con un

[487] Ídem, pp. VIII y IX (el destacado es nuestro). No se olvide, en todo caso, que veinte años antes HERNÁNDEZ DE LA RÚA se refería a estas medidas como un *mal necesario. Vid.* p. 180.

[488] *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. IX.

[489] *Proyecto de Código...*, ob. cit., pp. IX y X (el destacado es nuestro). Lo que no logramos comprender es por qué razón –tal vez un error tipográfico– a la hora de plasmar en el proyecto las normas positivas, la regulación de las medidas indeterminadas no figura.

[490] Ídem, pp. 4-7.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

importante matiz: la concepción que se encuentra detrás de ellas es diferente. En el proyecto, aun cuando de un modo muy incipiente –reiteramos– surge la idea de unidad en torno a estas medidas, la noción de que se encuentran informadas por unos mismos principios y características. Esta situación fue completamente ajena a la legislación indiano-castellana.

5.21. Comienza el primer artículo del título II señalando: "Puede el demandante, para asegurar el resultado de la acción que entabla, solicitar separada o conjuntamente las siguientes providencias precautorias".[491] Como se puede apreciar, en primer término, nos encontramos con una finalidad genérica en la solicitud de una medida precautoria: "asegurar el resultado de la acción". Acción, en aquella época, como sinónimo del derecho deducido en juicio para obtener lo que nos es debido *(ius quod sibi debetur iudicio persequendi)*, esto es, asegurar el resultado del juicio a efectos de evitar que se dicten sentencias que posteriormente no puedan cumplirse. Lo anterior, sin duda, marca un punto de inflexión importante en la concepción que de estas medidas se tenía en aquella época. De ser entendidas como simples medios de apremio que se sustanciaban como un incidente del juicio principal, pasan a tener una finalidad asegurativa genérica, común a todas, y que consiste en amparar el efectivo cumplimiento de la sentencia que más tarde se dicte. En segundo lugar, vemos que el proyecto autorizaba al demandante a solicitar una o más de estas medidas, es decir, se permitía la acumulación de medidas, resguardando, de este modo, los legítimos intereses del demandante en relación con los diferentes riesgos que podían afectar a la cosa materia del pleito.

5.22. En el artículo segundo se definían las diversas medidas adoptadas; en el tercero y cuarto se regulaban, por un lado, las situaciones en que eran procedentes (básicamente las mismas permitidas bajo el derecho castellano) y, por el otro, los medios de prueba en que debía fundarse la solicitud de las mismas (confesión e instrumentos públicos y privados).[492]

[491] Ídem, p. 4.

[492] El artículo segundo del título II señalaba lo siguiente: "El arraigo es la prohibición de apartarse del lugar del juicio, mientras no se constituya en él procurador expensado que represente al arraigado en todas las incidencias del mismo juicio y responda por las costas y multas en que aquel fuera condenado. La retención consiste en mantener en poder de un tercero, que la adeuda, una cosa mueble que pertenece al demandado. El secuestro es el depósito de la cosa mueble disputada en manos de

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

5.23. El artículo quinto, por su parte, señalaba: "Estas providencias no excluyen las otras que autorizan las leyes. Todas ellas son esencialmente provisorias; y deben cesar en sus efectos tan luego como desaparezca el peligro que se ha procurado evitar, o se otorguen cauciones suficientes".[493] En esta disposición se consagran principios y características de absoluta vigencia en la actualidad. En primer término, el reconocimiento por el legislador de la posible existencia de otras medidas precautorias reguladas en otras leyes, esto es, la no existencia de un número *clausus* de estas medidas al interior del CPC, o en otras palabras, la posibilidad de que mediante leyes especiales se fueren regulando otro tipo de medidas precautorias. En segundo lugar, la consagración positiva del carácter esencialmente provisional que revisten, característica que incluso ha servido para denominar este tipo de providencias (medidas provisionales o cautelares), y que desde el preludio mismo de su estudio científico (fines del siglo XIX, primeros años del siglo XX) fue considerada por la doctrina precisamente como el rasgo diferenciador de ellas.[494] En

un tercero". El art. tercero, por su parte, disponía: "Tiene lugar el arraigo cuando el demandante carece de residencia fija, o hay temor fundado de que procurará eludir las consecuencias del juicio. La retención es admisible cuando se litiga sobre un derecho estimable en dinero, y que se funda en sentencia ejecutoria, en confesión judicial, en instrumento público o privado reconocido judicialmente. Es asimismo admisible cuando se persigue la responsabilidad civil proveniente de un delito o cuasidelito declarado tal por sentencia ejecutoria, o a la que nazca de un cargo cuyo ejercicio supone la administración de bienes ajenos. El secuestro sólo puede decretarse cuando hay peligro de pérdida, extravío o deterioro de la cosa litigada. Tiene lugar el depósito cuando, por falta de responsabilidad del demandado, hay motivo para juzgar que intente eludir o hacer más difícil el ejercicio de la acción que se deduce. La prohibición de celebrar contratos debe fundarse en un derecho real que conste por instrumento público, por sentencia ejecutoria, por confesión judicial o por transacción judicial; y se limita a los bienes que son materia del litigio". El art. cuarto del título II señalaba: "Pueden sin embargo pedir prohibición de celebrar contratos sobre ciertos bienes, con excepción de los no embargables, sobre todos los del demandado, enumerándolos: 1º. La mujer casada que litiga con su marido sobre la separación de bienes; 2º El menor, respecto de los bienes del guardador que ha sido removido, que no ha rendido cuentas, o contra el cual resulta un alcance; 3º El fisco, las municipalidades y los establecimientos de beneficencia, respecto de los bienes de los administradores sobre cuya administración se litiga". Ídem, pp. 4-6.

[493] *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. 6.

[494] Será el genial CALAMANDREI quien, sin abandonar la provisionalidad como característica de la tutela cautelar, desplazará el centro de atención hacia la instrumentalidad de las mismas. Al respecto observa el maestro de Florencia: "La opinión más extendida, dentro de la cual se encuentran nuestros procesalistas más autorizados, es la que ve un carácter constante o, en absoluto, un carácter distin-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

tercer lugar, se establece la posibilidad de alzar anticipadamente las medidas decretadas siempre que el demandado, en concepto del tribunal, otorgue alguna caución suficiente, esto es, en la medida que se resguarden debidamente los intereses del demandante que precisamente fueron amparados por el juez al conceder la providencia precautoria. De este modo la ley concede al demandado la posibilidad de alzar las medidas decretadas, caucionando debidamente las resultas del juicio, y haciendo de este modo menos gravosa su situación al interior del juicio.

5.24. En el artículo sexto del título II se indicaba que el tribunal debía apreciar prudencialmente, según los diferentes casos, la necesidad de decretar una o más de las providencias solicitadas, teniendo para ello presente "la responsabilidad de los litigantes y la importancia pecuniaria comparativa de los derechos que se reclaman y de los bienes sobre que se pretende recaiga la prohibición".[495] Estableciendo, en el artículo siguiente, que siempre que fuere concedida una de estas providencias, ello era bajo la responsabilidad del solicitante de las mismas, "quien quedaba obligado al abono de los perjuicios que de ella resultan, en caso de no obtener en el juicio".[496]

Así se plasmó en el *Proyecto de 1871* lo que a lo largo de la historia de la tutela cautelar ha constituido, quizás, el principal desafío práctico que presentan: nos referimos a la búsqueda de aquel difícil equilibrio entre los legítimos intereses de todo demandante de no ver frustradas sus expectativas de obtener una sentencia verdaderamente realizable y los también legítimos intereses del demandado de que se le causen las mínimas molestias y perjuicios con motivo de la

tivo de las providencias cautelares en su *provisoriedad*, o sea, en la *limitación* de la duración de los efectos (declarativos o ejecutivos) propios de estas providencias [...]. Pero tampoco esta provisoriedad, entendida como expresión de la relación cronológica que existe entre las dos providencias, parece suficiente para ofrecer la diferencia específica de las providencias cautelares [...]. Estas consideraciones permiten alcanzar la que, en mi concepto, es la nota verdaderamente típica de las providencias cautelares: las cuales nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente *preordenadas* a la emanación de una ulterior providencia definitiva [...]. Esta relación de *instrumentalidad* o, como han dicho otros, de *subsidiariedad*, que liga inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, es el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar de la llamada declaración de certeza con predominante función ejecutiva". *Introducción...*, ob. cit., pp. 36, 37 y 44.

[495] *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. 6.

[496] Ídem, p. 6.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

concesión de la medida y que, de producirse, les sean debidamente indemnizados. Los elementos que contenía el proyecto en cuanto a la importancia pecuniaria, por un lado, de los derechos reclamados y, por el otro, de los bienes sobre los que debían recaer las medidas (principio de proporcionalidad de las medidas precautorias), unido al principio de responsabilidad de los litigantes, otorgaban al juzgador elementos adecuados para buscar y encontrar una decisión que tuviere presentes todos los intereses en juego. Lo único censurable, a este respecto, es que el proyecto no hubiere contemplado la exigencia de rendir algún tipo de caución por parte del solicitante de la medida, a efectos de resguardar de la mejor forma posible la indemnización de perjuicios, en caso de que la medida hubiere sido posteriormente dejada sin efecto.

5.25. Finalizaba el título II del *Proyecto de 1871* con un artículo relativo a la forma como debía tramitarse la oposición a la medida solicitada, señalando que ello se sustanciaría "por expediente separado, sin paralizar la tramitación del juicio, y con arreglo a lo dispuesto para la tramitación de los incidentes".[497] Dejando desde entonces establecido, en primer término, que las medidas sólo se podían solicitar una vez que ya hubiere juicio y, en segundo lugar, que el incidente sólo surgía una vez que había oposición a la medida, y no con la solicitud de la misma.

5.26. Nos hemos extendido conscientemente en el análisis de este proyecto, porque en él se encuentran gran parte de los principios sobre las que se cimentó el posterior desarrollo de las medidas precautorias en el orden procesal chileno: su ubicación a propósito del juicio ordinario de mayor cuantía, su regulación en un título homogéneo, la finalidad asegurativa genérica, la provisionalidad de las mismas, la posibilidad de alzarlas mediante la constitución de alguna caución y el principio de responsabilidad del solicitante, son elementos que en mayor o menor medida marcaron la evolución posterior de estas providencias al interior del derecho nacional.

3.2. *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil de 1875*

5.27. El título II del *Proyecto de 1871* servirá de base al título III del libro II del *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil de 1875* elaborado

[497] *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. 7.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

por LIRA, quien recibió el encargo de la Primera Comisión (Comisión Revisora) de efectuar una nueva redacción del mismo. Contiene el *Proyecto de 1875* una regulación de las providencias precautorias más extensa y detallada que la efectuada por el de BLEST GANA. Se destinan a esta materia quince artículos (del 225 al 239) bajo la misma denominación: *De las providencias precautorias;* se regulan ahora en el título III el secuestro de la cosa que es objeto de la demanda, el nombramiento de uno o más interventores, el embargo de bienes determinados y la prohibición de celebrar contratos. Así, el art. 225 disponía que: "Para asegurar el resultado del juicio puede el demandante pedir:

1º El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;
2º El nombramiento de uno o más interventores;
3º El embargo de bienes determinados;
4º La prohibición de celebrar contratos sobre bienes también determinados".[498]

5.28. Se aprecia, en cuanto a la finalidad genérica que cumplen las medidas precautorias, que el nuevo proyecto habla de "asegurar el resultado del juicio" y no de "asegurar el resultado de la acción", como lo hacía su predecesor. Con todo, entiendo que en aquellos años estos términos eran utilizados sin la precisión técnica con la cual son manejados actualmente por la ciencia procesal.[499] En todo caso se reitera la noción de que las medidas precautorias no tienen una finalidad que se agote en sí mismas, sino que tienden a resguardar el efectivo cumplimiento de una resolución posterior a ellas. Idea que, ulteriormente, la doctrina italiana considerará como el rasgo verdaderamente típico de las providencias cautelares, a saber, su necesaria vinculación a otra providencia el resultado práctico de la cual aseguran.

5.29. Nos percatamos, asimismo, que desaparece del nuevo proyecto el arraigo del demandado como medida de seguridad del orden procesal civil y el depósito de la cosa sobre la que se litiga (el primero se irá al proceso penal, y el segundo quedará solo con la

[498] *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil*, Libro II, Santiago, 1875, p. 7.

[499] Esto queda claro si vemos el *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil* de 1867 de VARGAS FONTECILLA, libro I, que en su art. 1º señalaba: "Se llama *juicio* toda contienda suscitada entre partes y sometida a la resolución de un juez o tribunal"; y en su art. 2º agregaba que "El derecho deducido y reclamado en juicio para que sea declarado por la autoridad competente o para que se haga efectivo mediante la fuerza pública, se llama *acción*". *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. 1.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

regulación prevista en el CC), reglamentándose, por el contrario, la figura de la intervención judicial. En cuanto a la *retención* de bienes ella cambiaba de nombre, utilizándose en el nuevo proyecto el de *embargo* de bienes determinados.

5.30. En general podemos decir que LIRA conservó las ideas desarrolladas por BLEST GANA realizando algunas modificaciones y precisiones al respecto. Por de pronto, hay una mayor claridad en cuanto a la procedencia de las medidas y en cuanto a los distintos fines asegurativos que ellas desempeñan (arts. 226 al 234 del proyecto). También se aprecia en el nuevo proyecto un tratamiento más refinado de las medidas precautorias y una mejor estructuración de las mismas; así, prácticamente cada medida de seguridad tiene su propio artículo.

5.31. En lo que dice relación con las mejoras introducidas, sin duda que el mayor avance realizado por el *Proyecto de 1875* lo encontramos a propósito de la prueba genérica exigida para conceder la o las medidas solicitadas. Al respecto, dispuso el inciso primero del artículo 235 que "No concederán los tribunales ninguna de las medidas precautorias que establece este título *sino cuando el demandante produzca, a lo menos, prueba semiplena del derecho que reclama*". Agregando en el inciso segundo: "En casos graves y urgentes podrán, sin embargo, decretarlas por un breve término, mientras se les presenta esa prueba".[500]

Es decir, vemos aparecer aquí, aunque de manera muy embrionaria, otro de los elementos configuradores de las medidas cautelares: aquel conocido posteriormente bajo la expresión latina de *fumus boni iuris*. Para que el tribunal pueda conceder la providencia solicitada, esto es, para que el juez esté en condiciones de penetrar en la esfera de protección de los bienes del demandado, debe acompañarse por el requirente de la medida algún elemento probatorio que otorgue seriedad a su solicitud y que permita al tribunal establecer *prima facie* alguna probabilidad de éxito de la demanda.

5.32. Con todo, el *Proyecto de 1875* establecía dos tipos de excepciones a esta exigencia de producir una prueba semiplena; una de carácter temporal y otra permanente. Esta última tenía relación con las siguientes medidas: solicitud de prohibición de celebrar contratos realizada por la mujer casada que litigaba sobre divorcio

[500] *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. 10 (el destacado es nuestro).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

o separación de bienes contra su marido; el pupilo en el juicio con su tutor o curador en razón de la tutela o curaduría; y el fisco, las municipalidades y los establecimientos de beneficencia que demandaren a los administradores de sus bienes en razón de esa misma administración, personas a favor de las cuales se despachaba siempre la medida precautoria indicada (art. 236 en relación con el inciso primero del art. 235 del proyecto).[501] En relación con la excepción temporal que contemplaba el proyecto, se señalaba en el inciso segundo del art. 235 que "En casos graves y urgentes podrán, sin embargo, decretarlas por un breve término, mientras se les presenta esa prueba". Como se aprecia, no se indicaba un plazo determinado en el cual el demandante debía presentar la prueba necesaria para que se ratificare la concesión de la medida, sino una situación entregada completamente al criterio judicial.

5.33. En lo demás se mantuvo básicamente la distribución, principios y características ya formuladas en el *Proyecto de 1871*. Así, en el art. 237 se reiteraba la idea de proporcionalidad que debe guiar a toda medida precautoria: "Para decretar estas providencias los tribunales tomarán en cuenta las responsabilidad de los litigantes, así como la importancia comparativa de los derechos que se reclaman y de los bienes sobre los cuales se pretende que recaigan". El art. 238, por su parte, disponía que "Estas providencias no excluyen las demás que autorizan las leyes", abriendo el abanico de posibilidades del legislador chileno. Finalmente, en el art. 239 se insistía en la provisionalidad como nota distintiva de las medidas precautorias chilenas: "Todas estas providencias son esencialmente provisorias. En consecuencia, deben cesar cada vez que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes".[502]

5.34. Dentro de las críticas que se pueden formular al *Proyecto de 1875* resulta fuertemente censurable que no se hubiere contemplado, no obstante que la filosofía del proyecto era el intentar limitar al máximo los inconvenientes que toda medida precautoria produce,[503] una disposición como la contenida en el *Proyecto de 1871*, que

[501] *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. 10.

[502] Ídem, p. 10.

[503] Así, por ejemplo, el art. 229 señalaba que "las facultades del interventor se limitarían a llevar cuenta de las entradas y gastos de los bienes"; el art. 231 disponía que "el embargo se limitaría a los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclama y las costas; y se verificará en la forma dispuesta en el número 1º del título *Del juicio ejecutivo*"; y el art. 232 señalaba que "la prohibición de celebrar contratos

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

estableciese que las medidas eran concedidas bajo la responsabilidad del solicitante quien, en consecuencia, debía abonar todo perjuicio que su errónea concesión ocasionara. Esta situación, unida a la nula exigencia para el demandante de tener que otorgar una fianza o caución para resguardar los perjuicios que la medida precautoria pudiere ocasionar, colocaba en una situación muy precaria a quien debía soportar la concesión de una de estas medidas.

Resulta igualmente criticable el hecho de que no se haya avizorado una disposición que estableciere la forma como debía tramitarse la solicitud de una medida precautoria, y la forma como debía resolverse la eventual oposición a la misma. Todo lo anterior importó un claro vacío del *Proyecto de 1875*, y, en algunos casos, un retroceso en relación con la regulación formulada por BLEST GANA.

5.35. El título III del *Proyecto de 1875* fue objeto de estudio por parte de la primera comisión en las sesiones 3ª, 4ª, 48ª y 50ª,[504] los días 14 y 21 de mayo de 1875; 26 de mayo y 2 de junio de 1876, respectivamente, donde se discutieron profusamente sus disposiciones, siendo la mayoría de ellas aprobadas en los términos originales del proyecto. Con todo, los comisionados también efectuaron importantes correcciones y más de una precisión técnica. En este sentido las modificaciones más trascendentes que se realizaron por la primera comisión fueron, en primer término, suprimir la figura del embargo preventivo como medida precautoria al interior del orden procesal civil chileno y, en segundo, precisar el tema relativo a la prueba que debía producir el solicitante de una medida precautoria.

La situación relativa al embargo la estudiaremos más adelante a propósito de la retención de bienes. Ahora nos vamos a concentrar en la segunda modificación aludida. Al respecto, en la sesión Nº 50 de 2 de junio de 1876 el comisionado ALDUNATE comparó "las disposiciones de los arts. 232 y 237,[505] y encuentra en ellas mucha

sobre bienes determinados se limitaría a los que son materia del juicio". *Proyecto de Código...*, ob. cit., pp. 8 y 9.

[504] Al respecto *vid.* "Actas de la comisión revisora del Proyecto de Código de enjuiciamiento civil", en *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil* (conforme a los acuerdos hasta ahora celebrados por la comisión encargada de su examen), libro II, anexo II, Santiago (Chile), 1884, pp. 107-111; 192 y 193; 197-199.

[505] La referencia debe ser entendida al inciso primero del artículo 235 del *Proyecto de 1875*, que disponía: "No concederán los tribunales ninguna de las medidas precautorias que establece este título *sino cuando el demandante produzca, a lo menos, prueba semiplena del derecho que reclama*". *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. 10.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

vaguedad. No se determinan con precisión los casos en que deba darse cabida a la retención ni los antecedentes que han de producirse para solicitarla. Los arts. 931 y siguientes del Código español son mucho más explícitos, porque, además de restringir el empleo de aquella medida, como lo requiere su gravedad y delicadeza, imponen al demandante la necesidad de prestar fianza para responder de los perjuicios que puedan ocasionarse y limitan en su duración los efectos de las providencias, proponiendo que se establezca algo semejante". El comisionado LIRA –autor del proyecto, no lo olvidemos– contestando la indicación anterior, observó que "las disposiciones de la ley española no son aplicables al sistema de este Proyecto, porque en aquella el embargo preventivo es prejudicial y en este la retención sólo puede pedirse después de entablada la demanda". Aclara, de igual modo, que "las ideas del Proyecto responden al precepto del art. 902 del Código Civil,[506] pero no hay inconveniente para limitar su alcance y reglamentar su aplicación". El comisionado GANDARILLAS, observó que "a fin de evitar en el art. 237 la expresión 'prueba semiplena' que no tiene significado bien definido, propone que en lugar de ella se diga que se requieren comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama".[507] Tras una breve discusión fue aprobada la indicación de GANDARILLAS.

3.3. *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil de 1884*

5.36. Al finalizar el estudio del *Proyecto de 1875* la primera comisión ordenó su completa revisión. "La comisión encargada del examen del Proyecto de Código de enjuiciamiento civil, próxima a terminar el primer estudio del mismo, ha creído conveniente ordenar el resultado actual de sus trabajos para someterlos a una nueva y esmerada revisión. Interesada en aprovechar las luces de los tribunales de la

[506] El referido artículo dispone: "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. Pero el actor tendrá derecho de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa, y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía". En esta norma se condensa magistralmente toda la filosofía que imperó durante el siglo XIX, y en gran parte del XX, sobre la finalidad de las medidas precautorias. Sobre este particular volveremos más adelante.

[507] "Actas de la comisión revisora...", ob. cit., p. 198. Destaco las constantes referencias que efectuaban los comisionados chilenos a la Ley de enjuiciamiento civil española de 1855.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

República y las observaciones que puedan sugerirle los hombres estudiosos del país, ha acordado agregar a sus trabajos, como documentos ilustrativos, los proyectos que le han servido de base para la discusión y las actas de sus sesiones".[508]

5.37. Esto último originaría el denominado *Proyecto de 1884*, que consagró en el mismo título que el anterior proyecto (título III denominado *De las providencias precautorias*, artículos 227 al 242) las siguientes medidas de seguridad: el secuestro de la cosa que es objeto de la demanda; el nombramiento de uno o más interventores; la retención de bienes, y la prohibición de celebrar contratos sobre bienes determinados. En efecto, disponía el art. 227 lo siguiente: "Para asegurar el resultado del juicio puede el demandante pedir:

1º El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;
2º El nombramiento de uno o más interventores;
3º La retención de bienes determinados;
4º La prohibición de celebrar contratos sobre bienes también determinados".[509]

Este proyecto, al ser el resultado de las modificaciones introducidas al de 1875, mantuvo en términos generales la estructura ya diseñada por este. Ahora bien, entre los aciertos más importantes se destaca, como hemos avanzado, el relativo al material que debía acompañar el demandante para que se concediera la medida solicitada. En este sentido, dispuso el inciso primero del artículo 237 que "No concederán los tribunales ninguna de las medidas precautorias que establece este título *sino cuando la demanda vaya acompañada, a lo menos, de comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama*". En el inciso segundo se agregó: "Para la retención en los casos del núm. 2º. del art. 232 se requiere especialmente prueba testimonial". Finalmente, en el inciso tercero del artículo en análisis se señaló: "Con todo, en casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este título, aun cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes".[510]

[508] *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil* (conforme a los acuerdos hasta ahora celebrados por la comisión encargada de su examen), libro I, Santiago (Chile), 1884, p. 5.

[509] Ídem, libro II, Santiago (Chile) 1884, p. 11.

[510] *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil* (conforme a los acuerdos hasta ahora celebrados por la comisión encargada de su examen), libro II, Santiago (Chile), 1884, p. 13.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Vemos aquí una mejor elaboración y una mayor precisión en el elemento del *fumus boni iuris* que, según se observó, había sido regulado incipientemente en el anterior proyecto. Con esto quedó tempranamente determinado uno de los elementos clave en el posterior desarrollo de las medidas precautorias en Chile, y con una consagración común a todas ellas. Al aludir el proyecto a "comprobantes", hace referencia a documentos que constituyan una presunción grave del derecho reclamado. Para el caso de solicitarse la retención de bienes cuando las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía, o hubiere motivo racional para creer que procuraría ocultar sus bienes, se añadió el inciso segundo al art. 237, requiriendo especialmente la prueba testimonial (art. 232 Nº 2 en relación con el art. 237 del referido proyecto).

5.38. Asimismo, establecía la norma una importante excepción parcial para el evento de que transitoriamente el demandante no pudiera acreditar el *fumus* requerido para conceder la medida. En este evento, que debía tener la connotación de grave y urgente dada su excepcionalidad, el tribunal podía de todos modos conceder la medida solicitada, por un plazo no superior a diez días y mientras se presentaban por el demandante los comprobantes requeridos.

5.39. En cuanto a los defectos que el proyecto presentaba, prácticamente se reprodujeron los vacíos que ya hemos apuntando para el *Proyecto de 1875*, sin que sobre esto se hubiere efectuado un significativo adelanto en la materia. Así, nada se dispuso en cuanto a la fianza o caución que debía ofrecer el demandado con el fin de garantizar los posibles perjuicios que la concesión de la medida ocasionare.[511]

[511] Siendo los comisionados más bien reacios a este respecto. Esto se demuestra palmariamente si nos retrotraemos un poco en la discusión del *Proyecto de 1875*, concretamente a la primera discusión que hubo del art. 235, en lo relativo a los casos graves y urgentes, aludidos en la nota anterior. Así, en la sesión 4ª, del 21 de mayo de 1875 (o sea, un año antes que la sesión 50ª, referida en la nota precedente) el comisionado ELIZALDE juzgó oportuno que pudieren ordenarse las medidas precautorias, "aun antes que el demandado produzca prueba semiplena del derecho que reclama, *y aun cuando el tribunal no tenga los datos suficientes para calificar el caso de grave y urgente, con tal que el interesado rinda fianza satisfactoria de responder a las resultas y perjuicios de la providencia*" (el destacado es nuestro). Agregando de inmediato el Sr. ELIZALDE que "Habrá casos en que no se pueda suministrar inmediatamente la prueba requerida, y en que el tribunal, sea por error de concepto, sea por falta de antecedentes, no estime que hay la gravedad y urgencia que exige el inciso segundo, y mientras tanto, se enajene la cosa, o se realice el acto que se trata de evitar. Este inconveniente se obvia por el medio propuesto y queda también a salvo el interés del demandado,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Tampoco contenía disposición alguna relativa a la responsabilidad que contraía el demandante por el hecho de solicitar una medida precautoria. Finalmente, en cuanto a la forma como debía tramitarse la solicitud de una medida precautoria se adicionó al proyecto un art. final, el 242, que con una redacción un tanto confusa, dispuso: "El secuestro, la retención y la inscripción de que trata el art. 236 pueden llevarse a efecto aun antes de la notificación de la persona contra quien se hubieren decretado".[512] Con esto parecía darse a entender que para llevar a cabo una medida precautoria bastaba con notificar al demandado, a excepción del secuestro, de la retención y de la prohibición de celebrar contratos sobre inmuebles, en que la respectiva medida podía ejecutarse unilateralmente *(audita alter parte)*.

3.4. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1893*

5.40. El *Proyecto de 1884* será objeto a partir del año 1888 de un minucioso trabajo por parte de la segunda comisión (comisión redactora). El resultado final de este trabajo dio lugar al denominado *Proyecto de 1893* que conservó, en términos generales, similar estructura, características y principios que los que habían informado a los anteriores proyectos, pero introduciendo importantes innovaciones y modificaciones en materia de medidas precautorias. En este sentido, estableció una regulación mucho más completa, coherente y definitiva de estas medidas. Lamentablemente al no conservarse las actas de esta segunda comisión no conocemos con exactitud la motivación de las innovaciones y de los cambios verificados por ella.[513] Tampoco nos proporciona una gran ayuda a este respecto lo expresado por el Ejecutivo en el mensaje que acompañó al referido proyecto de 1893, para su discusión en el Congreso Nacional, donde las alusiones relativas a las medidas precautorias son más bien escuetas.

> 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 de-

garantido como está de ser competentemente indemnizado si la medida resulta innecesaria". Esta indicación fue rechazada por la comisión, ya que en opinión de los comisionados LIRA, HUNEEUS y ZEGERS, "sólo en casos graves y urgentes, calificados por el tribunal, pueden adoptarse estas medidas cuando no hay antecedentes justificativos del derecho que se requiere resguardar". Agregándose seguidamente por los aludidos comisionados, lo cual muestra lo reacio que fue el legislador chileno a exigir alguna caución, que "*Por otra parte, la fianza establece una notable desigualdad entre los litigantes, por ser un medio que sólo está al alcance de los ricos*". "Actas de la comisión revisora...", ob. cit., pp. 110 y 111 (el destacado es nuestro).

[512] El origen de esta norma lo encontramos en la sesión 4ª de 21 de mayo de 1875, en la cual a propósito de la discusión de una disposición diferente, el comisionado GANDARILLAS hizo notar la conveniencia que "habría de facultar al interesado para proceder a la inscripción [de la prohibición de contratar sobre inmuebles en el registro conservativo correspondiente] con la mayor brevedad; pues sucede con frecuencia que la persona contra quien se expide la prohibición consigue tener conocimiento de ella por algún medio extrajudicial; evita que se lo notifique, y entretanto se da tiempo para enajenar el bien que es materia de la providencia precautoria; de modo que cuando llega a realizarse el registro, este es ineficaz. Propone, en consecuencia, que se agregue al artículo la idea de que pueda verificarse esta diligencia aun antes de la citación de la persona contra quien se pide". Por su parte, el comisionado HUNEEUS opinó que "el pensamiento del señor GANDARILLAS debía hacerse extensivo en lo posible a las demás medidas que enumera el art. 225. Y con este propósito, hace indicación para que se redacte un artículo especial que consigne la disposición generalizándola como se ha indicado". Así se acordó. "Actas de la comisión revisora...", ob. cit., p. 110.

[513] De esta situación dan cuenta TORO y ECHEVERRÍA. Señalan los referidos autores que en "la distribución de las tareas se encargó al señor Renjifo de la redacción de los artículos del proyecto, y el señor Noguera de las actas que debían contener la expresión sucinta de los motivos determinantes de cada una de las modificaciones que se fueron introduciendo [...]. Desgraciadamente sólo se alcanzó a realizar, en borradores, la redacción de las actas, pero, habiéndose hecho una segunda revisión y, todavía, una tercera, se fue dejando constancia simplemente, de las reformas en cada una de ellas en nuevos acuerdos, de modo que al terminar la obra, en 1892, existían las actas correspondientes a la revisión del proyecto primitivo y de los dos siguientes exámenes; mas, como cada una de ellas traía como consecuencia la supresión de algunos artículos, la agregación de otros, la división de una disposición en dos o más, o bien la refundición de varias en una, resultó que la enumeración de los artículos, que era el antecedente referencial de las actas, se cambió repetidas veces, habiendo llegado a constituir un repertorio inteligible casi, a menos de proceder a vaciar en actas definitivas las modificaciones parciales habidas en el curso de los tres estudios que se hicieron de dicho Proyecto de Código [...]". Agregan más adelante los citados autores: "Sin motivo justificado, fue recibido [el proyecto por los parlamentarios] con la mayor indiferencia, a tal punto que en los primeros momentos se pensó en no tomarlo siquiera como base de discusión. Esta actitud, casi hostil y del todo inmerecida, desalentó al señor Noguera, encargado de las actas, y no llevó adelante la redacción de ellas, que son absolutamente necesarias e indispensables para conocer el verdadero alcance de cada artículo, sobre todo ahora que, con más calma y mejor estudio, se ha comprobado que ese Proyecto de 1893 era útil y conveniente, y que se le ha incorporado, casi en su totalidad, al Proyecto de 1902". *Código de Procedimiento Civil anotado*, Santiago, 1902, pp. 15 y 16. ALESSANDRI, por su parte, señala que "los trabajos de esta comisión se materializan en el 'Proyecto de Código de Procedimiento Civil', llamado de 1893 [...]. *Las actas de las discusiones de este proyecto no se conocen*" (el destacado es nuestro). *Curso de derecho procesal*, 3ª ed., Santiago, 1940, p. 12.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

mandado. 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 para que puedan afectar a personas extrañas al juicio.[514]

5.41. En cuanto a la regulación misma de las medidas de seguridad, vemos que en el libro II del *Proyecto de 1893* se contemplaron bajo el título IV *De las medidas precautorias*, artículos 280 a 292, las siguientes providencias: el secuestro de la cosa que es objeto de la demanda, el nombramiento de uno o más interventores, la retención de bienes y la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados. En efecto, dispuso el art. 280 que "Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante en cualquier estado del juicio, aun cuando no estuviere contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas:

1º. El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;

2º. El nombramiento de uno o más interventores;

3º. La retención de bienes determinados;

4º. La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes también determinados".[515]

5.42. Lo primero que llama la atención es el cambio de epígrafe del título IV, que pasa a denominarse de las *"medidas precautorias"* y no de las *"providencias precautorias"* como había sido hasta ese entonces. Igualmente, se aprecia que algunos artículos han sido refundidos y la redacción de los mismos ha mejorado sensiblemente (v. gr., arts. 287-289). Es también notoria una mejor regulación de estas medidas: así ocurre, por ejemplo, con el secuestro de la cosa (art. 281); con las facultades del interventor judicial (art. 284); con la retención de bienes (art. 285); precisándose, de igual modo, que la prohibición como medida precautoria puede recaer sobre *actos y contratos*, y no sólo sobre estos últimos como ocurría en los proyectos anteriores (art. 280 Nº 4).

5.43. Entre las innovaciones y aciertos más trascendentes que contiene el *Proyecto de 1893* podemos señalar, en primer término, la aceptación expresa que se hace de las llamadas medidas indeterminadas

[514] Reproducido en todas las ediciones oficiales del Código de Procedimiento Civil. Utilizo la duodécima edición, Santiago, 1994, pp. 15 y 16.

[515] *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Santiago, 1893, p. 80.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

(aunque ya veremos que es una consagración bastante oscura e insustancial); en segundo lugar, la incorporación de las denominadas medidas prejudiciales precautorias, hasta esa fecha desconocidas en los proyectos anteriores; en tercer lugar, y a propósito de las dos innovaciones anteriores, la posibilidad de exigir al actor una caución que garantice los posibles perjuicios que la medida ocasione; y, finalmente, el haber reglamentado la forma como debía tramitarse la solicitud de una medida precautoria.

5.44. En relación con el primer punto señalado, dispuso el artículo 288: "Las medidas que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Podrá también el tribunal cuando lo estime necesario *y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley*, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen".[516] Si bien, como hemos observado, las medidas indeterminadas fueron contempladas en la exposición de motivos del *Proyecto de 1871* será sólo en el Proyecto de 1893 donde recibirán su consagración positiva. Lamentablemente no sabemos con exactitud los motivos de esta innovación; sin embargo, la razón no puede estar muy alejada de la explicación ya proporcionada por BLEST GANA en su exposición de motivos, a saber, dejar a "la prudencia del magistrado [lo] mucho que la ley no alcanza a prever, como que las medidas precautorias derivan su principal importancia de los elementos especiales de cada caso y de la posición de cada litigante".[517]

Ahora, como puede observarse, se trata de una regulación en clave negativa. En efecto, la norma dispone que "*no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley* [...]", es decir, al amparo de esta disposición no hay en verdad una invitación abierta para solicitar por parte de los demandantes cualquier tipo de medidas precautorias sino, más bien, una invitación al juez para que cada vez que le soliciten medidas que se aparten de las expresamente autorizadas por el legislador, exija al demandante que otorgue una caución para responder de los eventuales perjuicios que la medida irrogue. La norma en cuestión no estableció ningún alcance más allá de aumentar (razonablemente, en todo caso) el nivel de exigencia

[516] *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Santiago, 1893, p. 82 (el destacado es nuestro).

[517] *Proyecto de Código...*, ob. cit., pp. IX y X.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

para conceder la medida. En este sentido, no determina ni el tipo de peligro que el juzgador puede evitar al conceder este tipo de medidas, ni cual puede ser su ámbito de maniobrabilidad. Sobre este punto, en todo caso, volveremos en el próximo capítulo.

5.45. En relación con la segunda innovación aludida, vemos aparecer el título III denominado *De las medidas prejudiciales,* arts. 263 a 279. En él se regularon, entre otras medidas, aquellas que la doctrina chilena ha denominado medidas prejudiciales precautorias, arts. 269 y 270. Esta regulación será muy importante porque según ya hemos explicado, en Chile, a diferencia de España, las medidas precautorias fueron entendidas principalmente como diligencias que sólo podían solicitarse una vez que se hubiere iniciado el correspondiente juicio. De allí que TORO y ECHEVERRÍA señalen que "esta disposición [se refieren al art. 269] es completamente nueva, *pues a la vigencia de este Código no era dable obtener medidas precautorias antes de la instauración de la demanda,* en razón de que estas medidas tienden a asegurar la acción y se decía que mal se podía garantir algo que todavía no existe".[518]

En el mensaje que precedió al Proyecto de 1893 se indica a este respecto que:

> Enumera y reglamenta el Proyecto las medidas prejudiciales que es lícito solicitar para que sea posible la entrada en el juicio, y aun acepta que puedan reclamarse con este carácter las medidas precautorias que la ley autoriza, pero estableciendo al mismo tiempo restricciones que impidan todo abuso del demandante y respondan de cualquier injusto perjuicio que pudiera ocasionarse.[519]

Señala el aludido art. 269 del proyecto que "podrán pedirse como medidas prejudiciales las precautorias de que trata el título IV de este Libro, existiendo para ello motivos graves y calificados, y concurriendo las circunstancias siguientes: 1ª que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias; y 2ª que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originaren y multas que se impusieren".[520]

5.46. Como se aprecia, si bien en el proyecto se introduce esta nueva categoría de medidas precautorias, que sin duda van en directo beneficio de los derechos de los acreedores, se toman de inmediato

[518] *Código de Procedimiento Civil...*, ob. cit., p. 274 (el destacado es nuestro).
[519] *Código de Procedimiento Civil,* duodécima edición, Santiago, 1994, p. 15.
[520] *Proyecto de Código de Procedimiento Civil,* Santiago (Chile), 1893, p. 77.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

mayores resguardos a efectos de evitar abusos en su manejo. La exigencia de motivos graves y calificados nos dan la idea de una extrema urgencia en la concesión de la medida, de situaciones en que no es posible esperar la iniciación formal del juicio para poder pedir una medida de esta índole. Ello hacía del todo aconsejable facultar a los futuros demandantes para instar por alguna de las medidas precautorias antes de presentar formalmente su demanda. Ahora bien, como resguardos el proyecto en primer lugar exigía la determinación del valor de los bienes sobre los cuales debían recaer la o las medidas solicitadas, requisito de toda lógica en la filosofía de evitar que este tipo de instrumentos se transformaren en armas de presión y de abuso en contra del futuro demandado; y, en segundo lugar, y verdaderamente importante, exigía la rendición de fianza o de otra garantía suficiente para responder de los perjuicios que se originaren y multas que se impusieren. Es decir, si bien bajo estas circunstancias graves y calificadas el proyecto autorizaba para que se perturbare el patrimonio del posible deudor antes de la existencia de un juicio formal, se requería al acreedor para que rindiera una caución suficiente y, de este modo, resguardare los también legítimos intereses de los deudores a que se les indemnicen los posibles perjuicios que una medida de esta naturaleza les pudiere ocasionar. En este evento, a diferencia de las medidas indeterminadas, la exigencia de caución al demandante no era potestativa para el tribunal, sino que demandándose prejudicialmente una medida precautoria, debía exigirse la correspondiente caución.

5.47. El art. 270 del proyecto por su parte señalaba que "aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y hacer en ella formal petición de que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta por sesenta días por motivos fundados". En el párrafo segundo se añade que "si no se dedujere demanda oportunamente, o no se pidiere en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantuviere dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las hubiere solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento, e incurrirá además en una multa a beneficio del perjudicado, que podrá llegar al diez por ciento del monto de los bienes comprendidos en las medidas precautorias".[521]

[521] *Proyecto de Código de Procedimiento Civil,* Santiago (Chile), 1893, p. 77.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Es decir, en primer término se impone al acreedor la carga de presentar la demanda dentro de un determinado plazo (diez o sesenta días), debiendo efectuar en un otrosí de su presentación petición formal de que las medidas decretadas sean mantenidas ahora como precautorias. Y, en segundo lugar, se impone al demandante la obligación de indemnizar todos los perjuicios que se hubieren provocado en el patrimonio del deudor, y de pagar una multa en beneficio del mismo por un monto máximo del diez por ciento de los bienes afectos a la o las medidas prejudiciales decretadas, si por cualquiera de los motivos que menciona la citada norma las medidas fueren alzadas por el tribunal. Contiene el artículo, asimismo, una presunción de dolo simplemente legal, por lo que al deudor le bastará con acreditar el monto de los perjuicios para que se considere responsable al acreedor de todos ellos. No olvidemos que en este evento el acreedor ha debido rendir una caución suficiente, en la cual se hará efectiva esta responsabilidad.

5.48. Como requisito común a todas las medidas prejudiciales, el art. 277 del proyecto disponía que "para decretar las medidas que trata este Título, deberá el que las solicite expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos".[522] Esto resulta de toda lógica para ilustrar adecuadamente al tribunal en cuanto a la futura demanda y en torno a los medios de prueba en la que fundamentará el acreedor su petición. Finalmente, en el art. 279 se regulaba la forma de tramitar una solicitud de medida prejudicial, disponiendo al efecto que "las diligencias expresadas en este Título pueden decretarse sin audiencia de la persona en contra de quien se piden, salvo los casos en que expresamente se exige su intervención".[523] Es decir, se dispuso una tramitación sin notificar a la persona contra quien se piden las medidas, sin perjuicio de los derechos que ella tiene una vez que se haya presentado la demanda formal o, haya transcurrido el plazo para hacerlo, de oponerse y/o pedir el alzamiento de la medida.

5.49. La última innovación de importancia efectuada por el *Proyecto de 1893* la encontramos en el artículo 292, que dispuso: "El incidente a que dieren lugar las medidas de que trata este Título se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada.

Podrán, sin embargo, llevarse a efectos dichas medidas antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan

[522] *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Santiago (Chile), 1893, p. 79.
[523] Ídem, p. 80.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

La notificación a que se refiere este artículo podrá hacerse por cédula, si el tribunal así lo ordena".[524]

Teniendo presente que la disposición recién transcrita con mínimas modificaciones será aprobada como parte del Código de Procedimiento Civil chileno, nos remitimos al análisis que de la misma realizaremos en el capítulo siguiente. Con todo, debe tenerse en cuenta que la redacción de este artículo generó durante algún tiempo una importante discusión al interior de la doctrina y jurisprudencia chilenas, en orden a determinar si el incidente de que nos habla la norma nacía de inmediato con la solicitud de la medida o, si por el contrario, era necesario que hubiera oposición por parte del demandado a la medida. Asimismo, generó controversia el inciso final de la disposición en relación a cual debe ser la regla general en materia de notificaciones de las medidas precautorias. Sobre todo esto volveremos en detalle en el próximo capítulo.

3.5. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1902*

5.50. El *Proyecto de 1893*, presentado al Congreso Nacional el 1º de febrero de ese año, fue objeto de estudio por parte de la comisión mixta de senadores y diputados sólo a partir del año 1900.[525] Esta comisión comenzó sus tareas el 10 de noviembre de 1900 y celebró al efecto 39 sesiones, finalizando su labor el 9 de enero del año 1902, examinando cuidadosamente cada uno de los artículos del *Proyecto de 1893*, consignando en el respectivo cuaderno de actas el resultado

[524] *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Santiago (Chile), 1893, p. 83.
[525] Entre 1893 y 1900 hubo una serie de intentos fallidos por nombrar una comisión mixta de diputados y senadores para el estudio del referido proyecto. Así, la primera comisión nombrada al efecto, el mismo año 1893 no celebró ninguna reunión. En la sesión extraordinaria de la Cámara de Diputados del 26 de diciembre de 1896 el señor Ministro de Justicia de aquel entonces PUGA BORNE hace uso de la palabra y expone los antecedentes del proyecto, solicitando la formación de una comisión mixta para que informara si debían o no aprobarse los Proyectos de Códigos de procedimiento civil y penal. No obstante que la invitación fue aceptada por ambas ramas del Congreso nada se avanzó al respecto. Finalmente, en la sesión del Senado del 24 de octubre de 1900 se acordó invitar a la Cámara de Diputados para designar conjuntamente otra comisión mixta encargada de informar los Códigos de procedimiento, lo que fue aceptado el 8 de noviembre de ese año.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de su estudio y las modificaciones que este le ha sugerido. Los artículos relativos a las medidas prejudiciales precautorias (título III del libro II) y los relativos a las medidas precautorias propiamente tales (título IV del libro II) fueron examinados y aprobados en la sesión Nº 13 del 26 de diciembre de 1900.[526] En relación con las medidas prejudiciales precautorias se enmendó el artículo 270 del Proyecto de 1893,[527] al estimarse por los comisionados RIESCO y RICHARD que era sanción más que suficiente la obligación de responder de los perjuicios causados, que el referido artículo prescribía, y en atención a esta circunstancia, juzgaron que no habría razón para imponer además la multa que fija la parte final de dicho artículo. La comisión lo estimó de igual manera y resolvió, en consecuencia, aprobar el artículo suprimiendo en el inciso segundo la frase final: "e incurrirá además en una multa a beneficio del perjudicado, que podrá llegar al diez por ciento del monto de los bienes comprendidos en las medidas precautorias".[528]

5.51. En relación con las medidas precautorias, en primer lugar se precisó que en el artículo 281 del proyecto, el secuestro judicial sólo debía proceder respecto de bienes muebles. En efecto, el señor BALLESTEROS observó a este propósito que para evitar dudas sería oportuno consignar expresamente que las acciones a que alude la segunda parte del art. 281, deben referirse a cosas muebles. Contestando esta indicación el señor RICHARD señaló que, por el contrario, él no divisaba razón para que se limitara el secuestro a las cosas muebles, ya que también podía necesitarse esta medida precautoria para asegurar las resultas de las acciones que se ejerciten

[526] *Vid. Actas de la comisión mixta de senadores y diputados* (encargada de informar sobre los proyectos de Códigos de procedimiento civil y criminal), Santiago (Chile), 1901, pp. 94-100.

[527] Disponía el referido artículo: "Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior [petición de la medida antes del juicio], deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y hacer en ella formal petición de que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta por sesenta días por motivos fundados.

Si no se dedujere demanda oportunamente, o no se pidiere en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantuviere dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las hubiere solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento, *e incurrirá además en una multa a beneficio del perjudicado, que podrá llegar al diez por ciento del monto de los bienes comprendidos en las medidas precautorias*" (el destacado es nuestro).

[528] *Actas de la comisión mixta...*, ob. cit., p. 98.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

respecto de propiedades raíces. El comisionado BALLESTEROS replicó que, en cuanto a los bienes raíces, el siguiente artículo autorizaba el nombramiento de interventores, lo que a su juicio bastaba para resguardar los derechos ejercidos sobre un bien inmueble. La comisión fue de la misma opinión que el señor BALLESTEROS y así se aprobó su indicación.[529] En segundo lugar, se realizó un cambio en la numeración de las facultades del interventor judicial, aprobándose sin más alteración que colocar en el número 4 del art. 283 la disposición contenida en el número 5 y viceversa.[530]

5.52. El resultado final de este trabajo originó el *Proyecto de 1902*, último de la cadena de proyectos que precedieron a la aprobación definitiva del CPC. En la sesión extraordinaria del Senado del 13 de enero de 1902 la comisión mixta presentó su informe al Congreso Nacional, señalando al efecto:

> Sería demasiado considerable exponer detalladamente y en extenso las modificaciones que la comisión ha creído conveniente introducir en el Proyecto, todas las cuales constan en las actas respectivas, así como los motivos que se tuvieron presentes para adoptarlas. A ellas se refiere la comisión con el propósito de limitar este informe a los puntos que especialmente han llamado su atención [...]. Su aprobación por el Congreso se impone como la satisfacción de una necesidad nacional que el país reclama desde hace muchos años atrás. Sometido todavía al viejo sistema de enjuiciamiento que todas las naciones de origen español han abandonado, Chile es el único país que se rige aun por las leyes dictadas en la Península durante la Edad Media, muchas de las cuales se remontan a los siglos VII y VIII de nuestra era, y que constituyen un conjunto incoherente e imposible de adaptar en gran parte de los casos al régimen, a las costumbres y a los adelantos de esta época. Este proyecto, iniciado hace más de cuarenta años, fue en su origen la obra de distinguidos jurisconsultos y ha estado sometida al estudio de diversas comisiones compuestas por las personas más eminentes y conocedoras del derecho. Se puede decir que no ha habido en Chile maestro de esta ciencia que no haya colaborado, durante la última parte del siglo que acaba de terminar, en este Proyecto de Código de Procedimiento Civil [...]. La comisión agrega a esa justa reflexión que, cualesquiera que sean los defectos de que adolezca este Proyecto, es fuera de toda duda que mejorará considerablemente la situación actual, sustituyendo una legislación clara y metódica a un conjunto de leyes en gran parte contradictorias, inaplicables y sin ilación alguna. La experiencia manifestará en breve las omisiones y defectos que sea necesario subsanar, pero entre tanto cree la Comisión que es menester poner término de una vez al régimen actual y dar este paso que ha sido ya dado por la totalidad de las naciones cultas.[531]

[529] *Actas de la comisión mixta...*, ob. cit., p. 99.

[530] Ídem, p. 99.

[531] *Boletín de las sesiones extraordinarias de la Cámara de Senadores en 1902*, 13 de enero, pp. 1.093 y 1.094.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

5.53. El *Proyecto de 1902* fue discutido por los parlamentarios a partir del 7 de mayo de 1902 hasta el 21 de agosto de 1902. En su análisis los congresistas realizaron mínimas modificaciones al articulado sometido a su aprobación. En el campo concreto de nuestra investigación no hubo modificaciones; sólo cabe mencionar una indicación en relación con las facultades del interventor que finalmente no prosperó. En efecto, en la Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados de fecha 7 de junio de 1902, se aprobó el título III del libro II (medidas prejudiciales), con excepción de los artículos 264, 266, 267 y 272, ninguno de los cuales dice relación con las medidas prejudiciales precautorias, y se aprobó, igualmente, el título IV del libro II (medidas precautorias) con excepción del artículo 284[532] que fue aprobado, sin modificación, en la Sesión Ordinaria de la Cámara de Diputados de fecha 20 de junio de 1902. En lo demás es del todo similar al *Proyecto de 1893*, siendo finalmente sancionado como Código de la nación en agosto de 1902, comenzando a regir el 1º de enero del año 1903. La valoración de la regulación de las medidas precautorias en el CPC y de cuál ha sido su desarrollo, tanto doctrinal como jurisprudencial, será realizada en el capítulo

[532] En la sesión del 7 de junio de 1902 se puso en discusión el título IV "Medidas precautorias". El diputado FELIÚ tomó de inmediato la palabra y señaló: "Voy a objetar el art. 284 que dice [...]. Ya hemos visto que este proyecto es muy profuso en materia de multas y arrestos, pero el artículo al que me refiero pasa de los límites que es posible imaginarse en materia de procedimiento civil. No me explico que haya podido estamparse la frase final del artículo leído 'sin perjuicio de las otras medidas más rigurosas que el tribunal estimare necesario adoptar'. Dentro de esta redacción se comprenden o caben el tormento y hasta el fusilamiento. ¿Qué otras medidas puede adoptar un tribunal en contra de una persona cuyos bienes están sujetos a intervención? No se pueden conceder estas facultades omnímodas e ilimitadas. Estas facultades deben precisarse y detallarse, porque de otro modo se procede contra toda justicia, equidad y conveniencia. Por esto pido la supresión de la frase final a que me he referido 'sin perjuicio de las otras medidas, etc.'". Contestando esta solicitud el señor HUNEEUS observó: "Debo manifestar que los temores manifestados por el honorable diputado de Coquimbo por la frase final del artículo 284, no tienen razón de ser. Sabe nuestra señoría que la Constitución y nuestras leyes establecen los derechos individuales de los habitantes del país, de modo que los tribunales no pueden ir más allá que esas leyes. Por consiguiente, el hablar de fusilamientos sólo puede ser un modo literario de expresarse, porque no puede creerse que en el artículo que se trata vaya envuelta la facultad de fusilar [...]. *Cerrado el debate, se dio por aprobado el título en la parte no observada, quedando el artículo 284 para segunda discusión*". "Sesión de la Cámara de Diputados del 7 de junio de 1902" en *Boletín de las Sesiones Ordinarias de la Cámara de Diputados*, Santiago (Chile), 1902, pp. 66 y 67. Ya hemos adelantado que la indicación no prosperó. *Vid.* sobre el particular UGARTE VIAL, *Historia e índice de las leyes*, t. II, años 1893-1931, Santiago (Chile), pp. 208-211.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

tercero de esta obra, baste por ahora señalar a modo de conclusión parcial que la regulación de las medidas precautorias en un título propio dentro del libro II, dedicado al juicio ordinario de mayor cuantía, fue importante en la configuración de estas medidas. Esto les otorgó una idea de unidad desconocida en la antigua legislación castellana que en esta materia se mostraba más bien caótica e incoherente. Será a partir de esta regulación unitaria cuando se fueron plasmando las diferentes características y principios y lo cual nos permitirá agruparlas bajo un concepto genérico y comprensivo de todas ellas.[533] Con todo, esto último no puede hacernos olvidar que en definitiva fueron consagradas las típicas medidas del derecho castellano. Esto fue precisamente lo que quisieron nuestros legisladores del siglo XIX. Recuérdese lo señalado por BLEST GANA en la exposición de motivos del *Proyecto de 1871*: "En último resultado, las disposiciones de este título son casi las mismas que hoy rigen, con la diferencia de habérseles dado mayor claridad y precisión, sin alterar los principios capitales".[534]

[533] Esta situación fue reconocida por la doctrina española. En efecto, en la tercera edición de la obra de FÁBREGA Y CORTÉS, *Lecciones de procedimientos judiciales*, Barcelona, 1928, se señala: "Como en los litigios se persigue un fin práctico, de nada le serviría al actor ganar el pleito si el día de hacer efectiva la sentencia se encontrase en la imposibilidad de hacerlo por haberse constituido en insolvencia el deudor. De aquí que la ley haya debido dar medios para garantir la efectividad de las sentencias que recaen en los juicios civiles", añadiendo de inmediato en una nota que realiza: "el Código chileno los llama *medidas precautorias*", p. 585. (La primera edición, que no contiene esta referencia al Código chileno, es del año 1907 y ella se denomina *Apuntes de procedimientos judiciales*).

[534] *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil*, Santiago, 1871, p. IV.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

CAPÍTULO SEXTO

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL CHILENO

1. PLANTEAMIENTO

6.1. Ya he avanzado que la concepción de las medidas cautelares ha cambiando en Chile. La visión tradicional se construyó en torno al título V, del libro II, del CPC, según lo hemos analizado en los antecedentes históricos de estas medidas y según lo veremos en detalle en este libro. El trabajo de nuestra doctrina se realizó teniendo como telón de fondo los artículos 290 al 302 del CPC.[535] La jurisprudencia nacional –apelaciones y recurso de queja, primordialmente– también se elaboró sobre este material normativo.

Dicho material hunde sus raíces en el viejo derecho castellano que ya hemos analizado latamente. En los últimos dos lustros, sin embargo, se ha producido un mayor dinamismo doctrinal[536] y legis-

[535] *Vid.* TORO-ECHEVERRÍA, *Código de Procedimiento Civil anotado*, Santiago (Chile), 1902, pp. 280-288; RISOPATRÓN, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil*, Santiago (Chile), 1904, pp. 207-215; VERA, *Código de Procedimiento Civil*, 4ª ed., Santiago (Chile), 1908; OTERO ESPINOSA, *Concordancias y jurisprudencia del Código de Procedimiento Civil*, 2ª ed., Santiago (Chile), 1910, pp. 362-379; LAZO, *Los Códigos chilenos anotados, Código de Procedimiento Civil*, Santiago (Chile), 1918, pp. 243-254. Asimismo, en las primeras tesis de licenciatura desarrolladas en las universidades chilenas se puede apreciar el mismo problema. *Vid.* ANGUITA, *De las medidas precautorias*, Santiago (Chile), 1908; ARANCIBIA, *De las medidas precautorias*, Santiago (Chile), 1909; VIVANCO, *Las medidas precautorias*, Santiago (Chile), 1911; HEDERRA, *Las medidas precautorias*, Santiago (Chile), 1936; ROJAS, *Las medidas precautorias*, Concepción (Chile), 1965, y QUEZADA, *Medidas prejudiciales y precautorias*, Santiago (Chile), 1987.

[536] *Vid.* ROMERO, ALEJANDRO, "La tutela cautelar en el proceso civil chileno", en RDJ, t. XCVIII (2001) Nº 2, primera parte, pp. 35-67; ROMERO, *Curso de derecho procesal civil*, t. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 53-68; CARRASCO, NICOLÁS, "Análisis económico del derecho de la tutela cautelar en la legislación civil en Chile", en Revista de Derecho, Escuela de Postgrado, Nº 2, (2012), pp. 93-120; CARRASCO,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

lativo.[537] La jurisprudencia, el poder conservador no lo olvidemos, ha avanzado un poco más lento.

2. Reglamentación

6.2. La principal regulación que presentan las medidas cautelares en el ordenamiento procesal civil chileno, según lo sabemos, la encontramos en el título V, del libro II del CPC, en los artículos 290 y siguientes. Esta circunstancia no debe llevarnos a pensar que son las únicas medidas cautelares civiles existentes en el ordenamiento procesal chileno; por de pronto, el art. 300 del CPC nos indica que las medidas del título V, "*no excluyen las demás que autorizan las leyes*". De este modo, si bien en el referido título V del libro II del CPC se encuentran las principales normas que históricamente ha regido en este ámbito, lugar desde donde se han extraído los principios y características que informan las medidas cautelares, tenemos a lo largo del ordenamiento jurídico nacional diversas medidas cautelares que, en algunos casos, van más allá de la visión que contiene en el aludido título V. De tales premisas se sigue que las medidas cautelares encuentran la siguiente reglamentación:

(i) Las disposiciones indicadas del título V, libro II del CPC, donde se tiene la regulación más completa y orgánica que estas medidas presentan en el ordenamiento procesal chileno. Su importancia no sólo radica en este hecho sino, como luego veremos, en que son de aplicación subsidiaria respecto de los demás procedimientos que no contienen una reglamentación especial diferente.

(ii) Las denominadas en la doctrina chilena medidas prejudiciales precautorias; esto es, medidas que se solicitan antes de que exista una pretensión formal en contra del demandado, y que se formulan en el título IV, del libro II del CPC.

NICOLÁS, *Análisis económico de las medidas cautelares civiles*, Santiago, Thomson Reuters, 2012; BORDALÍ, ANDRÉS, y otros, *Proceso Civil*, Abeledo Perrot, Santiago, 2013, pp. 86-95; AGUIRREZÁBAL, "Algunas precisiones en torno a las medidas cautelares innovativas en el procedimiento por violencia intrafamiliar", en Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 21 (2013), pp. 459-473; MATURANA, CRISTIÁN, *Las medidas cautelares, los incidentes, los procedimientos declarativos especiales, el juicio ejecutivo y los asuntos judiciales no contenciosos*, Separa, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, abril (2013), pp. 2-130; POZO, FELIPE, *La tutela jurisdiccional anticipada en el proceso civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013.

[537] *Vid.*, primordialmente, el capítulo noveno de este libro.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

(iii) Medidas consagradas en otros procedimientos dentro del propio CPC, pero fuera de los aludidos títulos IV y V; por ejemplo, la suspensión de la obra en el interdicto de obra nueva (art. 565 del CPC) y las medidas urgentes de precaución previstas en la denuncia de obra ruinosa (art. 574 del CPC).

(iv) Medidas cautelares previstas en leyes especiales, por ejemplo, en materia familiar, laboral, propiedad industrial, medio ambiente y competencia según lo veremos en detalle en el capítulo noveno de esta obra. En algunos casos esta regulación especial prevé, además de las clásicas medidas conservativas, medidas innovativas e, incluso, un poder cautelar general a los jueces.

(v) Medidas indeterminadas o innominadas de creación jurisprudencial sobre la base de lo dispuesto en el artículo 298 del CPC.

3. Características que informan las medidas cautelares

6.3. Al abordar esta materia debemos tener presente dos consideraciones previas:

(i) En primer término, que desde temprano el legislador chileno estableció determinados elementos que, paulatinamente, configuraron el marco teórico dentro del cual se movería la doctrina al emprender el estudio científico de la tutela cautelar. En el caso chileno, según lo vimos, el desarrollo positivo del tema fue mucho más uniforme que en el caso español, pero ello mismo limitó en gran medida el actuar de la doctrina nacional que se conformó básicamente con repetir lo que sobre el particular ya había previsto el legislador. De ahí que no encontremos dentro de la doctrina procesal chilena de la primera mitad del siglo XX un intento serio por avanzar hacia una construcción científica en esta materia.

(ii) La segunda consideración que igualmente debe tenerse en cuenta y que ya hemos tenido oportunidad de precisar, es que la construcción dogmática y teórica de la tutela cautelar, en cuanto concepto que engloba diferentes tipos de medidas con una serie de caracteres y principios que lo informan, fue una creación doctrinal efectuada en la primera parte del siglo XX principalmente por la doctrina italiana y alemana, que con posterioridad se expandió por España e Iberoamérica. Lógicamente, esta elaboración doctrinal no es arbitraria sino producto de un razonamiento acabado y científico que encuentra en los textos legales un importante apoyo pero, como ha puesto de

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

relieve PRIETO CASTRO, normalmente el legislador realiza una labor práctica, no científica; esta última labor le corresponde a la doctrina que se "halla educada para las abstracciones; el casuismo no le hace perder la línea de los conceptos generales ni de los principios, de suerte que a unos y otros puede someter las observaciones empíricas, extrayendo consecuencias; es decir, con los síntomas puede emitir un diagnóstico".[538]

De ahí que al analizar las características que informan la tutela cautelar en el derecho chileno debamos tener siempre como marco de referencia, por un lado, lo consagrado positivamente y, por el otro, la labor que la doctrina sobre la base de esos textos positivos ha realizado.

A partir de tales precisiones serán analizados dos caracteres que sin mayores reparos son incorporados por la doctrina nacional y comparada como elementos integrantes de la tutela cautelar, a saber, el carácter provisional e instrumental de las mismas. Con todo, a su respecto será necesario efectuar algún significativo matiz a fin de identificar en qué sentido se entiende uno y otro y en qué medida han sido recogidos por el legislador chileno.

A la par de los objetivos descritos, se incorporará en la caracterización de las medidas cautelares chilenas otros dos elementos que, concebidos más bien como principios, en nuestro parecer también informan el campo de la tutela cautelar. Nos referimos al principio de responsabilidad y de proporcionalidad que deben guiar el marco de actuación del demandante y del juzgador al momento de solicitar y conceder una medida cautelar, respectivamente. Estos principios pueden ser de gran utilidad a la hora de abordar los problemas prácticos que todavía enfrenta la tutela cautelar en Chile.

Conviene advertir, por último, que de acuerdo con la consagración positiva las medidas cautelares chilenas reconocen características adicionales, las que serán analizadas en este libro. Si bien ello ha sido recogido por la doctrina procesal chilena,[539] en nuestro parecer no

[538] "La eficacia del proceso civil o política del pragmatismo procesal", en Revista de Derecho Procesal, Nº 4 (1950), p. 626.

[539] ANABALÓN señala las siguientes características: esencialmente provisorias, limitativas, protectoras, sustituibles. *El juicio ordinario de mayor cuantía*, Santiago (Chile), 1954, pp. 58-62; ROJAS, por su parte, señala como características de las medidas cautelares las siguientes: provisorias, sustituibles, protectoras de la acción entablada, limitadas y no taxativas. *Las medidas...*, ob. cit., pp. 44-62; QUEZADA, por su parte, señala como características el que sean actos procesales de parte, instrumentales, esencialmente provisionales, acumulables, sustituibles, limitadas, no taxativas. *Medidas prejudiciales...*, ob. cit., pp. 102 y 103; TAVOLARI, por su parte, señala como características de la cautela judicial la instrumentalidad, la provisionalidad, la homogeneidad, la idoneidad, la unilateralidad. "La orden de no innovar en el recurso de protección", en *Justicia*, Nº III (1992), pp. 690-693. BORDALÍ, *Proceso civil*, ob. cit., refiere las siguientes: legalidad; jurisdiccionalidad; dispositividad; instrumentalidad y provisionalidad, pp. 90-93.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

son realmente determinantes en el significado de la tutela cautelar o, pueden reconducirse a las dos principales caracteres que vamos a estudiar.

3.1. *Provisionalidad*

6.4. En relación con esta característica algo ya hemos avanzado en la introducción de este libro al tratar la relación que existe entre el recurso de protección y las medidas cautelares. Es el momento de profundizar en su análisis. En la doctrina italiana CHIOVENDA fue uno de los primeros en reparar sobre esta característica. Señalaba el profesor romano que "en la medida provisional es necesario pues distinguir su justificación *actual*, esto es, frente a las apariencias del momento y su justificación última. En la medida provisional actúa una efectiva voluntad de la ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de *otra* supuesta voluntad de la ley: si después, por ejemplo, esta otra voluntad se ha demostrado inexistente, también la voluntad actuada con la medida provisional se manifiesta como una voluntad *que no habría debido existir*. La acción aseguradora es, pues, *ella misma una acción provisional*".[540] Para CALAMANDREI, por

[540] *Principios de derecho procesal*, trad. de la tercera edición italiana por José Casáis y Santaló, t. I, Madrid, 1922, p. 262. CARNELUTTI también había advertido sobre el carácter provisional de las medidas cautelares al interior del derecho italiano; así, contestando a CANDIAN observa que en opinión de este autor "la sentencia de quiebra no es una medida ejecutiva, ni tampoco [...] una providencia jurisdiccional; pero sí una medida asegurativa. Entonces, *tertium datur*?". Continúa observando CARNELUTTI que existe aquí ante todo "una gran cuestión de sistema, en torno a la cual está bien, de una buena vez, ser claros. CANDIAN no tiene todas las razones [...] si se pierde un poco en el laberinto de una fenomenología jurídica, que nuestra doctrina no ha clasificado aún con cuidado. Yo mismo, hablando del proceso cautelar en el segundo volumen de mis lecciones, no estoy muy seguro de haber podido definir su posición respecto del proceso jurisdiccional y del proceso ejecutivo; y aquello que he dicho después, en el quinto y en el sexto volumen, sobre este lado del argumento puede no ser así conocido que CANDIAN no le habría podido ver la esperada utilidad. Un hecho es que el proceso cautelar no constituye tanto un tercer tipo de proceso al lado del proceso de cognición y del proceso de ejecución, cuanto una subespecie de esto y de aquello. *El carácter de subespecie se encuentra en la composición provisional antes que en la composición definitiva de la disputa.*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

su parte, la cualidad de *provisoria* dada a estas providencias quiere significar en sustancia lo siguiente: "Que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración temporal (fenómeno que, bajo un cierto aspecto, se puede considerar común a todas las sentencias pronunciadas), como se dice, con la cláusula *rebus sic stantibus* [...]) sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación *de otra providencia jurisdiccional,* que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de cautelar, con la calificación de definitiva".[541]

Es decir, las medidas cautelares están a la espera de que en el proceso ordinario se dicte la sentencia definitiva y una vez que esta ha alcanzado firmeza, su finalidad se habrá logrado y, por lo tanto, necesariamente cesará en sus efectos. Lo anterior es precisamente lo que define esta característica, esto es, que no tienen vocación de perdurar indefinidamente en el tiempo. En palabras del propio CALAMANDREI la providencia cautelar es provisoria en su naturaleza y no aspira jamás a convertirse en definitiva.

6.5. En el caso del derecho español la doctrina procesal desde muy temprano reparó en esta característica a propósito del embargo preventivo. Así, el art. 27 del Reglamento provisional para la administración de justicia de 1835 y la Ley de enjuiciamiento para causas de comercio de 1830, en su título 9, calificaban el embargo de provisional "por el carácter de interinidad que tiene, pues sólo subsiste hasta que se dicte en el correspondiente juicio sobre las reclamaciones del deudor o derechos de los contendientes".[542] Al respecto, NOGUÉS SECALL señalaba que "como el embargo que aquí se trata, tiene por objeto asegurar los resultados de un juicio futuro y no es todavía consecuencia de una demanda ni de una acción, a lo menos deducida en juicio conciliatorio, se llama preventivo, porque se hace a prevención o cautela, y la Ley de enjuiciamiento mercantil le daba el dictado de provisional, *nombre también adecuado*

En otras palabras, según mi opinión resulta menos eficaz, en la provisionalidad de la comprobación o de la modificación del patrimonio del deudor [...]". "Carattere della sentenza di fallimento", en Rivista di Diritto Processuale Civile, volumen VIII, parte II (1931), p. 165 (el destacado es nuestro).

[541] CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares,* trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, pp. 36 y 37.

[542] VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado...*, ob. cit., p. 372.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

por cuanto solo se concede provisoriamente y hasta que viniese a confirmarlo un procedimiento más formal".[543]

En Chile la característica de provisionalidad impregnó desde un primer momento el desarrollo de la tutela cautelar. Así, ya en el *Proyecto de 1871* se contempló una disposición[544] que, sin mayores modificaciones, transitó a través de los diferentes proyectos de Código de enjuiciamiento civil hasta su consagración definitiva en el actual art. 301 del CPC. De ahí que la doctrina nacional haya sido desde un comienzo unánime en su aceptación.[545] Sin embargo, a efectos de evitar equívocos es necesario profundizar sobre este punto y efectuar algún que otro añadido a su respecto.

3.1.1. Recepción de la provisionalidad en el orden procesal chileno

6.6. Una vez determinado el sentido en el cual entendemos la provisionalidad de las medidas cautelares es necesario volver sobre la provisionalidad de que nos habla el art. 301 del 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".

La referida disposición pone de relieve que en el ordenamiento jurídico chileno las medidas cautelares pueden ser dejadas sin efecto, incluso, durante la tramitación del proceso, es decir, durante su desarrollo mismo. ¿En qué casos puede ocurrir esto? Si en opinión del juez desaparece el peligro que se ha procurado evitar al momento en que se otorgó la medida o si el demandado otorga cauciones suficientes. Es decir, en este evento tendríamos, por así decirlo, una provisionalidad desvinculada de la resolución principal ya que, independientemente de su existencia, las medidas cautelares pueden ser dejadas sin efecto si se ha producido un cambio en las circunstancias

[543] *Tratado...*, ob. cit., p. 167.

[544] El artículo quinto del título II del Proyecto aludido establecía: "Estas providencias no excluyen las otras que autorizan las leyes. Todas ellas son esencialmente provisorias; y deben cesar en sus efectos tan luego como desaparezca el peligro que se ha procurado evitar, o se otorguen cauciones suficientes". *Proyecto de Código de enjuiciamiento,* Santiago (Chile), 1871, p. 6.

[545] *Vid.* ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 44-48; QUEZADA, *Medidas prejudiciales...*, ob. cit., p. 102; TAVOLARI, "La orden...", ob. cit., p. 691; PEREIRA, "Embargo y cautela en el proceso chileno", en Revista de Derecho Procesal, Universidad de Chile, Nº 17 (1992), Santiago (Chile), p. 86.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

(por ejemplo, que haya desaparecido el *periculum in mora*) o si se otorga alguna garantía suficiente (por ejemplo, una hipoteca).[546] Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que "conforme a los artículos 291 (actual 301) y 948[547] del Código de Procedimiento Civil, las medidas precautorias pueden hacerse cesar en cualquier estado del pleito, *si desaparecen los motivos que autorizaren su dictación*, y para que no se creyera los motivos que el solo hecho de dictarse sentencia de alzada a favor del demandado en contra del cual se decretaron era causal que, por sí sola, daría fundamento para su alzamiento, dispuso en el art. 948 que quedarán vigentes hasta el fallo definitivo del recurso de casación que se interpusiera. Lo prevenido en este precepto no obsta a que pendiente la casación se aplique el art. 291 [entiéndase art. 301] y que puedan levantarse las medidas precautorias *si se acompañan nuevos antecedentes que así lo aconsejen*".[548]

6.7. La situación que se comenta, como se comprenderá, es eventual. Perfectamente puede ocurrir que el demandado no otorgue caución alguna o que el juez no la considere idónea para alzar la medida decretada; y que las circunstancias previstas por el juez al momento de otorgar la medida no varíen en todo el transcurso del proceso o que no se acompañen los antecedentes que avalen el cambio de situación. Bajo estas circunstancias la medida decretada no debiera ser alzada sino que, por el contrario, tendría que permanecer vigente durante todo el proceso hasta que se dicte la correspondiente sentencia definitiva. Por esta razón la Corte Suprema, acogiendo un recurso de queja, revocó la decisión de la Corte de Apelaciones de alzar las medidas decretadas en la causa. Señaló nuestro máximo tribunal:

> En efecto, del cuaderno sobre medidas precautorias tenido a la vista, aparece que se decretaron las solicitadas por el demandante, después de dársele tramitación incidental a dicha petición [...]. En esta forma quedó finiquitada la tramitación del incidente de medidas precautorias. Posteriormente el demandado solicitó que se dejaran sin efecto las medidas precautorias, fundándose en que no fue procedente decretarlas y en los preceptos de los artículos 290, 295, 296 y 298 del CPC, o sea, el solicitante pretende discutir otra vez y fuera de la oportunidad procesal que la ley otorga, en un nuevo incidente, lo que ya se había resuelto en un incidente anterior, esto es, la procedencia o improcedencia de decretar medidas precautorias. Si bien el art. 301 de dicho Código, 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 causiones suficientes". *Por lo tanto, el legislador no se pone en el caso de que se vuelva a discutir dentro de un mismo juicio, si se reunieron o no los requistos 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 el caso*".[549]

Como se aprecia la Corte entiende que una vez que se ha resuelto el incidente sobre la concesión de una medida precautoria no es factible volver a plantear el mismo debate en algún momento posterior, a menos que concurra alguna de las circunstancias que el art. 301 prevé. En este evento, ¿significa que la medida cautelar ha perdido su carácter provisional?, ¿significa que se ha convertido en una resolución definitiva? La respuesta es negativa precisamente porque incluso bajo este respecto, es decir, aun cuando permanezcan vigentes durante todo el proceso, aun cuando no sean alzadas en su desarrollo, necesariamente tendrán un *dies ad quem*. Extinción que se producirá cuando quede firme la resolución que resuelve la contienda planteada.

Como vemos, la provisionalidad del art. 301 del CPC está dada porque en principio las medidas precautorias pueden ser dejadas sin efecto durante la tramitación del proceso mismo (repetimos, si cambian las circunstancias y esto se acredita fehacientemente a los ojos del tribunal), pero este criterio no es en estricto sentido la razón por la cual son provisionales las medidas cautelares. De ahí que TAVOLARI luego de observar que la nota de provisionalidad "arranca de la consideración de expirar los efectos de la providencia cautelar, ejecutoriada que sea la resolución que pone fin al proceso principal,

546 ROJAS, en este sentido, observa que "este carácter esencialmente provisional asignado por el legislador a las medidas en estudio es lógico y fácilmente explicable si se tienen en consideración el objetivo y la finalidad de ellas, que no son otros que los de asegurar efectivamente el resultado de la acción interpuesta por el demandante. Luego, no se ve inconveniente para que el tribunal resuelva alzar las medidas decretadas en las dos circunstancias señaladas en el art. 301, puesto que en ambos casos la acción deducida no corre riesgo alguno, ya sea por haber desaparecido el peligro que se procuró evitar o porque se otorgaron cauciones suficientes para garantizar las resultas del juicio". *Las medidas...*, ob. cit., pp. 44 y 45.

547 Más adelante aludiré al alcance esta disposición.

548 RDJ, t. XXXIV, (1937), segunda parte, sec. 1ª, pp. 153 y 154 (el destacado es nuestro).

549 *Fallos* Nº 45 (1962), p. 46. (Énfasis añadido). Muy temprano tribunales chilenos también señalaron que "no se ha acompañado por parte de la sucesión [...] ningún nuevo antecedente que permita juzgar que ha desaparecido el motivo que se tuvo presente para dictar aquellas medidas; de conformidad con lo prescrito en el art. 291 del Código de Procedimiento Civil, se revoca en la parte apelada la resolución de 17 de diciembre último [...] y se declara que no ha lugar a la reposición solicitada [...] en consecuencia, que deben mantenerse las medidas precautorias decretadas". Gaceta de los Tribunales (1913), Nº 842, p. 2.480.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

sea estimando o desestimando la pretensión", agregue que "de otro lado, también la provisionalidad implica un juicio de precariedad, sujeto al cambio o manutención de circunstancias, como arranca del art. 301 de nuestro Código".[550]

Ahora bien, la temprana formulación que se efectuó del art. 301 en los diversos proyectos de Código de enjuiciamiento civil y su definitiva consagración en el CPC, evitó la situación ocurrida en Italia y España, en que la falta de una norma similar planteó el problema de saber si "la medida cautelar debe permanecer inmutable en el modo en que se adoptó hasta que se extinga en virtud de su esencial instrumentalidad, o si podrá obtenerse, pendiente aún el proceso principal, su extinción o modificación (p. ej., mediante reducción para garantizar una cuantía inferior; acordando prestación de fianza para su mantenimiento)".[551]

3.2. *Instrumentalidad*

6.8. En la doctrina comparada fue CALAMANDREI, quien, con su extraordinario ingenio jurídico, precisó lo que en el ámbito cautelar se entiende por la presente característica erigiéndola, de paso, en el rasgo diferenciador de estas medidas. Nos indica el maestro florentino, en una cita obligada en esta materia, que el carácter verdaderamente típico de las providencias cautelares es que "nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito".[552] En este sentido, las medidas cautelares nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que siempre están sujetas a otra providencia cuyos resultados aseguran interinamente.

6.9. No obstante que CALAMANDREI al erigir a la instrumentalidad como la viga maestra de la tutela cautelar parece –en un primer momento al menos– abandonar el criterio de la provisionalidad como elemento caracterizador de las providencias cautelares, al afirmar: "Pero tampoco esta provisoriedad, entendida como expresión de la relación cronológica que existe entre las dos providencias [la cautelar y la definitiva], parece suficiente para ofrecer la diferencia

[550] "La orden...", ob. cit., p. 691. Por este motivo parte de la doctrina comparada denomina esta característica como variabilidad. Así, MONTERO AROCA señala que "las medidas cautelares son variables, es decir, pueden ser modificadas e incluso suprimidas según el principio *rebus sic stantibus*, cuando se modifica la situación de hecho con base en la que se adoptaron". *Trabajos de derecho procesal*, Barcelona, 1988, p. 434. En el mismo sentido, CALDERÓN CUADRADO afirma que "la posible modificación o incluso revocación de las medidas cautelares acordadas por el órgano jurisdiccional se basa en el principio *rebus sic stantibus*, en los llamados límites temporales de la cosa juzgada y no en su carácter provisional". *Las medidas cautelares...*, ob. cit., p. 34. *Vid.*, igualmente, ORTELLS, *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, p. 42.

[551] ORTELLS, *El embargo preventivo*, ob. cit., p. 42. *Vid.*, asimismo, SERRA-RAMOS, *Las medidas...*, ob. cit., p. 33; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", en *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, p. 18. El tema en España fue zanjado normativamente. La LEC dispone en su art. 726: "Características de las medidas cautelares. Nº 2. Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares [...]". Por su parte, el art. 743 dispone en su párrafo primero: "Las medidas cautelares podrán ser modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas". Finalmente, el párrafo primero del art. 746 dispone: "Aquél frente a quien se hubieren solicitado o acordado medidas cautelares podrán pedir al tribunal que acepte, en sustitución de las medidas, la prestación por su parte de una caución suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare".

[552] CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., p. 44. Dentro de la doctrina española y una vez iniciado el estudio científico de las medidas cautelares desde DE LA PLAZA en adelante, no se conoce divergencia de opinión en cuanto a esta propiedad. Sólo a modo de ejemplo podemos ver que FAIREN señala que "el proceso cautelar, tiene carácter instrumental; está preordenado, en general, a una decisión definitiva, de la cual asegura prácticamente su fructuosidad". "La reforma del proceso cautelar español", en *Temas del ordenamiento procesal*, t. II, Madrid, 1969, p. 899. ORTELLS, por su parte, observa que la característica "esencial que define una medida cautelar y la distingue de instituciones procesales próximas a aquella es la instrumentalidad, entendida en el específico sentido de que la medida cautelar, considerando en conjunto el régimen de la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas, no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia que pueda vincularse en el proceso principal (y a este mismo proceso) por la función de asegurar su efectividad práctica". ORTELLS-CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, Granada, 1996, p. 8. En Argentina, NOVELLINO nos indica que "de todos modos está claro que la finalidad cautelar se ordena exclusivamente en función del posible cumplimiento de la sentencia que se dicte en un proceso, lo cual afirma el carácter instrumental de la medida cautelar que no puede existir de ninguna manera por sí misma sino que debe referirse necesariamente a un proceso actual o a promoverse dentro de un lapso determinado, sin el cual no tiene razón de ser". *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, Buenos Aires, 1992, p. 30. En el mismo sentido *vid.* MARTÍNEZ BOTO, *Medidas cautelares*, Buenos Aires, 1990, p. 77. Dentro de la escasa literatura en contra *vid.* ROCCO, *Tratado de derecho procesal civil*, vol. V, parte especial, Proceso cautelar, Bogotá-Buenos Aires, 1977, pp. 60 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

específica de las providencias cautelares [...]"; lo cierto es que su búsqueda se centra en establecer el correcto alcance de la provisionalidad, en cuanto existen otras resoluciones provisionales que no son cautelares (especialmente aquellas que emanan de los procesos de urgencia, como el recurso de protección, a lo que ya nos hemos referido). De ahí que más adelante observe que "cuando hayamos llegado, a través del análisis, a darnos cuenta de que la noción de *provisoriedad* es utilizada en cuanto a los dos grupos (providencias cautelares y declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva) en dos sentidos profusamente diversos, podremos percibir más exactamente en qué sentido se pueden considerar provisorias las providencias cautelares, *o sea en que sentido la provisoriedad se puede considerar como nota específica distintiva de este grupo de providencias*".[553] Es así como al determinar el sentido en que son provisorias las medidas cautelares, nota diferente al carácter provisional de los procesos urgentes, el maestro italiano llega sin inconvenientes a identificar la instrumentalidad como la nota verdaderamente distintiva de la tutela cautelar.

Obsérvese cómo, en el fondo, lo que hace CALAMANDREI no es más que modificar el punto de referencia sobre el que hasta ese momento descansaba la tutela cautelar; en tanto que el énfasis estaba dado en la provisionalidad de las medidas cautelares, en la interinidad de las mismas, en el carácter no definitivo de sus efectos; criterios a los que, según sabemos, se adhería la doctrina procesal italiana más relevante de comienzo de siglo y la doctrina procesal española del siglo XIX; CALAMANDREI, en ese afán sistematizador que impregnó gran parte de su obra y sin abandonar el carácter provisional de las medidas cautelares, lo dota de contenido vinculándolo a otra providencia que él denominará *principal* "que pone en evidencia la posición de subordinación y de accesoriedad en que se encuentran las providencias cautelares por efecto de su instrumentalidad".[554]

3.2.1. Recepción de la instrumentalidad en el orden procesal chileno

6.10. Esta característica, a diferencia de la provisionalidad, no encuentra al interior del orden procesal chileno una disposición explícita que en cuanto tal la consagre. En consecuencia, debemos ahondar

[553] *Introducción...*, ob. cit., pp. 37 y 38 (el destacado es nuestro).
[554] Ídem., ob. cit., p. 47.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

en el estudio de las normas a fin de verificar si puede ser extraída del ordenamiento procesal chileno. Por de pronto, se advierte que la recepción en la doctrina nacional de esta característica es bastante tardía, pues antes de la obra de CALAMANDREI no era señalada por ningún tratadista como un elemento integrante de la tutela cautelar en nuestro orden procesal.[555]

No obstante, al analizar con detenimiento los diferentes proyectos de Código de enjuiciamiento civil podemos percatarnos que desde un comienzo estuvo presente la idea de vinculación entra la medida precautoria solicitada y el resultado del juicio posterior, es decir, entre la medida accesoria y la principal en la terminología del profesor de Florencia. Recuérdese que en el Proyecto de 1871 de Blest Gana el primer artículo destinado a esta materia señalaba que "Puede el demandante, *para asegurar el resultado de la acción que entabla*, solicitar separada o conjuntamente las siguientes providencias precautorias".[556] Como se puede ver aparece una finalidad genérica en la solicitud de una medida precautoria: "asegurar el resultado de la acción", esto es, asegurar el resultado del juicio a efectos de evitar que se dicten sentencias que posteriormente no puedan cumplirse. Lo anterior, sin duda, marcó un punto de inflexión importante en la concepción que de estas medidas se tenía en el s. XIX. De ser entendidas como simples medios de apremio que se sustanciaban como un incidente del juicio principal, pasan a tener una finalidad asegurativa genérica, común a todas, y que consiste en amparar el efectivo cumplimiento de la sentencia que más tarde se dicte.[557]

[555] Posteriormente han recogido esta característica: POMÉS, *Las medidas cautelares*, memoria de licenciatura, inédita, Universidad de Chile, 1961, p. 49; QUEZADA señala que las medidas precautorias "no tienen fin en sí mismas, sino que sirven a la finalidad de la sentencia definitiva. Tienden a asegurar el resultado práctico de esta". Agregando que "esta característica emana de la ley cuando habla de que 'sirven para asegurar el resultado de la acción' (art. 290), o 'que deben limitarse a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio' (art. 298)". *Medidas prejudiciales...*, ob. cit., p. 92; TAVOLARI, "La orden...", ob. cit., p. 690; PEREIRA ve en la exigencia de acompañar comprobantes que constituyan a lo menos una presunción grave del derecho reclamado (art. 298 del CPC), una clara conexión "entre la pretensión de cautela y la decisión que se pronuncia sobre el pretendido derecho [...], de donde se infiere que en nuestro derecho procesal positivo la medida precautoria tiene el carácter instrumental, aunque fuese hipotético [...]". "Embargo...", ob. cit., p. 86.
[556] *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. 4.
[557] Por su parte, el *Proyecto de 1875* señalaba a este propósito en el art. 225: "Para asegurar el resultado del juicio puede el demandante pedir: [...]". *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. 7.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En este sentido, si vemos la posterior consagración efectuada en el art. 290 del CPC (norma que de entrada nos habla de *asegurar el resultado de la acción*) e incluso, saliéndonos de este ámbito y atendiendo, por ejemplo, a la regulación realizada a propósito de la suspensión provisional en la denuncia de obra nueva, que antes hemos aludido, o a la figura de los alimentos provisionales dentro del juicio de alimentos, o en relación con la orden de no innovar prevista en el recurso de protección, en todos ellos se aprecia que la finalidad protectora de la medida está necesariamente vinculada en su nacimiento y extinción a una ulterior resolución principal. En todos estos supuestos se presupone la existencia de proceso principal sin el cual estas medidas carecen de sentido. Así, la Corte Suprema ha ordenado el alzamiento de una medida cautelar por "desinterés jurídico por parte del actor en el resultado de su acción":

> Que en conformidad a lo establecido en el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, las medidas que establece dicha norma y que el demandante puede pedir en cualquier estado del juicio –aunque no esté contestada la demanda–, tienen por objeto "asegurar el resultado de la acción", de lo que se infiere que las medidas precautorias de que trata el título V del libro II del expresado Código, *se encuentran vinculadas de manera directa a la acción ejercida por el demandante, y al interés de este por mantenerla procesalmente en permanente y progresiva actividad con el fin último de obtener el beneficio jurídico perseguido en ellas.*[558]

Asimismo, se ha resuelto que "resulta, en consecuencia, evidente, que se ha pedido y decretado la medida precautoria de retención, o sea, una de las que el artículo 280 [actual 290] del CPC concede al que ha interpuesto una demanda para asegurar el resultado del juicio de la acción, en una simple gestión preparatoria de la vía ejecutiva, por medio de la confesión de la deuda, es decir, fuera del caso contemplado en dicha disposición legal, que claramente se refiere al ejercicio de una acción por medio de la correspondiente demanda, dado que la gestión preparatoria de la vía ejecutiva es sólo un antecedente de la

[558] *Gaceta* Nº 98 (1988), pp. 17 y 18 (el destacado es nuestro). Asimismo, los tribunales chilenos han fallado que "establecidas por ley las medidas precautorias para garantir las resultas de una acción deducida o que se va a deducir en juicio (prejudiciales precautorias) es indispensable para otorgarlas que previamente se anuncie o deduzca esa acción y que de ella conozca el tribunal competente, por lo cual no habiéndose deducido acción alguna [...] el árbitro [...] ha violado la ley al conceder una medida precautoria que no estaba llamada a garantir acción alguna deducida en juicio [...]". RDJ, t. XVII (1920), segunda parte, sec. 1ª, p. 397. Igualmente, se ha acogido un recurso de queja en contra del juez que concedió una medida sin que "se encontrara notificada la demanda, o sea, como se ha dicho, sin que existiera juicio, como lo previene imperativamente el art. 290 del CPC". *Gaceta* Nº 17 (1978), p. 14.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

acción que puede nacer después de verificada la diligencia respectiva y es improcedente así asegurar con una precautoria el resultado de una acción que se halla en vías de nacer".[559]

Lo mismo podemos observar en relación con la extinción de las medidas cautelares, las cuales no debieran subsistir más allá del momento en que la sentencia del juicio principal adquiera firmeza, lo cual puede traducirse en importantes consecuencias prácticas. De allí, por ejemplo, que la Corte Suprema conociendo de un recurso de casación en el fondo hubiere dicho:

> Que la demandante funda su demanda de nulidad de los contratos indicados en el fundamento duodécimo del fallo en alzada, que se reproduce, en que adolecen de objeto ilícito al existir vigente una prohibición de celebrar actos y contratos sobre el bien objeto de dichos contratos de acuerdo con lo que dispone el art. 1464 Nos 3 y 4 del CC, lo que es negado por los demandados, materia a la cual quedó limitada la apelación. Que, en consecuencia, el problema de fondo está en decidir si la prohibición de celebrar actos y contratos que está inscrita con el número 902 del año 1986 en el registro correspondiente del Conservador de Bienes Raíces de Santa Cruz se encontraba o no vigente a la fecha de la celebración de los contratos cuya nulidad se solicita en autos. [...] Que las medidas precautorias que, como se ha dicho, *tienden a asegurar los resultados de un juicio, son accesorias a este y no pueden tener vigencia más allá de la causa en que se dictaron y, en el caso de autos, más allá de la sentencia qie acogió la demanda en los autos rol 46.016 del Primer Juzgado de Santa Cruz, cuyo cumplimiento se ordenó con fecha 11 de octubre de 1988, notificándose al Conservador de Bienes Raíces la cancelación de las inscripciones de los contratos cuya nulidad fue acogida.*[560]

6.11. Esta situación también ha sido reconocida en materia laboral. Así la Corte de Apelaciones de Santiago, el año 2014, conociendo de un recurso de nulidad, señaló:

> Que con relación a la medida cautelar de reincorporación del trabajador a sus labores habituales decretada en la primera causa y, con respecto a la cual no se hizo ninguna referencia en la sentencia definitiva, como argumenta el recurrente y, que por tanto esta se habría mantenido más allá de la sentencia definitiva, *se ha de considerar que las medidas cautelares dictadas durante el proceso por ese solo hecho quedan sin efecto con la dictación de la sentencia definitiva, puesto que aquellas constituyen una cuestión accesoria al juicio al cual acceden y terminan sus efectos con la dictación de la sentencia definitiva. Entenderlo de otra forma, como lo expresa el recurrente, implicaría que las sentencias interlocutorias tendrían efectos por sobre las sentencias definitivas, lo que sería un absurdo, la sentencia definitiva viene a constituir el cierre del proceso, no pudiendo quedar nada pendiente dentro del mismo aun cuando el Juez no lo señale expresamente y, por último de no ser así, es decir, de estimarse que la sentencia debió haberse pronunciado en forma expresa acerca de este punto o de cualquier otro del proceso,* la Ley otorga a las partes los medios de impugnación

[559] Gaceta de los Tribunales (1931) Nº 124, p. 584.
[560] Fallos Nº 482 (1999), pp. 2902 y 2903. (Enfasis añadido).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

> correspondientes para atacar la sentencia en cuestión, de no hacer uso, las partes de esta facultad, dicha sentencia y todo aquello ocurrido dentro del proceso respectivo, no es posible revivirlo con posterioridad, ya que ello implicaría atentar en contra de la certeza jurídica de toda sentencia pronunciada en un proceso válidamente celebrado. (Énfasis añadido).[561]

En efecto, o la sentencia definitiva rechaza la pretensión del demandante, evento en el cual, como es lógico suponerlo, la medida que se hubiere decretado será alzada de inmediato por el tribunal, o bien la pretensión es acogida en cuyo caso habrá cumplido con su fin siendo sustituida por la providencia principal que pone fin a la controversia.[562] Así, por ejemplo, si en el juicio de alimentos se hubiere concedido alimentos provisorios ya no tiene sentido mantenerlos en cuanto provisorios, sino que se reemplazan por los alimentos que se fijen definitivamente en la sentencia. Lo mismo podemos ver en relación con la orden de no innovar si hubiere sido concedida por el tribunal previo a acoger el correspondiente recurso de protección, una vez dictada la sentencia que resuelve definitivamente la controversia la orden de no innovar carece ya de objeto y entra a operar en toda su extensión el fallo de la causa principal. Similar idea podemos predicar de las demás medidas cautelares previstas en el orden jurídico nacional.

Si bien podría suponerse que las medidas prejudiciales precautorias constituyen una excepción a esta instrumentalidad por el hecho de

[561] Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de enero de 2014. Rol Nº 1798-2013. Pronunciado por la Décima Sala integrada por las ministras María Soledad Melo Labra, Teresa Carolina Figueroa Chandía y Tita Aránguiz Zúñiga.

[562] Con todo algún matiz debemos realizar tratándose de las sentencias condenatorias. En efecto, el art. 235 del CPC, ubicado dentro del cumplimiento incidental de la sentencia, dispone en su numeral 3º: "Si la sentencia manda pagar una suma de dinero se ordenará, sin más trámite, hacer pago al acreedor con los fondos retenidos, hecha la liquidación del crédito y de las costas causadas o se dispondrá previamente la realización de los bienes que estén garantizando el resultado de la acción de conformidad al título V del libro II [título relativo a las medidas precautorias]". ANABALÓN al respecto observa que "no obstante lo anterior, desde que las medidas precautorias tienen por objeto asegurar el resultado del juicio, no pueden subsistir una vez fallada a firme la causa, sino en cuanto sean necesarias para garantizar el cumplimiento de lo resuelto, según lo ha establecido en repetidas ocasiones la jurisprudencia". *El juicio...*, ob. cit., p. 58. Volveré más adelante sobre este aspecto. La LEC sobre este punto es clarísima en el art. 731 Nº 1: "No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren adoptadas".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

otorgarse con carácter previo a la existencia del procedimiento principal, no podemos olvidar que ellas se conceden bajo la condición precisa de presentarse la correspondiente demanda dentro de un determinado plazo que la ley prescribe. Si quien ha solicitado y obtenido una medida prejudicial precautoria no cumple con dicha carga procesal la medida caducará *ipso facto*. Incluso, junto con la presentación de la demanda el actor debe pedir al tribunal que mantenga la medida ahora como precautoria. De ahí que su ciclo vital esté destinado necesariamente a agotarse una vez que es confirmada o alzada por el tribunal. Ilustrativo de esta situación es el siguiente fallo:

> Que, de acuerdo a lo expuesto, desaparecida la medida prejudicial precautoria de autos, por haber cumplido su finalidad específica, y devenida en precautoria ordinaria, esta entró en el marco jurídico del artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, para todos los efectos legales que le son atinentes.[563]

3.2.2. Problemas doctrinales que la instrumentalidad plantea

6.12. Esta característica de instrumentalidad de las medidas cautelares entendida como la vinculación necesaria que existe entre la resolución principal y la accesoria, si bien no reconoce divergencia en la literatura jurídica nacional y comparada, presenta sí dos importantes problemas que es conveniente abordar en este momento.

a) Extensión de esta característica

6.13. En primer término se discute cuál es la extensión que la instrumentalidad debe tener. Sobre el particular, ya el propio CALAMANDREI, adoptando una posición amplia este respecto, explicaba que esta instrumentalidad es diferente tratándose de las medidas que él engloba como del tipo "a" y "b" (medidas que tienden a anticipar la prueba y medidas en vista de la ejecución forzada, v. gr., el secuestro conservativo) de las medidas del tipo "c" (aquellas que anticipan interinamente la decisión definitiva, v. gr., la suspensión provisional en la denuncia de obra nueva o los alimentos provisorios en el proceso de alimentos). Observa el autor italiano que la relación de instrumentalidad, "que en los casos ahora reseñados,

[563] Gaceta, Nº 57 (1985), p. 91. Sentencia, al parecer, de gusto del compilador, toda vez que fue publicada tres veces en la misma revista, *vid.* Gaceta, Nº 58 (1985), pp. 92 y ss. y Gaceta, Nº 59 (1985), pp. 12 y 13 (este último contiene, en todo caso, el lacónico fallo de la Corte Suprema chilena: "Se confirma la sentencia apelada de ocho de marzo último, escrita a fs. 23").

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

vincula la providencia provisoria a la principal, es profundamente diversa de la examinada en los dos grupos precedentes (a y b) [...]; mientras en éstos la providencia cautelar no regula el mérito de la relación sustancial controvertida, limitándose a aprontar medios para facilitar la formación o la ejecución forzada de la futura decisión de mérito, aquí en este tercer grupo, la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisional del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta relación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario".[564]

El punto en disputa consiste en determinar si las medidas que anticipan provisionalmente la decisión de fondo, aquellas que el autor florentino denomina del tipo "c", pueden ser incluidas dentro del ámbito cautelar. En España SERRA, quien adopta una posición restringida sobre este tema, a propósito de los alimentos provisionales o urgentes apunta que "el propio CALAMANDREI intenta superar la dificultad, propia según él de constituir una zona límite entre las medidas definitivas y las cautelares, razonando que la función instrumental se explica en dar a la controversia una solución provisional en espera de la solución definitiva". Descartando de plano tal distinción que "es empero inaceptable incluso en la misma concepción de CALAMANDREI, pues ninguna relación cautelar [entiéndase instrumental] existiría entre ambas resoluciones, independientes entre sí, máxime respondiendo a una misma finalidad de protección y siendo sustancialmente idénticas ambas medidas".[565]

Se comprende que las consecuencias de adoptar una concepción restringida de la instrumentalidad, como la que abraza el autor citado, no son baladíes. Observa a este respecto ORTELLS que las medidas cautelares quedarían sólo a disposición de los procesos que conllevan una pretensión que finalice en una sentencia de condena,[566] lo cual

564 CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., p. 59.

565 SERRA-RAMOS, *Las medidas...*, ob. cit., p. 75. FERNÁNDEZ, por su parte, expone que "por eso, si no se desea que el concepto adquiera una extensión desmesurada, inevitablemente ligada a una notable inconcreción, conviene utilizar un concepto restringido de *medidas cautelares*, reservando este nombre sólo para designar aquellos medios o instituciones que directa o indirectamente pretenden conjurar el peligro que para una futura ejecución representa la propia existencia de un proceso declarativo o mejor, el tiempo que el juicio declarativo tarda en sustanciarse". *Derecho procesal civil*, t. III, 3ª ed., segunda reimpresión, Madrid, 1994, p. 336. En el mismo sentido MONTERO AROCA, *Trabajos de derecho procesal*, ob. cit., p. 429.

566 "Como la única clase de sentencia a la que puede seguir una ejecución propia es la sentencia de condena, sólo en los procesos que, por la pretensión

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

es reducir sin mayor sentido o finalidad el posible campo de acción de la tutela cautelar.

En España esta posición doctrinal (aquella que restringe la extensión que debe darse a la instrumentalidad) encuentra su fundamento en la dependencia que históricamente revistió la tutela cautelar respecto del juicio ejecutivo y, en general, respecto de los procedimientos de apremio según ya lo hemos observado; pero hoy en día en que la tutela cautelar tiene un campo de acción propio, independiente de la ejecución de las sentencias esta restricción no encuentra mayor justificación;[567] máxime si se piensa que quienes pregonan la utilización de las medidas cautelares sólo respecto de los juicios que conlleven una pretensión de condena, además añaden como características de las medidas cautelares su homogeneidad mas no su identidad con las medidas ejecutivas, con lo cual como se comprenderá el campo de acción de la tutela cautelar quedaría en la práctica muy reducido.[568]

6.14. En el caso del derecho chileno no hay mayor restricción. Históricamente la tutela cautelar tuvo un desarrollo completamente independiente del proceso de ejecución, al cual nunca ha estado

interpuesta, puedan terminar con una sentencia de esta clase habría medidas cautelares". ORTELLS-CALDERÓN CUADRADO, *La tutela...*, ob. cit., p. 10.

567 En este sentido, la LEC en su libro Tercero insiste en regular el proceso cautelar a propósito de la ejecución forzosa. Comparece ello con la regulación efectuada por el actual Código de Procedimiento Civil brasileño, vigente desde el 1º de enero de 1974, que representó un sensible progreso en relación con el estatuto procesal anterior (Código de 1939), principalmente en cuanto a la sistematización de las materias y a la recepción de las modernas doctrinas procesales. Regulándose la tutela jurisdiccional en tres modalidades: proceso de conocimiento (libro I), proceso de ejecución (libro II), proceso cautelar (libro III), y, finalmente, destinando un libro IV a los procedimientos especiales de jurisdicción contenciosa y voluntaria. Como observa BOMFIM MARINS en relación con el proceso cautelar, "el legislador innovó dedicándole el libro III del Código, en una postura sistemática, que cualifica el tratamiento de lo cautelar como tercer género jurisdiccional, junto a los otros dos procesos de conocimiento y de ejecución, adoptando la línea de pensamiento de CARNELUTTI". *Tutela cautelar, teoría geral e poder geral de cautela*, Curitiba, 1996, p. 24. O con la regulación que realiza el Proyecto de Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, redactado por los profesores uruguayos VESCOVI, GELSI y TORELLO, que dedica (dentro del Libro II denominado *Desarrollo de los procesos*) el título II al *Proceso cautelar*. El art. 274 del referido Proyecto dispone que "las medidas cautelares podrán adoptarse *en cualquier proceso tanto contencioso como voluntario*" (el destacado es nuestro).

568 Véase PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, ob. cit., pp. 31-40.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

subordinado. En este sentido, si bien es cierto que la relación de instrumentalidad es diferente tratándose del secuestro de la cosa objeto de la demanda o del nombramiento de interventor de la que, por ejemplo, concurre en la suspensión provisional en la denuncia de obra nueva, o en la fijación de alimentos provisorios al interior del juicio de alimentos, en ambas situaciones la medida continúa preordenada a una ulterior resolución principal. Ambas situaciones, en definitiva, aseguran el resultado de la futura sentencia que se vaya a dictar en la causa. En el primer caso haciendo posible que la cosa sobre la que se litiga no sufra ningún deterioro de tal forma que llegado el momento del cumplimiento forzoso (o voluntario) este pueda materializarse sin inconvenientes (así se resguarda del peligro de que el derecho no sea satisfecho); y en el segundo, por su parte, previniendo que la obra continué y, de este modo, evitando que el costo de demolición se incremente de manera significativa hasta el momento en que se resuelva el interdicto de obra nueva. En ambas situaciones, en definitiva, se mantiene la instrumentalidad como rasgo de estas medidas.[569]

b) ¿Medida cautelar versus proceso de urgencia?

6.15. La segunda divergencia doctrinal en relación con la instrumentalidad es más reciente y no guarda relación con una concepción amplia o restringida que pueda adoptarse a su respecto, sino que entra a cuestionar su esencia misma, su razón de ser y de este modo polemiza directamente sobre la naturaleza de las medidas cautelares. A través de esta crítica queda la sensación de que lo que se busca es una huida hacia adelante, puesto que el punto álgido sigue siendo el establecer si dentro del ámbito cautelar pueden darse medidas innovativas que anticipen parte del fondo de la disputa.

Ante la fuerte resistencia que muestra cierta parte de la doctrina comparada de admitir este tipo de medidas en el ámbito cautelar a fin de evitar "que el concepto adquiera una extensión desmesurada, inevitablemente ligada a una notable inconcreción",[570] se busca avanzar hacia una nueva concepción de medidas urgentes o anticipativas en las cuales, precisamente por no necesitar de ningún

[569] En España, en este sentido, *vid.* CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares*, ob. cit., pp. 36 y ss. VECINA, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993, pp. 35 y ss. ORTELLS-CALDERÓN CUADRADO, *La tutela...*, ob. cit., p. 10.

[570] FERNÁNDEZ, *Derecho procesal...*, ob. cit., p. 336.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

proceso principal, la instrumentalidad no cumple ningún papel y decae en su necesariedad.[571]

La discusión, en verdad, tiene algo de artificial. Ya apuntábamos en la introducción de este trabajo que es bueno distinguir entre las medidas cautelares y los procesos de urgencia. Es cierto que en más de algún evento la necesaria vinculación a un proceso principal lleva a la parte que obtiene una medida cautelar a "imaginar" o a "inventar" un juicio principal. Esto ocurre con particular intensidad tratándose de las medidas cautelares que se obtienen con anterioridad a la presentación de la demanda, especialmente en aquellas que se agotan con su sola concesión y que presentan un marcado carácter innovativo.[572] Pero esto no es un problema que pueda predicarse de la tutela cautelar en sí misma. El tema radica en un plano de política legislativa en contar para estos casos con la regulación de un proceso de urgencia que permita solucionar de manera rápida la controversia, tal cual lo hacen los interdictos posesorios y el recurso de protección. Precisamente en este punto radica la principal diferencia entre uno y otro instrumento, la mayor disparidad que se sigue entre adoptar una solución a través de una medida cautelar (conservativa o innovativa y siempre instrumental) de una adoptada en un proceso de urgencia (como el recurso de protección o las querellas posesorias).

El pronunciarse sobre el fondo de la disputa encuentra un acomodo muy favorable dentro de estos últimos procesos, porque, como señalamos en la introducción, pese a todo lo restrictivo que pueda ser el debate, pese a todas las limitaciones que sufra el demandado en cuanto a los medios de su defensa, prueba, plazos, impugnaciones,

[571] En Argentina PEYRANO, "Las medidas cautelares en materia comercial. Nuevos horizontes de la tutela de urgencia. Noticia sobre las medidas autosatisfactivas", en *Justicia*, II (1997), pp. 607 y 608.

[572] Como certeramente observa GASCÓN INCHAUSTI, con relación al motivo por el cual el legislador español en los últimos años ha fomentado la aparición de medidas cautelares previas a la demanda, "es probablemente porque adoptándolas *ante causam* se consigue algo *más* (y algo *distinto*) a lo que se conseguiría con su solicitud en la demanda. Ese algo más que se consigue con su adopción previa, creemos, está en función del contenido de las medidas. Si se trata de medidas con contenido estrictamente asegurativo, se consigue lo mismo que con el embargo preventivo, es decir, conocer de antemano si está o no asegurada la efectividad de la sentencia, que, ya lo hemos visto, puede constituir un parámetro válido de cara a decidirse o no por la incoacción del proceso. Pero si se trata, como sucede en la mayoría de los casos, de medidas cautelares con contenido anticipatorio, lo que se pretende obtener es un adelantamiento sin más de la sentencia a la que se aspira [...]". *La adopción...*, ob. cit., p. 52.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

etc., lo cierto es que el proceso termina con una sentencia principal la cual, no obstante no producir el efecto de la cosa juzgada, como hemos visto, aspira a consolidarse como definitiva situación que en la práctica generalmente sucede. Sobre este hecho la realidad judicial nacional es incontrastable y desde un punto de vista dogmático no hay nada que reprochar: el proceso ha terminado en la forma normal como deben terminar, a través de una resolución definitiva del litigio. Lo anterior no sucede con las medidas cautelares que jamás pueden otorgar una solución definitiva del problema. La resolución que concede una medida cautelar, sea del tipo que fuere, nunca podrá adoptar la naturaleza de una sentencia definitiva. No debe olvidarse que las medidas cautelares se adoptan antes de que se encuentre establecida la responsabilidad del demandado, antes de que el juez tenga la convicción de que el demandado es efectivamente deudor antes, en definitiva, de que se dicte la sentencia sobre el fondo.

En cambio, nada de esto ocurre en los procesos de urgencia en los cuales si llega a acogerse la pretensión del actor, queda establecida la responsabilidad del demandado, en tanto que el tribunal ha llegado a la convicción de que él es responsable y por ello dicta una sentencia que se agota en sí misma. Esto es precisamente lo que ocurre en los juicios posesorios donde sería absurdo exigirle a quien obtuvo el fallo que inicie un juicio de lato conocimiento; y precisamente no se exige porque la sentencia que se dicta en las demandas posesorias ha resuelto el fondo el problema planteado.[573]

En este sentido, la instrumentalidad sigue siendo clave al interior de las medidas cautelares, principalmente como el gran resguardo de que dispone la persona en contra de quien se solicitó y adoptó una medida cautelar –no en pocas ocasiones según hemos visto en forma unilateral– de que en el respectivo proceso se confirme la legitimidad de la medida y en caso contrario, que se declare judicialmente el derecho a ser indemnizado por los perjuicios que se le han ocasionado. Precisamente en el derecho inglés una de las grandes dificultades que encuentra el sujeto en contra de quien se ha decretado una *interlocutory injunction*, en cuanto a una real posibilidad de ser indemnizado es que esta instrumentalidad tiende a desaparecer. Al respecto ZUCKERMAN observa que "dos premisas

[573] Otra cosa es que debido a lo restringido que fue el debate esta sentencia no vaya acompañada de la estabilidad propia de las sentencias definitivas que se dictan en los juicios de lato conocimiento, situación predicable por lo demás respecto de todos los procesos de urgencia.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

centrales sostienen la actual filosofía de las medidas provisionales: el de la provisionalidad y el supuesto de una indemnización correctiva. La primera premisa sostiene que una medida cautelar *(interlocutory injunction)* es una medida temporal que tiene sólo el propósito de regular la situación de las partes hasta la sentencia definitiva, la cual, se asume, seguirá su curso legal. El segundo, el de la indemnización correctiva, da por sentado que cualquier daño que la concesión de la medida pueda causar será enmendado en la sentencia definitiva. Estas dos premisas se encuentran íntimamente conectadas; así, si disminuyen las probabilidades de que el juicio termine en una sentencia definitiva, disminuirán las probabilidades de que la parte que sufrió el daño pueda ser indemnizada; y si las expectativas de ser indemnizada son bajas, es menos probable que la parte afectada siga adelante con el juicio hasta la sentencia definitiva. En otras palabras, el fallo en la primera premisa debilita la segunda, y el fallo en la segunda debilita la primera".[574]

Ya hemos advertido de los peligros que pueden producirse si se conceden "alegremente" las medidas cautelares solicitadas; del riesgo de transformar todo el proceso en un procedimiento de medidas provisionales. Esto se consigue precisamente si desconocemos la posibilidad de un juicio posterior. En Chile estos riesgos son absolutamente reales [575] y por ello debe evitarse transformar el proceso judicial en un puro problema de medidas cautelares. [576]

[574] "Quality and economy in civil procedure. The case for commuting correct judgments for timely judgment", en *Oxford Journal of Legal Studies* (1994), vol. 14, Nº 3, pp. 369 y 371.

[575] La comisión de estudios del sistema judicial en su Informe final sobre reformas al sistema judicial, en relación con las medidas precautorias, señaló: "Se ha ido haciendo una práctica común que las partes soliciten y el juez decrete medidas precautorias de exagerada amplitud. *Así, en demasiados casos las medidas precautorias son la finalidad buscada por los demandantes, antes que la resolución del asunto"* (el destacado es nuestro). Informe final redactado por CORREA-VIAL, en *Proposiciones para la reforma judicial*, E. VALENZUELA coordinador, Santiago (Chile), 1991, p. 97. En el derecho inglés ZUCKERMAN, observa que "como resultado, la *mareva injunction* coloca a los demandados en una seria inferioridad de condiciones. Se puede asumir sin temor a equivocarse que, al igual que las *interlocutory injunctions*, la *mareva injunctions* producirá un rápido fin del litigio. La justicia de estas consecuencias se transforma en una justicia de *mareva* procedimiento". *"Mareva injunctions* and security for judgment in a framework of interlocutory remedies", en *The law quarterly review*, v. 109 (1993), p. 436.

[576] Así, por ejemplo, se otorgó la medida prejudicial precautoria pedida por una empresa de telecomunicaciones en contra de otra empresa, reteniéndose la suma de $ 2.144.014.817 (poco más de 4 millones de dólares) quedando los dineros congelados en las respectivas cuentas corrientes bancarias. Además se ordenó

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

4. Principios que informan las medidas cautelares

4.1. *Proporcionalidad*

6.16. El art. 298 en su primera parte establece que *las medidas de que trata este título se limitarán a los bienes necesarios para responder a las resultas del juicio.* La disposición consagra un importante elemento de análisis al momento de conceder el juez una medida cautelar. Ahora bien, en este punto lo que se busca es un difícil equilibrio. En efecto, por un lado sabemos que los ordenamientos jurídicos contienen en sus leyes normas que garantizan a todo aquel que crea tener un derecho la seguridad de que el fallo que se dicte en el juicio no se va a traducir sólo en una victoria moral. La justificación de estas medidas encuentra su fundamento en que las leyes procesales no deben limitarse a procurar a las partes una sentencia justa, sino que deben intentar también que estas sentencias sean oportunas y que lo ordenado en el respectivo fallo pueda ser cumplido con eficacia, porque como gráficamente ha expresado Redenti "todo esto no sirve ya de nada, si entretanto... se han escapado los bueyes; es decir, si no se encuentra ya, por así decirlo, la materia prima sobre la cual actuar de hecho la sanción".[577]

Lógicamente de nada servirían las resoluciones judiciales si el actor vencedor, por la mala fe o por otras causas ajenas a la voluntad del demandado no pudiera hacerlos efectivos. Pero también sabemos, por otro lado, que estas medidas llevan implícitas un componente de injusticia principalmente cuando son utilizadas como herramientas de presión y abuso. Es por ello que el juez debe siempre tener presente que cada vez que concede una medida cautelar lo está haciendo antes de que se demuestre la efectiva responsabilidad del demandado y que dicha medida puede causar enormes perjuicios en el patrimonio del demandado y en el de terceros. De ahí que se deba buscar un adecuado equilibrio entre la pretensión del demandante, por una

la suspensión inmediata de los servicios de interconexión y acceso a centros primarios; la información mensual de suscriptores y tráficos cursados del sistema de multiportador contratado; la incorporación de información en guías telefónicas y la información de actualización y modificaciones a la red telefónica. *Vid.* RDJ, t. XCIV (1997), segunda parte, sec. 1ª, pp. 1 y ss. Parece inverosímil que la pregunta más relevante en esta materia, a saber, quién indemniza los perjuicios que este tipo de medidas ocasionan quede completamente al margen del análisis judicial.

[577] *Derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra, t. II, Buenos Aires, p. 243.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

parte, y las medidas que solicita para asegurar la efectividad de la sentencia, por la otra. Recuérdese que ya en 1871 Blest Gana había conceptuado estas medidas como un mal indispensable. Refería este autor: "Estas *medidas son un mal indispensable,* cuyo origen es la necesidad de proteger la justa expectativa del litigante de buena fe; pero por su mismo carácter excepcional deben limitarse a lo estrictamente necesario, para huir del peligro de autorizar venganzas y persecuciones que no son raras en los pleitos [...] *puesto que todas las medidas precautorias producen un perjuicio más o menos directo y son por su naturaleza vejatorias".*[578]

La Corte Suprema confirmó un fallo en que precisamente se planteó el sempiterno conflicto que existe cada vez que se solicita una medida precautoria. La resolución confirmada sin decirlo expresamente, sentó un muy buen precedente sobre cómo debe aplicarse el principio en estudio:

> Que, si bien es de la mayor verdad que a todo demandante le asiste el derecho de asegurar el resultado de su acción, a cuyo fin tiende el instituto cautelar –entre otros medios– de las precautorias, también lo es que en los juicios y para las partes que contienden hay, naturalmente, un estado de incertidumbre respecto del resultado. Y, eso atendido, corresponde que el tribunal, aun cuando reconociendo y asegurando –como lo solicita el actor en este caso–, esa su facultad procesal, pondere también la gravedad y extensión de la tutela que está llamado a conceder, en términos de establecer una justa ecuación –con ponderada equidad– entre las partes, que en la especie se presentan como extremas; Que, en demostración de lo último expresado: si las precautorias se mantienen tal cual, se producen los efectos que pone de resalto la Minera El Inglés (básicamente paralización de sus actividades de explotación y cierre de la mina); y si, por el contrario, se modifican [...] se verán notoriamente lesionados los pretensos derechos del actor, supuesto que obtenga en el juicio, porque el laboreo de minas importa el paulatino agotamiento de un recurso no renovable.[579]

Como se aprecia, el tribunal sitúa exactamente el dilema que este tipo de medidas producen y resuelve, en primer término, que para asegurar la legítima pretensión del actor es "procedente mantener las medidas precautorias de prohibición de dar en explotación las pertenencias en disputa", pero de inmediato añade que en relación con las faenas de extracción y beneficio de los minerales, el mantenimiento de las medidas concedidas en toda su extensión "produce consecuencias que van más allá de lo que resulta necesario para

[578] *Proyecto de Código de Enjuiciamiento...*, ob. cit., pp. VIII y IX (el destacado es nuestro).

[579] Fallos, Nº 384 (1990), p. 691.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

asegurar los derechos eventuales del actor", por lo que modifica la medida pudiendo el demandado continuar con la explotación de los minerales, pero debiendo "enterar trimestralmente en la cuenta del tribunal el 75% de las utilidades líquidas que obtenga por el lapso de tiempo indicado".[580] Es decir, el tribunal resguarda los legítimos intereses del actor y, por tanto, mantiene la medida de prohibición de dar en explotación determinadas pertenencias mineras pero atendiendo los también legítimos intereses del demandado, elimina el componente más dañino que la medida contiene y le permite continuar con su actividad extractiva y de comercialización de los minerales, pero como éstos pueden agotarse lo obliga a depositar en la cuenta del tribunal un porcentaje importante de lo recaudado en la venta de los mismos.

La Corte Suprema, en este mismo orden de ideas, ha alzado medidas cautelares que no guardan relación con la pretensión del demandante y que además por su extensión y amplitud son causa de enormes perjuicios: "Que [...] las medidas de que se trata son manifiestamente injustificadas e innecesarias y por su extensión, casi universal, y naturaleza de los bienes sobre que recaen ocasionan un daño irreparable a la parte que reclama de ellas, motivos que importan faltas o abusos que deben corregirse por la vía de la queja poniendo pronto remedio al mal".[581]

En otras ocasiones se han alzado medidas precautorias porque, entre otros motivos, el monto por el cual han sido decretadas en opinión de los sentenciadores ha excedido con creces la pretensión deducida. Así se ha resuelto:

> Que del examen de los autos ya individualizados, aparece que de los antecedentes acompañados por el demandante no revisten la calidad que exige el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, para hacer procedente la medida precautoria decretada y que también el actor no aparejó a los autos,

[580] Ídem, pp. 691 y 692.

[581] RDJ, t. XXXII (1935), segunda parte, sec. 1ª, p. 92. Igualmente han señalado los tribunales chilenos que "el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil exige que las medidas se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio, y en el caso en comento, se decretó la medida sobre un inmueble sin proporcionar mayores antecedentes sobre sus dimensiones, construcciones y tasación o valor comercial, por lo que resulta imposible a estos sentenciadores apreciar si se cumplió con esta exigencia [...]". Resolviendo finalmente este fallo que "por las razones expuestas y habiendo cometido el juez *a quo* una falta o abuso al conceder la medida precautoria de prohibición de gravar, enajenar y celebrar actos y contratos sobre el inmueble [...], procede acoger el recurso de queja deducido [...], dejándose, en consecuencia, sin efecto la medida precautoria [...]". Fallos, Nº 419 (1993), pp. 869 y 870.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

> probanzas que acrediten la insolvencia o incapacidad del demandado de asumir una obligación que se imponga por una sentencia judicial, *sin perjuicio que además, la precautoria recae sobre un bien cuyo valor excede con creces al beneficio jurídico que pretende el demandante y no está precisamente destinada a asegurar el resultado de la acción intentada en los autos que incide en el recurso.*[582]

6.17. En el fondo, la aplicación de este principio busca que los jueces limiten al máximo el componente opresivo que toda medida cautelar lleva consigo; de este modo, el tribunal debería sólo conceder aquellas medidas estrictamente necesarias y que guarden proporción con la pretensión hecha valer por el demandante.[583] En este mismo orden de ideas, es de ordinaria frecuencia que los demandantes soliciten al tribunal más de una medida cautelar buscando, de este modo, resguardarse de diferentes tipos de peligro que pueden poner en riesgo su pretensión durante el desarrollo del proceso. Inclusive, es frecuente que estas medidas se soliciten antes de que formalmente se haya notificado la demanda. Sabemos, igualmente, que estas medidas pueden incluso afectar el patrimonio de terceros que ni siquiera han sido parte en la controversia. En estas situaciones, los jueces deben tener la suficiente flexibilidad y amplitud para otorgar la medida o las medidas que consideren más idóneas ponderando adecuadamente todos los intereses en disputa. Al respecto, la Corte Suprema teniendo presente el objetivo que las medidas cautelares persiguen, muy pronto resolvió:

> Que, por otra parte, el propósito claro del legislador, dentro de la institución jurídica de las medidas precautorias, es sólo el de asegurar prudentemente, pero sin ocasionar la ruina del deudor, los resultados de una acción seria y fundada,

[582] Gaceta Nº 180 (1995) p. 37. También se ha señalado que "así las cosas, al resolver la señora juez *a quo* autorizando la medida cautelar de retención por hasta treinta y cuatro millones de pesos, correspondientes a los derechos del alimentante sobre la sociedad [...] según resolución que motiva esta queja, resulta desproporcionada por lo que estima esta Corte que la juez *a quo* ha incurrido en falta o abuso, que corresponde a este tribunal de Alzada enmendar por la presente vía". Gaceta Nº 158 (1993), p. 44.

[583] En este sentido la Corte de Apelaciones de San Miguel el 23 de junio de 1995 acertadamente señaló: "Que en relación con lo expuesto en el considerando 6º, del fallo apelado, debe tenerse presente que si bien es cierto que el CPC considera las medidas precautorias como un medio de proteger los derechos de los acreedores, también es efectivo que dichas medidas tienen como objetivo asegurar el resultado de la acción y, de consiguiente, en su concesión no puede transgredirse dicho objetivo, como sería el exceso en su concesión; Que la prudencia procesal lleva a la conclusión de que el objetivo se obtiene con las medidas necesarias pero no con aquellas que perjudican al deudor frente a la concesión de medidas suficientes para obtener el resultado que la ley prevé". Inédito, rol de la Corte Nº 327/94.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

como puede serlo en este caso la de los demandantes: lo que significa que el juez, para conceder tales medidas, debe fijarse en cuáles son las que mejor cuadran con estos fines de la ley para escoger entre ellas, aunque no sean las propuestas por los solicitantes, las que racionalmente basten para el objeto que se tuvo en vista al dictarlas. Y dentro de este criterio imparcial respecto del derecho de demandantes y demandados, faltó el juez de letras al decretar el depósito o retención de las mercaderías que constituían el giro ordinario del comerciante [...], paralizando o entorpeciendo así innecesariamente la marcha de su negocio y exponiéndolo, además, a las perdidas provenientes de los cambios de precio de las mercaderías retenidas y a su menoscabo o deterioro por el mero transcurso del tiempo; todo lo cual habría podido evitarse con el nombramiento de un interventor [...], complementando además esta medida, si no se la hubiere considerado suficiente, con la prohibición de enajenar o gravar sus bienes raíces, como reiteradamente lo solicitó aquél.[584]

En este mismo orden de ideas, los jueces deben abstenerse de conceder medidas cautelares cuyo fin principal sea producir un daño directo en el patrimonio del demandado obligándolo, de este modo, a negociar bajo una presión indebida las condiciones de un acuerdo no equitativo. En otras palabras, las medidas cautelares deben ser utilizadas como herramientas verdaderamente útiles en el proceso; como armas que resguardan los legítimos intereses del demandante para que no se burle el cumplimiento de la sentencia que, en su momento, se dicte en su favor. No deben ser utilizadas para menoscabar los también legítimos intereses del demandado. Los tribunales deben evitar conceder medidas que priven al deudor del manejo ordinario de sus negocios. De allí que es razonable que la Corte Suprema por la vía del recurso de protección, haya dejado sin efecto las medidas precautorias que de hecho privaban al dueño del predio de todo acceso al mismo, así como de la posibilidad de negociar sus productos agrícolas:

Que en el juzgado de letras [...] se incoó proceso rol [...] en el que se concedió al demandante [...] la medida prejudicial precautoria de retención de los tomates que se encuentran en poder del tenedor de ellos, hasta por la suma de treinta millones de pesos o su equivalente a 1.260 toneladas, más intereses y costas y la prohibición de celebrar actos y contratos sobre las sementeras de tomates [...]; y se dejó constancia que se procedió a sellar las parcelas 19 y 21 [...] con cadenas y candados. Que dicho acto impugnado vulneró el derecho de propiedad de la recurrente [...] pues Carabineros se excedió en su cometido al sellar las parcelas de propiedad de la interesada y con ello afectó directamente su patrimonio [...].[585]

[584] RDJ, t. XVII (1919), parte segunda, sec. 1ª, p. 159. Concluye el fallo en comento que "lo expuesto en los considerandos anteriores y 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 [...] no ha administrado justicia en este caso en las condiciones de imparcialidad, de rectitud y respeto a las leyes, que debe ser la norma constante e invariable de todos los que sirven tan elevadas funciones". Ídem, p. 160.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

6.18. Como también resulta razonable limitar la extensión de una medida concedida genéricamente y por muchos años, si con ello se disminuyen, por un lado, los perjuicios que se causan al demandado y, por el otro, no se altera significativamente la garantía que tiene el demandante. Así, en fallo confirmado por la Corte Suprema se accedió a la solicitud del demandado en orden a limitar la medida precautoria "sólo al denominado 'casco' del predio y no a lo sembrado o plantado, en razón de la resistencia que ha encontrado en los probables compradores de la plantación de pinos que existe en el lugar, para instalar faenas de explotación en el predio, temerosos de verse involucrados en conflictos judiciales, situación que de no ser remediada con la declaración que solicita, le acarreará graves perjuicios en atención a que los pinos están en edad de ser explotados, pasado lo cual no serán útiles para transformarlos en celulosa, cual es el producto que conviene obtener de ellos y para lo cual fueron plantados".[586]

Sin duda que en la búsqueda de este equilibrio puede ser de gran utilidad para el juzgador analizar la importancia pecuniaria comparativa de los derechos que cada parte reclama, la proporción de los patrimonios en disputa e incluso la actuación que en el proceso han mostrado las partes. Estos elementos, unidos a aquellos relativos a la mayor o menor solidez de los argumentos de las partes, pueden mostrarle qué medida o medidas son las más idóneas y bajo qué resguardos debe (puede) concederlas.

4.2. *Responsabilidad*

6.19. Existe relativo consenso en la doctrina nacional y comparada en que las medidas cautelares se conceden por cuenta y riesgo de

[585] Fallos, Nº 450 (1996), pp. 948 y 949. También sobre este particular los tribunales chilenos han señalado que "la designación de depositario en cuyo poder quedarían todos los bienes de las partes y de la sociedad conyugal, no parece prudente [...] y no encuadraría tampoco en el sistema establecido por nuestro Código de Procedimiento Civil, que ha querido que las medidas precautorias, en lo posible, no entraben las actividades ordinarias de los litigantes". RDJ, t. XXXVI (1939), parte segunda, sec. 2ª, p. 5.

[586] Rol 4.610-78, de 29 de abril de 1986. El fallo del tribunal fue declarar que "la medida precautoria decretada en autos sólo afecta al bien raíz propiamente tal y no a las siembras, cultivos o plantaciones que se accedan".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

quien las solicita.[587] Esta fue la idea que precisamente inspiró nada menos que el primer proyecto de ley en el que se intentó reglamentar esta materia. Recordemos que en 1871 Blest Gana había señalado:

> Ya que sancionábamos las providencias precautorias, era lógico que procuráramos evitar el abuso y reparar, en lo posible, los males injustificables que producirían solicitándose y obteniéndose sin que exista un verdadero derecho que garantizar. Nuestro sistema admite las medidas de precaución únicamente en calidad de provisorias, y a falta de otras seguridades. *El que las obtiene obliga su responsabilidad para indemnizar los perjuicios que ocasione; y ellas deben cesar en el momento que se ofrezcan otras seguridades.*[588]

6.20. En la práctica, sin embargo, por diversos motivos esta responsabilidad del actor tiende a diluirse. La sensación que se tiene a este respecto es que ante el cúmulo de dificultades que encuentran los demandados para materializar esta responsabilidad se conforman sólo con el alzamiento de la medida, no persiguiendo la indemnización de perjuicios que la medida les pudo haber provocado. En el derecho inglés la concreción de esta responsabilidad al momento de indemnizar los perjuicios que la medida cautelar ha causado al demandado presenta innumerables inconvenientes.[589] En el derecho

[587] Recordemos que las doctrinas española y chilena del siglo XIX eran absolutamente conscientes de esta situación. Así, MANRESA y REUS observaban hacia 1861 que "la razón y la equidad aconsejan que se asegure también la indemnización de los perjuicios que puedan ocasionarse al supuesto deudor para el caso de que aquel [el demandante] hubiese pedido sin derecho. Para este caso y con el objeto de conciliar los intereses del acreedor y del deudor, previene el art. 932 que el embargo sea de *cuenta y riesgo* del que lo pidiere, esto es, que se practique a sus costas, y que quede responsable a la indemnización de los perjuicios que por haberlo pedido sin razón puedan ocasionarse; y que si este no tiene responsabilidad conocida, le exija el juez para decretarlo, fianza bastante a responder de dichos perjuicios". *Ley de enjuiciamiento civil*, t. IV, Madrid, 1861, p. 245. Por su parte, LIRA señalaba que como la medida era decretada "bajo la responsabilidad del solicitante, conviene pedirla provisionalmente, esto es, para mientras se presta fianza suficiente que asegure las resultas del juicio. La responsabilidad que, en virtud de este decreto [el que concede la retención], contrae el demandante no puede ser otra que la de indemnizar los perjuicios injustos que la retención irrogue al demandado y especialmente las que provengan de la insolvencia futura de la persona en cuyo poder se hace la retención". *Prontuario de los juicios*, 5ª ed., t. I, Santiago (Chile), 1895, p. 197.

[588] *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. IX. De allí que se hubiere dispuesto en dicho proyecto que "Siempre que se decrete alguna providencia precautoria, se entiende que es bajo responsabilidad del solicitante, quien quedaba obligado al abono de los perjuicios que de ella resultan, en caso de no obtener en el juicio". Ídem, p. 6. Esta disposición, como se sabe, no fue incorporada finalmente en el CPC.

[589] ZUCKERMAN argumenta que en los casos en que el demandado tiene éxito en revocar la medida provisional decretada *ex parte* "puede encontrar dificultades a la hora de ser resarcido en los daños que ha sufrido en el intertanto. No obstante

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

procesal chileno la situación es aun más compleja porque, por una parte, no existe una disposición legal que establezca positivamente esta responsabilidad como sí acontece en otros ordenamientos jurídicos y, por la otra, los tribunales al conceder una medida cautelar no tienen por regla general la obligación de exigir que el actor otorgue una caución que garantice la indemnización de los eventuales perjuicios que la medida ocasione al demandado.[590]

Frente a la ausencia de una normativa legal específica en esta materia, el tema crítico, según ya lo adelantamos, consiste en establecer si la responsabilidad de quien pide una medida cautelar lo es por esta sola circunstancia, esto es, por el solo hecho de solicitar al tribunal que le otorgue una medida que resguarde su pretensión o si, más bien, su responsabilidad proviene del hecho de solicitar la medida en forma temeraria o abusiva. En otras palabras, el tema se centra en determinar si la petición de buena fe de una medida cautelar que posteriormente es cancelada puede generar responsabilidad civil para el solicitante de la misma, en la medida, obviamente, que esta produzca un perjuicio en el deudor.[591]

6.21. En este sentido, no puede olvidarse que quien acude a los tribunales de justicia y solicita en resguardo de su pretensión una

que él puede invocar el compromiso del demandante de indemnizarlo *(the plantiff's undertaking in damages)* y reclamar por esta compensación, puede encontrar que los tribunales son más bien reacios a investigar, en la fase provisional, si ha habido negligencia en el deber de información *(culpable non-disclosure)* al conceder *ex parte* la medida. Incluso, en aquellos casos en que la responsabilidad del demandante haya sido establecida hay una preferencia para posponer la investigación de los perjuicios hasta la fase de sentencia. Lo anterior, en la práctica, reduce considerablemente la probabilidad del demandado de obtener una compensación, como quiera que la mayoría de los pleitos no alcanzan la fase de sentencia". *Quality...*, ob. cit., p. 369.

[590] Desde la perspectiva del análisis económico de la tutela provisional CARRASCO identifica tres grandes deficiencias en nuestra legislación: "(a) La omisión en el establecimiento de una regla óptima de responsabilidad; (b) La excepcionalidad de la regulación de la caución, y (c) la inexistencia de un procedimiento especial de liquidación de daños y perjuicios". CARRASCO, *Análisis económico del derecho de la tutela cautelar...*, ob. cit., pp. 111 y 112.

[591] Lógicamente el tema puede ser abordado desde una perspectiva más amplia. Uno puede preguntarse si al interior del proceso judicial es factible condenar a una parte a pagar alguna indemnización más allá de las costas judiciales. ¿La condena en costas excluye cualquier otra indemnización en nuestro derecho procesal? Como sabemos en general en el sistema nacional es suficiente con haber tenido algún motivo suficiente para litigar para que ninguna parte sea condenada a pagar las costas de la contraria.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

medida cautelar lo hace en ejercicio de un derecho que el propio ordenamiento jurídico le reconoce. Si además, el juez accede a su solicitud por entender que *prima facie* esta aparece revestida de fundamento plausible, no parece tan razonable que posteriormente se lo pretenda responsabilizar de lo que en definitiva fue una decisión del tribunal. Perfectamente puede ocurrir que en las particulares circunstancias que se tuvieron presente cuando se concedió la medida cautelar esta hubiere sido correctamente ordenada y sólo en virtud de posteriores circunstancias ella hubiere sido alzada. En el derecho inglés la orden de una medida provisional no constituye en sí misma una violación de los derechos del demandado, ni tampoco los actos que se realicen en cumplimiento de esta orden. En este sentido, la medida cautelar no es considerada ilegal cualquiera que sea la decisión que el tribunal posteriormente adopte en la vista oral a menos que haya sido obtenido de mala fe. Al respecto SPRY, refiriéndose al compromiso que debe asumir el actor de indemnizar los perjuicios que la medida cautelar cause en el demandado, señala que "en las particulares circunstancias la medida provisional puede haber sido correctamente otorgada y sólo en virtud de posteriores circunstancias resulte inapropiado ratificarla como definitiva. Otras consideraciones también pueden ser relevantes y todas las materias relacionadas con la justicia o injusticia de ejecutar el compromiso deben ser tenidas en consideración".[592]

En principio, por tanto, frente a la ausencia de una norma expresa quien solicita y obtiene una medida cautelar ejerciendo un derecho que la ley procesal le reconoce no es responsable de los perjuicios que la medida ocasione al demandado si esta posteriormente fuere alzada.[593] Quien sufrió los daños tiene que internalizarlos como un costo más que debe pagar producto de tener un sistema judicial que necesita, para su mejor funcionamiento, de las medidas cautelares.

[592] *The principles of equitable remedies*, 5ª ed., Reino Unido, 1997, p. 656.

[593] En el fondo, si se piensa la situación no es tan distinta respecto de los costos que debe asumir el sujeto pasivo dentro del juicio ejecutivo. Basta la presentación de un título ejecutivo para que se despache mandamiento de ejecución y embargo, sin que se otorgue ni exija ningún tipo de caución a su respecto. No se crea que todos estos juicios son ganados por quien demanda; sin ir más lejos, el demandado puede oponer 18 excepciones, una de ellas de carácter genérico: "falta de requisitos para que el título tenga fuerza ejecutiva". ¿Se ha pensado alguna vez en indemnizar al demandado que obtuvo sentencia absolutoria por los perjuicios que el embargo ejecutivo le pudo ocasionar? La respuesta ha sido invariablemente negativa. Si se repara la diferencia obviamente no está en los daños que se pueden ocasionar con la medida cautelar, en un caso, y con el embargo ejecutivo, en el otro, sino en el grado con que se acredita frente al juez un derecho y otro.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

lares.[594] Al respecto, los tribunales chilenos aplicando la concepción clásica de la responsabilidad por culpa han señalado que "por regla general, con el ejercicio de un derecho que las leyes franquean no se ofende ni se infiere injuria a otra persona, siendo necesario para hacer responsable al que ejercita este derecho por los daños causados que se acredite que se obró ilícita o culpablemente, según los términos del artículo 2284 del Código Civil". Agregando en seguida que "esta prueba, necesaria para fundar en ella los perjuicios que se reclaman, no se ha rendido por el demandante, *sin que pueda decirse que es bastante el hecho de que los demandados perdieron el pleito en que incidió la retención de las mil libras esterlinas, ya que no puede afirmarse que el litigante que pierde un pleito ha carecido de motivos plausibles para litigar*, siendo indispensable para que tal afirmación pueda hacerse que se haya declarado expresamente en la sentencia que el litigante ha seguido el juicio sin razón derecha para ello [...], y que hubiera sido condenado expresamente en las costas por haber promovido un pleito injusto".[595] Incluso más, sabemos que en el derecho chileno las medidas cautelares son esencialmente provisionales, que el juez puede dejarlas sin efecto en cualquier momento y que el demandado puede pedir también en cualquier instante la sustitución de las mismas otorgando la respectiva caución.[596]

6.22. La situación anterior no tiene por qué ser una regla absoluta. Los tribunales en el momento de tomar una decisión sobre la aplicación del principio que estamos estudiando deben analizar el comportamiento que ha tenido el demandante, observar el interés que ha mostrado en el progreso de la causa, estudiar especialmente cuál ha sido la conducta que ha tenido con posterioridad a la concesión de la medida, inclusive, plantearse preguntas como las siguientes: ¿Cuánto tiempo llevan las medidas decretadas? ¿Cuánto ha durado el juicio? ¿Qué perjuicios se han ocasionando al deman-

[594] La otra opción es que la sociedad toda asuma este costo haciendo responsable al Estado por mal funcionamiento de los tribunales de justicia y en este caso concreto, por error en la decisión del juez de conceder la medida. En Chile, en todo caso, las hipótesis de responsabilidad del Estado por error judicial son limitadas.

[595] Gaceta de los Tribunales (1904), 1er semestre, Nº 820, p. 1002 (el destacado es nuestro).

[596] Al respecto, en el mismo fallo referido en la nota anterior se señala: "Que, por otra parte, si bien el demandante ha probado que ha sufrido perjuicios con la retención de las mil libras esterlinas, tuvo en sus manos evitarlo, porque estaba autorizado por una resolución judicial para sustituir la retención por una fianza y, si no lo hizo, no puede legalmente reclamar por las consecuencias de un hecho que pudo no existir si él hubiera querido". Ídem, p. 1002.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

dado?[597] Este análisis puede conducir al tribunal a la conclusión de que el demandante ha perdido interés en la causa, que desea mantener las medidas sólo como arma de presión en contra de su oponente y que, por lo tanto, ya no lo guía un interés legítimo siendo, en consecuencia, responsable de los daños que su conducta cause al demandado.

6.23. De allí que los tribunales han ordenado el alzamiento de medidas decretadas si se demuestra que su subsistencia ha llegado a producir un perjuicio indebido para el demandado. Así, la Corte Suprema ha señalado que las medidas precautorias de que trata el título V del libro II del CPC "se encuentran vinculadas de manera directa a la acción ejercida por el demandante, y al interés de este por mantenerla procesalmente en permanente y progresiva actividad con el fin último de obtener el beneficio jurídico perseguido por ella". Enseguida la Corte Suprema analiza cuál ha sido la conducta que el demandante ha observado en la sustanciación del juicio:

> Que del examen de los autos tenidos a la vista, y como ya antes se expresó, la referida demanda de nulidad se interpuso hace ya más de seis años, sin que el demandante haya insistido regularmente por la práctica oportuna de los diversos trámites del juicio ni por la realización normal de las diligencias procesales adecuadas según su naturaleza, observándose del mencionado expediente que este se ha paralizado en diversas ocasiones y por prolongados períodos, sin la práctica de los trámites indispensables necesarios para darle término, todo lo cual demuestra un desinterés jurídico por parte del actor en el resultado de su acción.

Concluyendo el máximo tribunal chileno que:

> De los razonamientos precedentes, y en especial del ya expresado desinterés del demandante en el progreso de su acción, se desprende que la subsistencia en el tiempo de los efectos propios de las antedichas medidas precautorias ha llegado a constituir un perjuicio indebido para el demandado, en razón de lo cual ha sido procedente disponer el alzamiento pedido por este.[598]

En estos casos, podría ser conveniente que los tribunales además declaren expresamente el derecho que tiene el demandado a ser indemnizado. Si se ha acreditado una actuación negligente del actor a quien se ha concedido una medida cautelar, él debe responder

[597] Recordemos que la Cámara de los Lores de Inglaterra *(House of Lords)* ha sostenido que los tribunales tienen competencia para desestimar una demanda cuando se produce un abuso en el proceso, si el demandante no tiene ninguna intención de concluir el pleito. *Grovit v. Doctor* [1997] 2 *All E. R.*, pp. 417 y ss.

[598] Gaceta Nº 98 (1988), p. 18.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

por los perjuicios ocasionados ya que no es razonable, en este caso, hacer recaer la carga económica que la medida conlleva en quien no ha obtenido ningún beneficio, sino por el contrario más de algún perjuicio y que, además, ha demostrado lo negligente de la actuación del actor. Y en este punto tiene razón CARRASCO al expresar que se necesita de un procedimiento expedido para materializar esta responsabilidad. Refiere: "Se hace necesario, entonces, que el legislador establezca un sistema incidental de cobro de perjuicios, y que disponga que la resolución que establezca el alzamiento de las medidas cautelares (ya sea definitiva, cuando resuelva el conflicto sobre el fondo o interlocutoria, cuando por ejemplo se alza por variación de las circunstancias) determine la condena previa del demandante, quedando solo por discutir la existencia y monto de los daños".[599]

6.24. En el sistema procesal chileno existe una disposición que expresamente reconoce la responsabilidad que tiene el demandante en la solicitud y concesión de una medida cautelar. En este caso, explícitamente se prevé la posibilidad de aplicar el principio en estudio y que el demandante indemnice los daños ocasionados por la medida decretada. Nos referimos al art. 280 del CPC que dentro del título de las medidas prejudiciales precautorias señala en el inc. 1º: "Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior [de conceder la medida prejudicial precautoria], deberá el solicitante presentar su demanda, en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta treinta días por motivos fundados". Agregando en su inc. 2º: "Si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento".

La norma puede aparecer "revolucionaria" teniendo presente el tiempo en que se redactó; asimismo, destaca lo drástico de su composición al señalar que si el futuro demandante no cumple con

[599] CARRASCO, "Análisis económico del derecho a la tutela cautelar...", ob. cit., p. 113. Puede haber alguna imprecisión técnica. El tribunal no puede determinar la condena previa del demandante porque no hay daño, ni causalidad probados. Habría prejuzgamiento. Es más razonable permitir que el futuro actor (quien sufrió los perjuicios) demande incidentalmente la reparación de los daños y que en dicho incidente pruebe su monto y la causalidad (responsabilidad objetiva); y la culpa si estamos frente a este último régimen.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

las dos cargas procesales que le impone la norma o si el tribunal no mantiene como precautorias las medidas que antes concedió como prejudiciales, *por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento.* Como se aprecia, la norma no deja dudas sobre la aplicación del principio en estudio, esto es, el derecho que le asiste a quien ha debido soportar una medida prejudicial precautoria de ser indemnizado y confirma que el actuar de mala fe del actor lo hace responsable de los daños ocasionados. Sobre este particular volveremos cuando estudiemos en detalle las medidas prejudiciales precautorias.

En resumen, la aplicación de este principio busca establecer criterios que ayuden a determinar quién debe soportar la carga económica que toda medida cautelar conlleva. Frente a la falta de una norma específica en el ordenamiento procesal chileno –con excepción de la norma recién vista–, no es razonable establecer *a priori* una respuesta rígida, de todo o nada, haciendo siempre responsable de estos perjuicios al demandado, al demandante o la sociedad a través de la responsabilidad del Estado por error judicial. Resulta mucho más lógico que sean los propios jueces quienes analizando las particulares circunstancias que han rodeado a la causa y teniendo muy presente el comportamiento que han desarrollado las partes, determinen en definitiva en quién va a recaer esta carga económica. En el fondo, mantengo como premisa en esta materia la aplicación del régimen de responsabilidad por culpa que, como se sabe, exige para que el daño se indemnice un actuar negligente o ilícito del actor (art. 2314 del CC). Un régimen de responsabilidad objetivo que hace responsable al actor por el solo hecho de pedir una medida cautelar no me parece razonable en esta específica área del derecho, no al menos como regla de general aplicación.[600]

[600] Partidario de un régimen general de responsabilidad objetiva en esta materia es PODETTI, *Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires, 1969, pp. 160-168. En Chile parece inclinarse por este sistema CARRASCO. Digo parece porque la redacción de su trabajo me produce algunas dudas. El referido autor habla de un sistema de *responsabilidad eficaz* (p. 108), o de un régimen *correcto de responsabilidad* (p. 109). Después habla de un régimen de *responsabilidad objetivo* pero supeditado a ciertas reglas de procedimiento que lo hagan efectivo (p. 109). Más adelante, en una síntesis de sus observaciones, exterioriza: "El solicitante de una medida cautelar *incorrectamente* solicitada, se hará responsable *objetivamente* de los perjuicios que ocasiona la tutela provisional [...]". (Énfasis añadido). CARRASCO, "Análisis económico del derecho a la tutela cautelar...", ob. cit., p. 110. La duda en cuestión lo plantea el uso de la voz *incorrectamente*. ¿A qué se refiere con el calificativo incorrecto? ¿Una medida cautelar *correctamente* solicitada no genera responsabilidad en el peticionario

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

6.25. En este sentido no me parece recomendable el sistema adoptado por la LEC y el existente en el derecho mexicano.[601] Es bien sabido que un régimen de responsabilidad objetiva se aplica respecto de quien crea un riesgo especial y obtiene un beneficio de esta situación. Nadie discute que en materia de medidas cautelares sí hay un beneficiado este es el solicitante de la misma. Él, podríamos decir, es el único "beneficiado" del sistema. Pero este sujeto ¿no debe acaso solicitar esta medida por lo ineficiente del aparato judicial? ¿No están todos de acuerdo en que en un sistema procesal *ideal* las medidas cautelares no tienen cabida? ¿Es que se va a sostener ahora que el solicitante de una medida cautelar crea un riesgo similar al que producen las compañías aéreas o que obtiene un beneficio similar al que obtienen las empresas de transporte? Si hoy en día se acude cada vez más a este tipo de medidas es porque cada día los sistemas judiciales son más ineficientes, incluidos los de los países más desarrollados. ¿Por qué entonces hacer siempre responsable de los perjuicios que se causen con la medida al sujeto activo de la relación siempre y en todo caso? Los motivos por los cuales puede dejarse sin efecto una medida cautelar son muchos y variados y es perfectamente posible que una medida bien concedida haya devenido posteriormente en superflua, ¿por qué habría de responder el actor de los daños producidos en este caso? Creo que sin un juicio de reproche a la conducta del solicitante de la medida no debiera haber responsabilidad en la concesión de una medida cautelar, no al menos de este sujeto. Creo que la doctrina de la culpa es la que mejor encuadra aquí. Por otra parte, la doctrina del abuso de de-

de la misma? Si la respuesta a la última interrogante fuere afirmativa parece que no estamos frente a un régimen de responsabilidad objetivo, no al menos como lo entiende la doctrina civil. *Vid.* por todos BARROS, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 27-32.

[601] En efecto, el art. 247 del Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal señala: "De toda providencia precautoria es responsable el que la pida; por consiguiente, son de su cargo los daños y los perjuicios que se causen". El mismo contenido puede verse en el artículo 1182 del Código de Comercio a propósito de los juicios mercantiles. Por su parte, la LEC dispone en el art. 728 lo siguiente: "[...] Caución [...]. 3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

recho, como ha explicado BARROS,[602] requiere de un actuar doloso o de una completa desproporción. De allí que no me queda muy claro por qué deba responder siempre quien solicita una medida. Sin dolo, culpa ni desproporción estamos frente a un uso legítimo de un derecho que no debería producir responsabilidad.

5. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN

6.26. La aplicación de las medidas precautorias no es automática en el sentido de que, solicitadas por el demandante el juez tenga necesariamente que otorgarlas. Por regla general, para poder concederlas se requiere de la concurrencia de determinados presupuestos que, tradicionalmente, han sido recogidos en las expresiones latinas *periculum in mora* y *fumus boni iuris*. A ellos se suele agregar por la doctrina un tercer requisito constituido por la *caución* o *contracautela*, que debe otorgar quien solicitó la medida precautoria, a efectos de garantizar el pago de los eventuales perjuicios que la concesión y ejecución de la medida pueda causar al patrimonio del demandado.[603]

Todos estos elementos deben ser probados por el solicitante de la medida. Él tiene la carga de la prueba de acreditar cada uno de los presupuestos de aplicación de estas medidas. La redacción de los artículos pertinentes es muy clara y los tribunales así también

[602] *Vid.* "Límites de los derechos subjetivos privados", en Revista de Derecho y Humanidades, Nº 7 (1999), Facultad de Derecho, Universidad de Chile, separata.

[603] Véase como la LEC recoge expresa y didácticamente esta situación. Así señala el art. 728: "Peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución. 1. Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria [...]. 2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios. 3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida. La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado tercero del artículo 529".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

lo han entendido. La Corte de Apelaciones de Arica el año 2011 señaló sobre este punto:

> La aplicación de las medidas precautorias no es automática en el sentido de que, solicitadas por el demandante, el juez tenga necesariamente que otorgarlas. Es preciso determinar, previamente, la concurrencia de los presupuestos generales de procedencia y, luego, de los particulares señalados por la ley para cada medida. Que, en consecuencia, para que el tribunal *a quo* concediera la medida cautelar solicitada era preciso que el peticionario fundara de un modo solvente su pretensión de tutela provisional y la apoyara en antecedentes serios. Por una parte, debe acreditar, al nivel de la presunción grave, la apariencia de buen derecho y, de otro lado, debe demostrar la necesidad de cautela que, en el caso específico de que se trata, la ley hace consistir en el peligro que genera en la obtención de la pretensión del actor la falta de garantía que ofrezcan las facultades económicas del demandado. *La carga de la prueba, en ambos aspectos, recae sobre el solicitante de la medida asegurativa, de modo que si no cumple con tal obligación debe sufrir las consecuencias jurídicas adversas que ello conlleva.*[604] (Énfasis añadido).

Lo anterior evidentemente sin perjuicio de que el demandado también pueda, si así lo desea, aportar alguna prueba para acreditar, por ejemplo, que su situación económica es solvente o que la cosa sobre la cual se litiga no va a sufrir ningún deterioro en su poder.

5.1. *El peligro en la demora*

6.27. Según hicimos notar ya en 1812 el legislador español había definido el peligro en la demora en términos muy similares a como la doctrina italiana, mucho tiempo después desarrollaría. Así, en el art. 4, del Reglamento de Tribunales dado por las Cortes de Cadiz el año 1812, estableció que "si la demanda ante el alcalde conciliador fuese sobre retención de efectos de un deudor que pretenda substraerlos, o sobre interdicción de obra nueva, u otras de igual urgencia, y el actor pidiere al alcalde *que desde luego provea provisio-*

[604] Corte de Apelaciones de Arica, rol Nº 48-2011, 16 de febrero de 2011. Es gratificante comprobar que el redactor del fallo ha tenido presente nuestro libro al redactar esta sentencia. Solo he de lamentar que en la misma no exista mayor mención del mismo. Lo mismo en un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Coihaique: "Que, para lo que ha de resolverse, conviene tener presente que la concesión u otorgamiento de las medidas precautorias no es automática en cuanto a que, solicitadas por el futuro demandante el Juez tenga necesariamente que otorgarlas, por cuanto la regla general es que para poder concederlas se requiere la concurrencia de determinados presupuestos conocidos con las expresiones latinas *periculum in mora* y *fumus boni iuris* [...]", (c. 4º). Corte de Apelaciones de Coyhaique, 23 de junio de 2015. Cita online: CL/JUR/3596/2015.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

nalmente para evitar los perjuicios de la dilación, lo hará así el alcalde sin retraso y procederá inmediatamente a la conciliación.[605]

La medida cautelar requiere para ser concedida la existencia de un peligro inminente de daño jurídico. A causa de esta situación la medida cautelar debe ser expedida sin demora, porque de lo contrario el daño temido puede transformarse en un daño efectivo. En este sentido tiene razón ROCCO cuando afirma que el *periculum* no consiste, como expresa CALAMANDREI, en "el peligro del retardo de la providencia definitiva, sino en la posibilidad de que en el período de tiempo necesario para la realización de los intereses tutelados por el derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, se verifique un evento, natural o voluntario, que suprima o restrinja tales intereses, haciendo imposible o limitado su realización por medio de los órganos jurisdiccionales".[606]

Ahora bien, como ha puesto de relieve la doctrina italiana,[607] la configuración de este *periculum in mora* es diferente según la función que desempeñe la medida cautelar. En este sentido, se habla de *peligro de infructuosidad* y de *peligro de tardanza* o *de retardo*;[608] en efecto, en algunas ocasiones lo importante es que la medida cautelar asegure de manera pronta la existencia de bienes o de la cosa objeto de la demanda en vista de la futura ejecución. En otras, en cambio, la medida

[605] En el caso italiano CALAMANDREI siguiendo a FINZI, señala que el *periculum in mora* es "el peligro del ulterior daño *marginal* que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del proceso ordinario". *Introducción...*, ob. cit., p. 42. Definición que ha sido seguida en forma casi unánime por las doctrinas española y chilena.

[606] ROCCO, *Tratado...*, ob. cit., p. 77.

[607] CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., pp. 71 y ss. PROTO PISANI señala a este respecto: "Per comprendere i molti contenuti che i provvedimenti cautelari possono assumere, occorre distinguere due diverse specie di *pericula in mora* che la tutela cautelare può essere chiamata a neutralizzare: a) il c.d. pèricolo da infruttuosità del provvedimento a cognizione piena, b) il c.d. pericolo da tardività del provvedimento a cognizione piena". *Lezioni di diritto processuales civile*, 2ª ed., Nápoli, 1996, p. 660. TARZIA, refiriéndose a la distinción de CALAMANDREI de peligro de infructuosidad y peligro de tardanza, ha observado que "si tratta, anche qui, di una distinzione che e divenuta patrimonio comune della nostra dottrina". "La tutela cautelare", en *Il nuovo processo cautelare*, a cura de Giuseppe TARZIA, Padova, 1993, p. XXVI.

[608] En España acepta este criterio, entre otros, CALDERÓN CUADRADO: "No es ajeno que este presupuesto tradicionalmente se equiparaba al peligro de infructuosidad. Como es lógico tal concepción no encontraba acomodo en las medidas cautelares anticipatorias de ahí que se plantearan dudas respecto a su aceptación. Sin embargo, en la actualidad parece avanzar con fuerza otra interpretación que amplía el concepto de *periculum in mora* al también peligro de tardanza cuyos riesgos sí parecen evitar cautelas de esta naturaleza". *Las medidas...*, ob. cit., pp. 76 y 77. En este mismo sentido *vid.* JOVÉ, *Medidas...*, ob. cit., p. 59.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

cautelar lo que busca es acelerar provisoriamente la satisfacción de la pretensión deducida, porque de esperarse el completo desarrollo del juicio se pueden producir en el demandante perjuicios graves.

Así, puede ocurrir que el sujeto activo esté dispuesto a esperar el largo y tedioso camino de la tutela ordinaria, pero quiere tener la certeza de que cuando llegue el momento de ejecutar su crédito exista un patrimonio donde cumplirlo o que la cosa reclamada no va a sufrir deterioro alguno; en estos casos el sujeto activo se conformará, por ejemplo, con una prohibición de celebrar actos o contratos o con el secuestro de la cosa objeto de la demanda. Pero hay otras situaciones en las que la sola espera del desarrollo completo del procedimiento puede ser la precisa causa del daño para el sujeto activo de la relación procesal. Piénsese, por ejemplo, en el sujeto que tiene una planta procesadora de alimentos y le suspenden el suministro eléctrico. Mientras se discute si es o no legítima dicha suspensión, el sujeto afronta el peligro de perder todas sus materias primas y sufrir importantes daños. En estos casos de poco le servirá una sentencia que, por ejemplo, un año después declarare que la suspensión del servicio eléctrico fue ilegal.[609] Lo mismo sucede en situaciones más dramáticas de violencia doméstica o de alimentos. En estas situaciones una medida cautelar que ordene provisionalmente la reposición del servicio eléctrico, o la separación del agresor o el pago de alimentos mientras se discute el fondo de la materia (si el corte fue ajustado o no a derecho, si hubo o no violencia doméstica o si se deben o no los alimentos) evitará el peligro de que la sentencia definitiva sea inútil por haberse producido perjuicios de difícil reparación.

5.1.1. Configuración del peligro en la demora en el derecho procesal civil chileno

A. Peligro de infructuosidad

6.28. Conviene advertir, tal como lo pone de manifiesto ORTELLS,[610] que al intentar concretar en las normas positivas la idea de *periculum*

[609] En el entendido que el sujeto desea continuar con su negocio y no solicitar una indemnización de perjuicios posterior. Pero, incluso, en muchas situaciones una indemnización tampoco es suficiente. Si el sujeto del ejemplo producto del corte de suministro eléctrico no pudo cumplir sus obligaciones y por ello es declarado en quiebra, el daño patrimonial puede ser muy grande, pero el daño de su imagen puede ser irreversible. Tal causa se presentó en Chile y fue resuelta en los términos señalados a través del recurso de protección.

[610] ORTELLS, *El embargo...*, ob. cit., p. 40.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

in mora como presupuesto de las medidas cautelares, es necesario efectuar alguna matización a su respecto. En este sentido, si el peligro de infructuosidad está constituido por la temida desaparición de los bienes para la ejecución de la sentencia definitiva, quiere decir que el factor tiempo –la excesiva duración del proceso– no es la causa única de que se frustre la futura ejecución de la sentencia. En estos casos el legislador tipifica determinadas conductas del deudor o una específica situación de su patrimonio, como elementos configuradores de este peligro. En este evento el *periculum in mora* se convierte en un presupuesto que el actor debe probar para que el juez pueda conceder la medida cautelar.[611] Esta verificación está a cargo del juez que conoce de la causa principal quien en cada caso concreto de acuerdo con las probanzas del actor establecerá si concurre o no dicho peligro. Así, tratándose de las específicas medidas precautorias contenidas en el art. 290 del CPC, el legislador ha tipificado básicamente dos situaciones de concreto peligro: (i) por un lado, la insolvencia del deudor como causa directa de la frustración de la resolución principal y, por el otro, (ii) la actitud que observe el demandado respecto de los bienes materia del juicio como causa, también, de dicha frustración. Situaciones que provienen de la concepción que en el siglo XIX, si no antes, existía sobre las medidas provisionales de seguridad.

En los términos señalados, para conceder la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados del demandado se requiere que *sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio* (art. 296 CPC); para el caso de la retención sobre bienes que no son materia del juicio, se exige que las facultades del demandado *no ofrezcan suficiente garantía o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes* (art. 295 CPC). Asimismo, para el nombramiento del interventor judicial cuando se reivindica un inmueble se necesita que *hubiere justo motivo de temer el deterioro de la cosa o que las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía* (art. 293 Nº 1 en relación con el inciso 2º del art. 902 del CC). Finalmente, para el caso del secuestro cuando se reivindique una cosa corporal mueble se necesita que *hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor* (art. 901 del CC).

611 En este sentido QUEZADA observa que "el peligro de daño jurídico por el retardo de la sentencia final, se concreta –realmente– por cierta situación o actitud del demandado. Estas son las que, en definitiva, pueden frustrar o menoscabar los derechos del demandante que se reconozcan en la sentencia, como la insolvencia o la mala fe del demandado, expresada esta última en su intención de destruir u ocultar la cosa litigiosa". *Medidas prejudiciales...*, ob. cit., p. 119.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

De conformidad con esta concepción decimonónica del *periculum*, si el demandado no presenta problemas de solvencia económica en relación con la cuantía de la causa o si no hay peligro de deterioro o destrucción de la cosa demandada, no se configura a su respecto este presupuesto.[612] De allí que cada vez que se solicita a los tribunales la concesión de alguna de estas medidas es de ordinaria frecuencia que la primera alegación del sujeto demandado sea precisamente que su patrimonio no justifica la concesión de la medida. En este sentido, se ha argumentado que no procede la retención decretada porque las "facultades económicas ofrecen garantía suficiente para asegurar el resultado del juicio en atención al patrimonio de la misma".[613] En la práctica los tribunales chilenos cada vez que el actor no ha probado este elemento normativo han desechado las medidas solicitadas. En este sentido se ha resuelto:

> Que según lo dispuesto en el artículo 285 del CPC, las medidas precautorias de que se trata pueden decretarse cuando las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía o hubiere motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes; y de los antecedentes traídos a la vista no consta ninguna de esas circunstancias ni hay motivos graves y calificados que puedan presentarse posteriormente.[614]

612 ROJAS, refiriéndose a este *periculum*, observa que "en la realidad jurídica, no se presentará en la totalidad de los procesos. En efecto, el peligro de daño para el actor, o en otras palabras, el justo temor de ver frustrados los efectos de la futura sentencia, existirá únicamente con caracteres de efectividad cuando quien litigue como demandado en el juicio reúna condiciones tales de incapacidad económica o de insolvencia que permitan colegir la posibilidad de que el demandante pueda quedar burlado en sus derechos". *Las medidas...*, ob. cit., p. 91. ANABALÓN, por su parte, expresa: "De modo, pues, que las medidas precautorias no han de decretarse en los casos siguientes: a) cuando el deudor o demandado fuere notablemente solvente, esto es, tuviere bienes en cantidad más que suficiente para responder a las resultas del juicio; b) cuando por su condición jurídica, seriedad y prestigio, en todo caso, no pudiere sospecharse que hará desaparecer u ocultar sus bienes; [...]". *El juicio...*, ob. cit., p. 66. En este sentido, las medidas cautelares tradicionales se encuentran en íntima armonía con las acciones de reintegro del patrimonio, como, por ejemplo, la acción pauliana. Ambas persiguen la existencia de un patrimonio donde cumplir la futura ejecución forzosa. Pero operan en momentos distintos. Mientras las medidas cautelares pretenden evitar que el patrimonio se disperse, la acción pauliana busca recomponer el patrimonio ya disperso. A ellas podemos agregar los derechos reales de prenda e hipoteca, que buscan asegurar, antes de que exista cualquier conflicto, la existencia de bienes en vista de la futura ejecución. Las tres instituciones, como hemos visto, operan en tiempos diferentes pero con fines muy similares.

613 RDJ, t. XCIV (1997), segunda parte, sec. 1ª, p. 1.

614 RDJ, t. XXXIX (1942), segunda parte, sec. 1ª, p. 237.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Este mismo criterio se ha aplicado tratándose de organismos públicos, los que a juicio de los tribunales son de notoria solvencia:

> Que, en todo caso, cabe tener presente que el demandado, la Corporación de Fomento a la Producción, es un organismo estatal de pública y notoria solvencia, lo que aseguraba a su contraparte, desde el inicio de su demanda, las resultas del juicio, de manera que no se justificaba conceder la precautoria en la forma dispuesta por el tribunal *a quo*.[615]

En el mismo sentido y tratándose de municipalidades se ha resuelto:

> Que la medida precautoria decretada contra la municipalidad de Última Esperanza es la de retención de dinero en poder de un tercero, medida que procede –según la ley– cuando las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía, o hubiere motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes; Que ninguna de las circunstancias anotadas anteriormente es dable sostener que concurran contra la demandada, tanto porque las facultades económicas de esa Corporación se renuevan anualmente por medio de las contribuciones, las cuales de sobra alcanzan a solventar la acción en caso de prosperar, cuanto porque su misma calidad de institución pública hace inverosímil un ocultamiento de bienes.[616]

Del mismo modo la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto:

> La continuidad y permanencia del servicio público, concepto que comprende a las empresas del Estado, significa que el Estado en cuanto personificación de la Nación, se encuentra obligado a mantener en funcionamiento la empresa pública mientras una ley no disponga su extinción. Por consiguiente, la empresa pública no puede entrar en insolvencia, sin que se altere toda la organización del Estado.
>
> En estas circunstancias resulta improcedente el otorgamiento de una medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos, respecto de una empresa del Estado, puesto que, por su naturaleza, responde de su solvencia el Estado mismo. [617]

[615] Gaceta, Nº 67 (1986), p. 50. Igualmente, tratándose de medidas prejudiciales precautorias se ha argumentado que "no puede considerarse que la Caja demandada no ofrezca suficientes garantías a los presuntos demandantes, dada la calidad de esa Institución y las funciones que desempeña como encargada del pago de las pensiones de retiro y montepío al personal de las fuerzas armadas de la República, antecedentes bastantes para estimar que se halla en condiciones de responder ampliamente a las obligaciones que contraiga". RDJ, t. XXXIII (1936), segunda parte, sec. 1ª, p. 71.

[616] RDJ, t. XXXIV (1937), segunda parte, sec. 1ª, p. 90. Estos argumentos, en verdad, más parecen obedecer a los privilegios que históricamente ha disfrutado el Fisco en Chile y que en el comienzo del nuevo milenio resultan irritantes y de dudosa constitucionalidad.

[617] RDJ, t. XCVII (2000), 2ª parte, sec. 2ª, p. 81.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Ahora bien, debe tenerse presente que cuando se piden medidas precautorias respecto de la cosa objeto del juicio, el legislador es menos estricto al momento de configurar el peligro de infructuosidad llegando, incluso, en algunas situaciones, a "presumirlo". Así, por ejemplo, tratándose de la medida precautoria de prohibición de celebrar actos o contratos si esta recae sobre los bienes en litigio, la opinión mayoritaria de nuestra doctrina señala que el demandante no necesita acreditar la insolvencia del deudor como requisito para la concesión de la medida; en este evento lo único que debe acreditarse es el *fumus boni iuris* representado, según veremos, por los comprobantes que constituyan presunción grave del derecho reclamado. La misma situación se produce con la retención de bienes que son materia del juicio (art. 295 inc. 1º del CPC). En esos casos, por el solo hecho de pedir que se asegure la cosa misma en disputa debe concederse la medida aun cuando a su respecto no exista ningún riesgo de deterioro o destrucción.

B. Peligro de tardanza

6.29. Tratándose, en cambio, del peligro de tardanza sabemos que él está constituido por la sola demora en satisfacer las necesidades del demandante. En estos casos lo urgente no es asegurar un conjunto de bienes debido a la precaria situación económica del demandado, o resguardar la cosa del riesgo de destrucción o deterioro en manos del deudor, sino satisfacer total o parcialmente, pendiente la resolución final del asunto, el derecho reclamado. Al decir de CALAMANDREI, en estos casos el *periculum in mora* deriva de la "prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiende en el juicio de mérito".[618] En estos casos lo curioso es que el legislador no exige, por lo general, que el actor pruebe su estado de necesidad, esto es, el concreto peligro que la medida busca evitar, sino que por la especial materia que se litiga hay, otra vez, una especie de presunción del mismo.[619]

[618] *Introducción...*, ob. cit., p. 72.

[619] Lo anterior es una técnica a la que el legislador nacional suele acudir. Así, por ejemplo, si vemos el proyecto que modifica la Ley de Propiedad Industrial (Nº 19.039, boletín 8183-03, 5 de marzo de 2012) apreciamos que luego de exigir en el art. 12 un concreto peligro, se establecen situaciones en las que él se presume (lo mismo sucede con el *fumus boni iuris*). "Artículo 112 B. El juez decretará como medida precautoria especial la suspensión del otorgamiento del registro sanitario de un producto farmacéutico por el plazo de hasta un año, en el caso de que exista una patente otorgada y vigente sobre el mismo principio activo anotada en el libro que a tal efecto llevará el Instituto de Salud Pública, incluido en el producto far-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Un ejemplo nítido de esta situación lo encontramos en la denuncia de obra nueva con la suspensión provisional de la misma. La sola presentación de la denuncia conlleva la inmediata suspensión de la construcción (art. 565 del CPC). Otro ejemplo de esta situación lo tenemos en la figura de los alimentos provisorios, en que el legislador parte del supuesto de que esperar el término normal del proceso sin satisfacer interinamente el derecho reclamado, puede ocasionar daños muy delicados al demandante. El legislador, como hemos dicho, no exige que el actor acredite esta última situación. Al respecto los tribunales nacionales han resuelto:

> Que el legislador al acordar los alimentos provisionales tuvo en vista la situación aflictiva *que en muchos casos* se produciría al demandante si tuviera que esperar el fallo definitivo que recayera en el litigio para empezar a disfrutar de la pensión alimenticia, *lo que no llenaría el fin que se persigue al interponer la acción de alimentos, cual es el de subvenir a las necesidades de una persona que carece de otros medios de subsistencia.*[620]

En otra ocasión señalaron:

> "Que, según se ha podido ver en la relación precedente, la infracción de los artículos 327 y 331 del CC y 197 del CPC, base del presente recurso, se habría producido por la circunstancia de haberse determinado que los alimentos provisorios demandados ejecutivamente a don Juan E. Lyon por su mujer doña Anny Mayne Nicholls, deben pagarse desde que fueron solicitados y no desde que pasó en autoridad de cosa juzgada el fallo recaído en la incidencia que se promovió al efecto dentro del litigio que ambos interesados siguieron sobre alimentos definitivos; (c. 1)
>
> Que el art. 327 dispone con toda nitidez que mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, puede el juez ordenar que se den provisoriamente, desde que en la secuela del juicio se le ofrezca fundamento plausible, y sería desacertada la interpretación que se le diera a dicho precepto si hubiera de entenderse que solo debe tomarse en consideración para la prestación de estos la fecha en que quede ejecutoriada la correspondiente sentencia y no aquella en que se pidan, pues si así fuere, bastaría acudir a expedientes dilatorios para que fracasara, por completo, *el claro propósito del legislador en orden a proveer, con toda urgencia, a la satisfacción de las necesidades del alimentista, durante el tiempo en que se dilucida la acción que se ha visto precisado a entablar por la difícil situación en la que se halla, como medio de conservarle la subsistencia*" (c. 2).[621]

macéutico correspondiente, y siempre que se acompañe información que permita acreditar la existencia del derecho que se reclama *y el riesgo de una inminente infracción al mismo* [...]". Como se aprecia el legislador establece un concreto *periculum* que debe acreditar quién solicita la suspensión del registro sanitario: el riesgo de una inminente infracción de su derecho. Pero a renglón seguido establece lo siguiente: "[...] *Se presumirá que existe un riesgo de inminente infracción cuando el demandante presente copia de la solicitud de registro sanitario requerido por el demandado respecto de un producto farmacéutico que contiene el mismo principio activo protegido por patente y de la declaración efectuada por el demandado ante el Instituto de Salud Pública.*

[620] RDJ, t. XXIX (1932), segunda parte, sec. 2ª, p. 101. (Énfasis añadido).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Como se aprecia, nuestros tribunales aluden al claro propósito que el legislador tuvo en vista al reglamentar la figura de los alimentos provisorios, sin que exijan que en el caso concreto la persona que los solicita acredite la difícil situación por la que atraviesa.

C. Peligro indeterminado

6.30. En otras ocasiones el legislador no predetermina cuál es el tipo de peligro que puede afectar al demandante (inclusive tampoco predetermina la posible medida cautelar que puede adoptarse), sino que será el juez, caso por caso, de conformidad con los hechos de la causa, quien deberá establecerlo. En estos supuestos el legislador chileno se aparta del típico peligro decimonónico y avanza en un peligro más bien indeterminado, pues tratándose de estas normas el juez goza en su interpretación de una mayor discrecionalidad para reconducir a las exigencias de la ley a la situación del caso particular. En estas situaciones es el propio legislador quien reconoce su incapacidad para prever la infinidad de situaciones que pueden presentarse y quien expresamente autoriza una mayor discrecionalidad judicial. Así, por ejemplo, el art. 444 del Código del Trabajo señala:

> "En el ejercicio de su función cautelar, el juez decretará todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio en términos suficientes para garantizar el monto de lo demandado".

Como se aprecia, derechamente se habla de una función cautelar, expresión que denota una actividad más general que la de simplemente conceder una o más medidas cautelares. En cuanto al tipo de peligro del que estas medidas nos resguardan, prácticamente no hay más limitación que cumplir con alguno de los tres fines que el legislador asigna a estas medidas. El juez decretará *todas las medidas que estime necesarias*, es decir, una o más para: (i) asegurar el resultado de la acción; (ii) la protección de un derecho o la identificación de los obligados; y (ii) singularización del patrimonio de estos últimos, en términos suficientes para asegurar el monto que se demanda. Esta última frase, en todo caso, plantea el problema de establecer

[621] RDJ, t. XXIX (1932), segunda parte, sec. 1ª, p. 524. (Énfasis añadido).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

si se aceptan en esta función cautelar solo medidas de contenido patrimonial, o si se puede avanzar hacia aspectos extrapatrimoniales también. Volveré sobre este aspecto al tratar detenidamente estas medidas en el capítulo noveno de este libro.

Lo mismo sucede en el caso de la denuncia de obra peligrosa. Señala el art. 574 del CPC que "En la misma sentencia que ordena la demolición, enmienda, afianzamiento o extracción, puede el tribunal decretar desde luego las *medidas urgentes de precaución* que considere necesarias, y además que se ejecuten dichas medidas, sin que de ello pueda apelarse". (Énfasis añadido). Como se aprecia, el legislador no indica qué medidas se pueden ordenar. El tribunal, por tanto, puede decretar cualquier medida precautoria que permita evitar el peligro que representa la obra que debe demolerse, enmendarse, afianzarse o extraerse.

Otro tanto apreciamos en materia familiar. El artículo 22 de la Ley Nº 19.968 dispone que "Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y *el peligro en la demora que implica la tramitación*, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar".

En materia familiar se habla, por tanto, de una potestad cautelar. El juez puede incluso actuar de oficio al momento de ordenar alguna medida, sea conservativa o innovativa. En cuanto al concreto *periculum* que deberá acreditar el actor (si el juez no actúa oficiosamente) parece ser tanto el peligro de infructuosidad como el de tardanza, al hablar el legislador nacional en términos generales *del peligro en la demora que implica la tramitación del proceso familiar.* Pareciera, en todo caso, que las medidas conservativas están más cerca del peligro infructuosidad. Las medidas innovativas, por su parte, parecen estar más próximas a un peligro de tardanza, por ejemplo, situaciones de violencia en contra de personas desvalidas al interior de la familia aconsejan separar de inmediato al agresor del domicilio familiar.

Otro ejemplo en el cual el legislador entrega la labor de determinación del peligro al juzgador lo tenemos en las medidas innominadas o indeterminadas según lo dispone el art. 298 del CPC, en que al menos teóricamente el juez puede adoptar providencias a efectos de combatir diferentes tipos de peligros.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

5.2. *Fumus boni iuris*

6.31. El demandante, al solicitar una medida precautoria, está afirmando la existencia de un derecho cautelable, pero evidentemente no es suficiente con esta sola afirmación. Se requiere, por tanto, algún grado mayor de avance; así es necesario que al menos la existencia de ese derecho que se afirma aparezca como posible. En la doctrina nacional ANABALÓN observa que "no basta la sola voluntad del acreedor o demandante para acceder a las medidas precautorias por él solicitadas; es preciso, asimismo, que su petición envuelva un justo temor de verse burlado en sus particulares derechos por parte del contendor y que así lo compruebe al tribunal de una manera evidente".[622]

Lo que en este estadio procesal se debe acreditar es similar a lo que los ingleses denominan *a good arguable case;* es decir, se debe acreditar en una primera aproximación y en sede provisional, que razonablemente hay probabilidades de obtener una sentencia favorable. Obsérvese que no se trata de acreditar de un modo fehaciente que efectivamente se tendrá éxito en la reclamación final, supuesto en el cual estaríamos anticipando en sede provisional lo que sólo se exige al final del proceso. Estamos en una zona intermedia entre la convicción (que sólo se producirá en la sentencia definitiva) y la mera afirmación de un derecho.

CALAMANDREI exige cierta veracidad en la pretensión; así, observa que "por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud".[623] La jurisprudencia chilena en algunas ocasiones ha acogido este criterio. Así, ha fallado que "por lo expuesto y los demás antecedentes hechos valer por las partes, por ahora la existencia del derecho reclamado en el juicio no aparece con fuertes probabilidades de verosimilitud en virtud de los comprobantes invocados por el sujeto activo de la gestión cautelar".[624] El Tribunal Constitucional también ha hecho suyo este parecer. Frente a la impugnación de un grupo de senadores del proyecto

[622] *El juicio...*, ob. cit., pp. 66 y 67. En el derecho español, FAIRÉN apunta que "siempre es necesario que el juez 'conozca algo' sobre el derecho que se alega como en peligro, pues si nada hay sobre este, es evidente que huelga la medida cautelar (y aun el procedimiento si se nos apura) para prevenir el daño; pero no será precisa una 'plena cognitio', y el juez, por razones de urgencia, deberá limitarse a un cálculo de probabilidades". *La reforma...*, ob. cit., pp. 905 y 906.

[623] *Introducción...*, ob. cit., p. 77.

[624] Gaceta, Nº 123 (1990), p. 37.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

del Ejecutivo que busca modificar la ley de propiedad industrial, señaló: "Que el privilegio indebido que advierten los requirentes en la adopción de la referida medida precautoria, en realidad no es tal, pues este tipo de providencias procesales tiene precisamente por objeto asegurar el resultado de la acción deducida y, en el caso preciso de la que prevé el proyecto, impedir que se consume una infracción del derecho invocado por el actor. Esto es propio de toda medida precautoria de índole anticipatoria, *plenamente justificada por la verosimilitud del derecho invocado* y del riesgo de vulneración que se cierne sobre el mismo, de modo que su consagración en este caso mal podría configurar una discriminación arbitraria en beneficio del titular de la patente farmaceútica y en desmedro de los interesados en producir medicamentos similares que empleen el mismo principio activo del producto patentado" (c. 6º).[625] (Énfasis añadido).

Recientemente la Corte Suprema ha trasladado este requisito, de manera errónea como ya lo hicimos notar, a las providencias que ordena al resolver un recurso de protección: "Cabe tener presente sin embargo, que en la especie no se persigue ni corresponde la sanción de la recurrida, sino que cautelar los derechos fundamentales que se estiman conculcados por aquella. Conviene reiterar que la presente acción constituye una medida de tutela urgente de modo que, si en el curso de su substanciación se detectan riesgos o amenazas graves en relación a las garantías antes aludidas *cuyo acaecimiento sea verosímil,* corresponderá adoptar las medidas que se estimen conducentes para otorgar la debida protección (c. 12)".[626]

5.2.1. Configuración del *fumus boni iuris* en el derecho procesal civil chileno

A. Regla general

6.32. Tal como pusimos de relieve al estudiar los antecedentes del actual CPC, tempranamente en los proyectos de Código de enjuiciamiento civil quedó determinado este elemento y con una consagración genérica para todas las medidas cautelares previstas en el CPC. Al respecto, la ley procesal chilena exige para configurar este presupuesto, como regla general, que el demandante acompañe *comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave* del derecho que

[625] TC, rol 2411-2013, 22 de marzo de 2013.

[626] Corte Suprema. Recurso de protección Rol Nº 15.737-2014, 6 de noviembre de 2014. Redacción de la ministra Egnem.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

se reclama (art. 298 del CPC). Es decir, no exige una plena prueba sino un grado inferior, cual es, una presunción grave del derecho reclamado. Sintomático de ello, según se recordará, es que en el Proyecto de Código de enjuiciamiento civil de 1875 se hablaba de *prueba semiplena,*[627] esto es, no de una prueba completa que produzca el pleno convencimiento del juzgador, sino algún grado menor de persuasión.[628] PEREIRA, refiriéndose a esta situación, observa que "el precepto exige al actor la aportación de comprobantes que hagan presumible el derecho cuya declaración se pretende, la cual debe ser 'grave', es decir, de una entidad como para producir convicción sobre la existencia de un muy probable derecho que haya de ser reconocido en la sentencia final".[629]

De allí que para otorgar una medida precautoria no se requiere que el juez llegue al grado de convicción que se necesita al momento de dictar sentencia definitiva en la causa. En este sentido la Corte Suprema ha señalado:

> Los antecedentes que se registran en el cuaderno de medidas precautorias y en el ramo principal a fojas 1, 2 y 3, constituyen presunción grave del derecho que se reclama. Que no es aceptable para denegar las medidas solicitadas, observar que el recurrente no haya acreditado ser actualmente dueño de las mercaderías; porque precisamente la demanda tiene por objeto que se le llegue a hacer tradición de ellas; y una resolución de acerca de a quien corresponde en definitiva ser dueño y poseedor de ellas, implica un prematuro pronunciamiento sobre el fondo de la acción.[630]

En relación con la forma de acreditar la presunción grave del derecho reclamado, hay acuerdo en la doctrina chilena que la palabra "comprobantes", que emplea el art. 298, no sólo se refiere a documen-

[627] Señalaba el art. 235 del *Proyecto de 1875*: "No concederán los tribunales ninguna de las medidas precautorias que establece este título sino cuando el demandante produzca, *a lo menos, prueba semiplena del derecho que reclama* [..]". El Sr. GANDARILLAS, con el fin de evitar en el art. 235 la expresión "prueba semiplena" que "no tiene significado bien definido, propone que en lugar de ella se diga *que se requieren comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama*". "Actas de la comisión revisora...", p. 98.

[628] En el derecho español ORTELLS, por su parte, apunta que "para que la medida cautelar pueda cumplir su función, la demostración de la situación jurídica cautelable ha de quedar en el grado de la mera probabilidad, de la prueba semiplena del acreditamiento, sin necesidad de alcanzar la plena convicción del juez". ORTELLS-MONTERO, AROCA-GÓMEZ, COLOMER-MONTÓN, *Derecho jurisdiccional II,* Barcelona, 1989, p. 265.

[629] PEREIRA, "Embargo y cautela en el proceso chileno", en Revista de Derecho Procesal, Nº 17 (1992), Santiago, p. 86.

[630] RDJ, t. LII (1945), segunda parte, sec. 1ª, p. 303.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

tos sino a cualquier otro medio de prueba.[631] La jurisprudencia a este respecto, ha resuelto que "el legislador al exigir que se 'acompañen comprobantes' que constituyan a lo menos la presunción grave del derecho que se reclama, no ha exigido pluralidad de ellos, sino que se ha tomado esa acepción como sinónimo de 'prueba', 'medios probatorios', porque: a) comprobar significa verificar, confirmar una cosa, cotejándola con otra o repitiendo las demostraciones que las prueban y acreditan como ciertas; b) porque en los artículos 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil se consulta un régimen amplio de comprobación que va de los instrumentos a cualquier otro medio de prueba, debiendo el juez únicamente remontarse a lo dispuesto en el artículo 47 del Código Civil, en orden a que si los acompañados, o medios de prueba producidos 'constituyen presunción grave del derecho que se reclama' [...]".[632]

B. Excepción

6.33. Excepcionalmente, sin embargo, tratándose de casos graves y urgentes permite la ley procesal chilena que se otorgue una medida precautoria aun cuando falten los aludidos comprobantes. El art. 299 del CPC dispone al efecto: "En casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este título, aun cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes, exigiendo caución para responder por los perjuicios que resulten. Las medidas así decretadas quedarán de hecho canceladas si no se renuevan en conformidad al art. 280".[633]

[631] ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 83 y ss.; QUEZADA, *Medidas prejudiciales...*, ob. cit., p. 120.

[632] RDJ, t. LXVI (1969), segunda parte, sec. 2ª, p. 86.

[633] Recordemos que el art. 235 inc. segundo del *Proyecto de 1875* prescribió que "En casos graves y urgentes podrán, sin embargo, decretarlos por un breve término, mientras se les presenta esa prueba". La modificación de esta disposición se llevó a cabo a indicación de los comisionados ZEGERS y GANDARILLAS en la sesión Nº 50 del 2 de junio de 1876. Así, el primero de los nombrados observó la necesidad de "determinar fijamente el breve plazo de que habla el último inciso, y opina que se señalen diez días con ese fin". Por su parte GANDARILLAS, aceptando la indicación anterior y con el propósito de dejar bien esclarecido el espíritu del precepto, indicó que "el último inciso se redacte de modo que establezca que, no presentándose la prueba a que se refieren los incisos anteriores, podrán los tribunales, en casos graves y urgentes, conceder las medidas precautorias de que trata este título por un término que no excederá de diez días mientras se presenta dicha prueba". "Actas de la comisión revisora...", ob. cit., p. 199.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Como se aprecia, esta excepción (en que podríamos decir que transitoriamente se "presume" el *fumus*, al otorgar la medida sin los comprobantes) es sólo temporal, ya que no es que dichos resguardos no deban acompañarse, sino sólo se difiere el momento de su presentación pero imponiéndose al demandante, como natural contrapartida, dos cargas procesales: a saber, (i) la constitución de una garantía para responder de los eventuales perjuicios que puedan ocasionarse al demandado;[634] y (ii) la necesidad de presentar dichos documentos en un plazo no superior a diez días, bajo amenaza de cancelación si al momento de acompañarlos la medida no es ratificada por el tribunal.[635]

El tema de la garantía lo vamos a tratar un poco más tarde. Deseo ahora concentrarme en los otros requisitos que la norma alude. En primer término que se trate de *casos graves y urgentes*. Como sabemos la concesión prácticamente de toda medida cautelar funciona sobre la idea de estas dos palabras. Luego veremos que para otorgar una medida prejudicial precautoria se exige por el legislador que existan motivos *graves* y *calificados*. Los tribunales en estos casos y, particularmente en el que ahora analizamos (art. 299 del CPC), deben ser muy cuidadosos al conceder la medida bajo estas condiciones. No puede olvidarse que lo están haciendo sin que el actor acompañe los comprobantes que constituyen la presunción grave del derecho cuya cautela pide. El actor debe justificar muy bien por qué razón carece transitoriamente de dichos comprobantes y cuál es la gravedad y urgencia en pedir ahora las medidas. En otras palabras, debe acreditar por qué no puede esperar hasta reunir los referidos elementos para solicitar en condiciones normales la o las medidas en cuestión. En caso de no ser convincente el tribunal debería rechazar la petición y esperar a que se presenten los aludidos comprobantes.

[634] PEREIRA explica a este propósito que la "exigencia de la caución para dar lugar a la medida precautoria sin antecedentes demostrativos del *fumus boni iuris*, aunque temporalmente, constituye una garantía en favor de aquel contra quien la precautoria es decretada para el resarcimiento de los daños que aquella hubiere producido [...]". *Embargo y cautela...*, ob. cit., p. 87.

[635] Sanción que opera de pleno derecho, por el solo ministerio de la ley. Sobre este particular la Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo, señaló: "Como se observa en la sentencia en su último considerando, los efectos del decreto judicial [...] que prohibió provisionalmente a doña [...] enajenar y gravar el terreno de que se trata, caducaron de facto diez días después de expedido por no haber sido la prohibición renovada conforme a lo dispuesto en el artículo 289 [actual 299] del Código de Procedimiento Civil, por lo que a la fecha de la adjudicación [...], había dejado de producir el efecto legal correspondiente". RDJ, t. XIX (1922), segunda parte, sec. 1ª, p. 302.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En segundo término, si el tribunal otorga las medidas bajo la hipótesis antes vista pesa sobre el actor la carga de acompañar los comprobantes en un término que no exceda los diez días. En la práctica los tribunales suelen dar el plazo máximo de diez al actor. Si este no acompaña los aludidos comprobantes en el referido plazo, o si el tribunal al analizarlos considera que no constituyen una presunción grave del derecho reclamado, las medidas caducarán *ipso facto*. Es lo que dispone el art. 299 en su parte final: "[...] Las medidas así decretadas [sin comprobantes y con caución] quedarán de hecho canceladas si no se renuevan en conformidad al art. 280". Más adelante analizaremos en detalle esta última disposición ubicada en el ámbito de las medidas prejudiciales. Destaco por ahora que dicha norma contempla la posibilidad de ampliar el plazo de diez días hasta treinta, situación que no se prevé en el evento regulado en el art. 299. Por contraste en el art. 280 no se previó la sanción de caducidad *ipso facto* de las medidas, como sí lo hace el art. 299. Los tribunales nacionales, en todo caso, aplican esta sanción en ambas hipótesis.

C. La verosimilitud del derecho

6.34. En el último tiempo el legislador nacional ha adoptado el criterio expuesto por CALAMANDREI, en cuanto a que el derecho que el solicitante busca resguardar debe aparecer como verosímil. Así, el art. 22 de la Ley Nº 19.968 –que creó los tribunales de familia– dispuso: "Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, *teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado* y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes [...]". (Énfasis añadido). Lo mismo tratándose del medio ambiente, el artículo 24 de la Ley Nº 20.600, que creó los tribunales en esta materia, dice: "Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado *y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada*, el tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento [...]". Lo mismo hace el art. 25 del DL 211 en materia de competencia. En estos casos el legislador no exige al solicitante que acompañe comprobantes que constituyan una presunción grave de su derecho, sino que obliga al juez a calificar el derecho o la pretensión del actor como verosímil.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

D. Otros criterios

6.35. En otras ocasiones el legislador es menos estricto al momento de exigir la acreditación de este elemento. Así sucede, por ejemplo, en materia de alimentos provisorios. El art. 327 del CC señala al efecto: "Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, deberá el juez ordenar que se den provisoriamente, *con el solo mérito de los documentos y antecedentes presentados*; sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demandan obtiene sentencia absolutoria". (Énfasis añadido). Como se aprecia en este evento el legislador prácticamente elimina este elemento como requisito de concesión de la medida cautelar, más allá del mérito de los documentos y antecedentes que se acompañen a la petición. Antes de la modificación llevada adelante por la Ley Nº 20.152, del año 2007, la disposición en comento exigía que el solicitante de los alimentos provisionales acreditara *fundamentos plausibles* del derecho reclamado.

5.3. *Caución*

6.36. Sabemos que, en definitiva, el fundamento último de las medidas cautelares es intentar evitar los perjuicios que pueden producirse en el demandante a causa del necesario tiempo que deben emplear los tribunales al resolver el conflicto ante ellos planteado. Sin embargo, esto presupone de una forma u otra que dicho conflicto finalizará con una sentencia favorable al actor, en que se reconozca que su pretensión estaba amparada por un derecho cierto. Esta situación, como se comprenderá, sólo nos muestra una cara del asunto, la del sujeto activo de la relación procesal.

El requisito de la caución, por su parte, viene a revelar el otro lado de la moneda, viene a mostrar que la sentencia definitiva también pueda favorecer la resistencia del sujeto pasivo de la relación procesal quien, obviamente, tiene derecho a ser tratado con las mismas garantías y condiciones que el demandante. El juez, durante el desarrollo del proceso, debe ser imparcial en el trato que dispensa a las partes. Esta imparcialidad sólo se quiebra en el momento en que el tribunal pronuncia la sentencia decidiendo quién de ellas tenía la razón.

ZUCKERMAN, a propósito de las medidas provisionales en el derecho inglés, observa en relación con el igual trato que debe el tribunal dar a las partes de un proceso, que "el demandante puede obtener una medida provisional limitando la actuación del deudor,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

incluso antes de la sentencia definitiva, si demuestra que un daño irreparable puede afectar sus derechos pendiente la causa. En consecuencia, cuando los tribunales conceden una medida cautelar están protegiendo exclusivamente los intereses del demandante; de esto se sigue que si el tribunal tiene que mostrar igual interés por los derechos del demandado, debe tomar las medidas necesarias para protegerlo de cualquier agravio que pueda sufrir como consecuencia de las medidas adoptadas en favor del demandante".[636]

De allí que, según hemos avanzado, si en el transcurso del proceso se acredita que el actor ha tenido una actuación abusiva, si se demuestra que sólo pretende mantener las medidas cautelares como forma de presión ilegítima para alcanzar un acuerdo inicuo con el demandado, es de elemental justicia que indemnice todos los perjuicios que la medida ocasione al demandado. Bajo esta perspectiva, es de lamentar que la reglamentación nacional en este punto sea muy precaria.

5.3.1. Regulación de la caución en el derecho procesal civil

6.37. Lo primero que analizaremos en esta parte es si la caución constituye en el derecho nacional un tercer presupuesto que junto con el *periculum* y el *fumus* los jueces deben tener presente al momento de otorgar una medida cautelar. En segundo lugar nos referiremos a la manera como establecer el monto de dicha caución. Más adelante veremos la caución que puede otorgar el demandado para alzar la medida ya concedida. En este último caso, como es obvio, la caución no es requisito de concesión de la medida sino, por el contrario, un elemento para solicitar su alzamiento.

A. La caución como presupuesto de la actividad cautelar

6.38. Frente al claro tenor del art. 298 del CPC podemos afirmar que, por regla general, la caución no constituye un tercer presupuesto necesario para conceder las medidas cautelares en Chile. Señala la norma referida: "Las medidas de que trata este título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama. *Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario, y no tratándose de las*

[636] "Dispensation with undertaking in damages-an elementary injustice", en *Civil justice quarterly*, 1993, p. 268.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que resulten".

Si bien el artículo se refiere a las medidas de que trata este título, esto es, el título V del libro II del CPC, no existe otra normativa en el derecho nacional que haga obligatorio el otorgamiento de una fianza o caución respecto de las medidas cautelares no reguladas en el aludido título.[637] Es decir, en el ordenamiento procesal chileno por regla general el juez al momento de otorgar una medida cautelar de aquellas expresamente autorizadas por la ley, sólo debe analizar el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* como únicos presupuestos para su concesión. Se comprenderá que esta situación puede fomentar el uso indiscriminado de estas medidas. Desde la perspectiva del análisis económico esta situación es deficiente. Desde un plano normativo debería corregirse. En el proyecto de Código Procesal Civil algo se avanza, pero no se establece allí una caución obligatoria en todo caso.

Tratándose, por su parte, de aquellas medidas que la doctrina denomina indeterminadas o innominadas el requisito de la caución queda entregado a la discrecionalidad del juzgador: *cuando lo estime necesario* señala la disposición referida con anterioridad.[638] En definitiva, tratándose de aquellas medidas expresamente establecidas en la ley no se exige caución de ningún tipo; tratándose de aquellas otras de creación jurisprudencial la caución es enteramente facultativa.[639]

[637] El art. 24 inc. 3º de la Ley Nº 20.600 establece una regla facultativa para el tribunal ambiental. Dispone la aludida norma: "Cuando se soliciten estas medidas, el requirente deberá acompañar los antecedentes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. *El Tribunal podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que podrían originarse.* En derecho inglés este elemento es una exigencia previa a conceder cualquier *interlocutory injunction*. Respecto del derecho español ya hemos adelantado que la LEC ha incorporado la caución como elemento de aplicación general respecto de todo tipo de medidas cautelares, *vid.* art. 728.3. Por su parte, el art. 737 dispone: "La prestación de la caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada. El tribunal decidirá, mediante providencia, sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la caución".

[638] En este sentido, los tribunales chilenos han fallado que "en consecuencia, para el otorgamiento de la aludida medida, no es necesario que el solicitante constituya caución a fin de garantizar los perjuicios que pudieren ocasionarse con tal concesión, sino que tal exigencia sólo es procedente y facultativa conforme así lo establece el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil en su parte final cuando no se trate de medidas precautorias expresamente autorizadas por la ley, cual no es el caso de autos en que se solicitó la establecida en el artículo 290 Nº 3 [retención de bienes determinados] del ya citado cuerpo legal [...]". RDJ, LXXXIX (1992), parte segunda, sec. 2ª, p. 7.

[639] Palmario del recelo con el cual el legislador del siglo pasado veía este presupuesto es lo señalado por los comisionados señores LIRA, HUNEEUS y ZEGERS, al

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Esta situación coloca a la parte en contra de quien se ha concedido una medida cautelar en una posición sumamente frágil; puesto que si las medidas cautelares en Chile se conceden –según sostiene la jurisprudencia consolidada– sin intervención del demandado;[640] y si además no se exige para otorgarle alguna garantía al demandante, se comprenderá que la balanza se inclina con facilidad del lado del sujeto activo de la relación procesal. Añádase a lo anterior que en el evento que el demandado obtenga el alzamiento de las medidas, aún debe atravesar un azaroso camino para lograr la indemnización de los daños sufridos.

6.39. Excepcionalmente, en todo caso, el legislador ha establecido la caución como presupuesto necesario para conceder una medida precautoria. Esto ocurre en dos situaciones; en la primera, la caución opera como especie de sustituto temporal de uno de los otros requisitos de concesión de la medida; en la segunda, como presupuesto independiente de los demás.

La primera situación se contempla en el art. 299 del CPC: "En casos graves y urgentes podrán los tribunales conceder las medidas precautorias de que trata este título, aun cuando falten los comprobantes requeridos, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes, exigiendo caución para responder por los perjuicios que resulten. Las medidas así decretadas quedarán de hecho canceladas si no se renuevan en conformidad al artículo 280".

Como se aprecia, en este caso la caución funciona como un sustituto temporal del *fumus*, al permitir dicha norma que en casos graves y urgentes se concedan las medidas solicitadas, aun cuando falten los comprobantes que constituyen la presunción grave del derecho reclamado.[641] No obstante, se trata de un sustituto sólo

rechazar una indicación en orden a permitir la adopción de medidas precautorias sin que el demandante produzca prueba semiplena, con tal que rinda fianza satisfactiva: "Sólo en casos graves y urgentes, calificados por el tribunal, pueden adoptarse estas medidas cuando no hay antecedentes justificativos del derecho que se requiere resguardar". Agregando seguidamente los aludidos comisionados: "Por otra parte, la fianza establece una notable desigualdad entre los litigantes, por ser un medio que sólo está al alcance de los ricos". *Actas...*, ob. cit., pp. 110 y 111.

[640] Más adelante al analizar la forma como se tramitan las medidas cautelares veremos en detalle esta situación.

[641] Sólo habrá que acreditar, en consecuencia, el *periculum in mora* (casos graves y urgentes dice la norma) para que la medida sea concedida por el juez.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

temporal ya que el demandante debe acompañar los comprobantes requeridos en el plazo que establece la ley. Una vez que ocurre esta situación –dentro del plazo legal lógicamente–, el juez tiene que decidir si los comprobantes constituyen una presunción grave del derecho reclamado. En caso afirmativo, el tribunal debe renovar las medidas ya decretadas; en caso contrario, debe ordenar su alzamiento. Lo importante es que en el primer caso, esto es, si la medida es renovada, el tribunal debe dejar sin efecto la caución a menos que estemos frente a una medida indeterminada y el juez considere necesaria la continuidad de la fianza. Dentro del marco legal chileno no se justifica que la caución se mantenga vigente. En efecto, no olvidemos que la caución fue exigida sólo por la falta de los respectivos comprobantes; de allí que para equilibrar este mayor riesgo que se hace recaer en el demandado el legislador exija, como contrapartida, que se otorgue una garantía de resultas. Pero si después en el plazo que establece la ley dichos comprobantes se acompañan y con ellos se demuestra que las medidas fueron correctamente decretadas, quiere decir que su concesión excepcional no fue infundada, y, por tanto, se vuelve al régimen general del derecho chileno, cual es que la caución no es un presupuesto para la concesión de las medidas cautelares.

6.40. La segunda excepción es la regulada en el art. 279 del CPC, dentro del ámbito de las medidas prejudiciales precautorias. Señala dicha norma que pueden "solicitarse como medidas prejudiciales las precautorias de que trata el título V de este libro, existiendo para ello motivos graves y calificados, y concurriendo las circunstancias siguientes: [...]

2ª Que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan".

Es decir, antes de que exista juicio puede el futuro demandante solicitar la concesión de algunas de las medidas reguladas en el art. 290 y ss. del CPC. Para ello requiere, en lo que ahora nos interesa, *rendir fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan.*

En este caso la caución aparece en forma independiente de los otros presupuestos de las medidas precautorias (el *periculum in mora* se encuentra en los motivos graves y calificados y el *fumus boni iuris* en lo señalado en el art. 287 del CPC, que más adelante analizaremos), concurriendo como un tercer presupuesto en el otorgamiento de una medida precautoria, no siendo, en consecuencia, facultativo para

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

el juez su exigencia. De allí que el máximo tribunal chileno haya dejado sin efecto una medida prejudicial precautoria porque:

> No obstante no haber sido esta orden [exigir que la medida prejudicial decretada se llevare a efecto bajo la fianza ofrecida por el demandante y que fuere reducida a escritura pública] aceptada sin reparo por los demandantes, el juez de letras, sin exigir que se agregara copia a los autos de la escritura pública de fianza, para comprobar por sí mismo, como era su deber, si se había dado cumplimiento a este requisito previo indispensable, despachó sin que dicha escritura se hubiere en realidad otorgado, repetidos exhortos al juez de turno en lo civil de Santiago para la inmediata ejecución de aquellas medidas, lo que efectivamente se verificó con el auxilio de la fuerza pública. Que esta situación del juez del pleito, que contraviene a mandatos expresos de la ley en materia de grave trascendencia, es todavía más censurable en este caso [...]; Que de este modo el juez de letras puso al demandado en situación de sufrir las graves resultas de las medidas decretadas en su contra, sin que previamente se hubiera otorgado la caución o garantía con que la ley ha querido resguardarlo de todo perjuicio; [...].[642]

Ahora bien, al igual que la situación anterior, esta caución sólo es temporal en virtud de lo dispuesto en el art. 280 del CPC, que impone dos cargas al futuro demandante. En primer lugar, la de presentar la demanda dentro del plazo de diez días; y, en segundo, la de pedir el mantenimiento de las medidas prejudiciales ahora como precautorias. Cumpliendo el demandante con las referidas cargas, el tribunal deberá decidir si las mantiene o si por el contrario ordena su alzamiento. Si el juez decide mantenerlas nuevamente no se justifica la continuidad de la fianza, debiendo, por tanto, disponer su alzamiento a menos que haya otorgado una medida indeterminada y considere oportuno mantener la caución. Obsérvese que el razonamiento es muy similar al de la primera excepción; la caución fue requerida porque se solicitaron y concedieron medidas que indudablemente afectaron al sujeto pasivo sin que aún exista un proceso en su contra. De ahí que para equilibrar esta situación se haya exigido la referida caución. Pero iniciado el correspondiente proceso y mantenidas por el tribunal las medidas, desaparece la

642 RDJ, LVII (1919), parte segunda, sec. 1ª, pp. 158 y 159. También se ha fallado que "refuerza lo anterior y llama la atención el hecho que, pese a lo imperativo de la norma legal no se haya requerido la rendición de fianza u otra garantía suficiente a juicio del tribunal. El argumento que proporciona el juez para explicar su proceder en tal sentido, da muestra más bien la necesidad de haber exigido la garantía y lo injustificado de su omisión, Que, la mantención de las medidas [prejudiciales precautorias] de que se viene hablando, en circunstancias que no se cumplían los presupuestos legales para su otorgamiento, implica una falta o abuso que debe ser enmendada [...]". RDJ, LXXXVI (1989), parte segunda, sec. 2ª, p. 20.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

causa que justificó la exigencia volviéndose al régimen normal de las medidas precautorias en que, según se explicó, la fianza no es requisito para su concesión ni efectividad.[643]

B. El monto de la caución

6.41. El segundo tema que debemos tratar se refiere a la cuantía de la caución. En Chile la doctrina no se ha preocupado mayormente de esta materia debido a la mínima regulación legal que la caución presenta. El legislador nacional en los dos artículos que en esta materia se refieren a la caución habla, en primer término, en el art. 299 de exigir "caución para responder por los perjuicios que resulten"; y en el art. 279 nos dice que para conceder la medida prejudicial precautoria se debe rendir "fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan". Como se aprecia ambas disposiciones exigen la constitución de una garantía para responder de los daños y perjuicios que la concesión de la medida pueda producir. En esto no hay nada distinto a la forma como operan las garantías en general en el derecho procesal. La Corte Suprema en relación con la denuncia de obra nueva –un proceso de urgencia no lo olvidemos– ha tenido oportunidad de señalar:

> No habiendo el querellante ofrecido en su escrito de denuncia de obra nueva ni en el curso del litigio la suficiente caución para responder a los resultados del juicio ordinario en el caso a que accediera a su petición para demoler lo hecho, requisito ese que en forma expresa requiere el artículo el art. 726 (actual 569) del CPC, la sentencia que acoge esa petición es nula porque infringe dicho artículo.[644]
>
> *La caución o garantía la consignó el legislador en resguardo del denunciado vencido en una litis de efectos transitorios,* como son los interdictos, y cuyos resultados pueden ser alterados en un juicio ordinario; en una amplia discusión y prueba completa del derecho de posesión que se considera amagado, se decide en

643 De ahí que los tribunales hayan señalado que "a mayor abundamiento, los perjuicios eventuales contemplados en el citado inciso segundo del artículo 280, no llegaron a producirse toda vez que el actor dedujo su demanda oportunamente, pidió en ella que se mantuvieran las medidas decretadas y al resolver sobre esta petición el tribunal acogió dicha solicitud, por todo lo que debe entenderse que cesó la responsabilidad contraída por el fiador a fojas 17". RDJ, LXXXIV (1987), parte segunda, sec. 2ª, p. 67.

644 El referido artículo 569 dispone en el inc. 3º: "Podrá, sin embargo, el tribunal, a petición de parte, ordenar en la misma sentencia la demolición, cuando estime que el mantenimiento aún temporal de la obra ocasiona grave perjuicio al denunciante *y dé este suficiente caución para responder por los resultados del juicio ordinario*". (Énfasis añadido).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

forma permanente si la obra que se pretende ejecutar impone un menoscabo o atenta a los derechos de un dominio ajeno, *de tal manera que las perniciosas consecuencias que la destrucción de la obra puede tener para aquel que con legítimo derecho la ejecutaba sean rápida y ampliamente resarcidas*".[645]

Como se aprecia, la idea que está detrás de la caución es facilitar la indemnización de los perjuicios que la demolición de la obra puede producir en el dueño de esta. En palabras de la Corte Suprema que las consecuencias perniciosas le sean al propietario de la obra "rápida y ampliamente resarcidas".[646] La misma situación se aplica tratándose de las medidas cautelares.

El art. 279 del CPC habla de rendir una fianza u otra *garantía suficiente*, y el art. 299 de exigir caución *para responder por los perjuicios que resulten*. De acuerdo con el art. 46 del CC, "Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda". Por tanto, de lo que se trata en este evento es de dar una garantía para seguridad de la obligación de indemnizar los eventuales perjuicios que sufra la persona que soporta la medida. Lógicamente esta obligación es de cargo de quien pide la medida. La caución por tanto puede ser una fianza, una hipoteca o una prenda. En la práctica suele constituirse una fianza mediante la suscripción de la respectiva acta. Nuestra Corte Suprema, por ejemplo, ha señalado que "Si bien los peticionarios de la caución pidieron que se les eximiera del trámite de extender el acta de fianza exigida por la ley, es lo cierto que dicha caución debe constituirse con arreglo a la ley –art. 2336 del CC– para que la medida precautoria pueda llevarse a efecto; y en este caso tal requisito debe necesariamente cumplirse

645 RDJ, t. XXX (1932), 2ª parte, sec. 1ª, p. 45.

646 Lo mismo sucede tratándose del Recurso de Casación. Refiere el art. 773: "El recurso de casación no suspende la ejecución de la sentencia, salvo cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso, como sería si se tratare de una sentencia que declare la nulidad de un matrimonio o permita el de un menor. *La parte vencida podrá exigir que no se lleve a efecto la sentencia mientras la parte vencedora no rinda fianza de resultas a satisfacción del tribunal que haya dictado la sentencia recurrida*, salvo que el recurso se interponga por el demandado contra la sentencia definitiva pronunciada en el juicio ejecutivo, en los juicios posesorios, en los de desahucio y en los de alimentos [...]". (Énfasis añadido). Sobre esta disposición la Corte Suprema ha señalado: "La fianza de resultas prevista en el artículo 773 del Código de Procedimiento Civil *debe cumplir una función de garantía efectiva, por lo que su cuantía ha de ser acorde y suficiente para asegurar la responsabilidad en los posibles perjuicios que pueden producirse con la ejecución de una resolución, en caso de que se altere total o parcialmente lo ejecutado en forma provisional*". *RDJ*, t. CIII (2006), 2ª parte, sec. 1ª, p. 128.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

mediante la suscripción del acta respectiva, previa calificación por el juez de la solvencia del fiador propuesto".[647]

Ahora bien, en un plano teórico podemos señalar que *garantía suficiente* es aquella que en el momento de hacerla efectiva puede satisfacer íntegramente los perjuicios causados al demandante. Pero en el terreno práctico surgen muchos problemas ya que estamos hablando de perjuicios futuros e hipotéticos que no sabemos si efectivamente se van a producir.[648] ¿Cuál o cuáles son los elementos que sirven al juez para establecer el monto por el que debe otorgarse la caución? Ya hemos observado que si la garantía tiene como finalidad garantizar los eventuales daños que su concesión puede producir en el demandado, debiera, en consecuencia, no ser ni muy inferior ni muy superior a estos eventuales daños. Esto último, como se comprenderá, en la práctica no es fácil. En este estadio procesal el juez no tiene ningún elemento objetivo para poder evaluar estos hipotéticos perjuicios, más allá de su experiencia y razonabilidad que si bien son elementos importantes, no son suficientes. De ahí que debamos buscar otros criterios que nos den cierta orientación de tal forma de no dejar entregada esta materia solo al buen criterio del juzgador. En este sentido, es necesario analizar la importancia relativa de la reclamación que ha motivado la solicitud de la medida, e, inclusive, puede ser un elemento a considerar por el tribunal el comportamiento que hayan observado las partes durante la sustanciación del proceso mismo.[649]

En España RAMOS, reconociendo las dificultades que produce esta materia y en relación con la regulación que efectuaba la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, indicaba que "la cuantificación de la fianza la realiza el juez libremente en función de las circunstancias del caso. La ley sólo indica que ha de ser *bastante*. Este concepto de suficiencia está en clara relación con la finalidad de la garantía: res-

647 Fallos Nº 61 (1963), p. 277.

648 En España PÉREZ DAUDÍ observa a este propósito que "es cierto que la caución asegura la indemnización de los daños y perjuicios que puedan producirse por el alzamiento de la medida cautelar, pero se trata de unos daños potenciales que aún no han surgido. Precisamente su determinación constituye uno de los aspectos más difíciles de esta institución. Su valoración por el órgano judicial puede hacer que un medio destinado a garantizar el resultado del proceso devenga totalmente ineficaz, y sólo la prudencia del juez lo puede evitar". *Las medidas cautelares...*, ob. cit., p. 145.

649 En este sentido, en el derecho inglés los tribunales pueden discrecionalmente decidir no dar lugar a la ejecución del compromiso de indemnización, si consideran que la conducta del demandado, en relación con la concesión de la medida provisional o con la ejecución del compromiso, no lo amerita.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

ponder de la indemnización de daños y perjuicios que pueda causar la medida. Una valoración previa y ponderada del importe de estos ha de servir de pauta para fijar la cuantía de la fianza. Sin embargo, en muchas de las hipótesis en las que es de aplicación esta norma, el problema sólo puede resolverse con el *standard* jurídico de la libre apreciación judicial, sobre todo si se ha de entrar en la valoración de posibles daños morales que pudiere ocasionar la medida".[650]

También puede servir de auxilio al momento de fijar el monto de la caución analizar lo ocurrido con los otros presupuestos de concesión de la medida.[651] Así, por ejemplo, si el actor ha acreditado un *fumus* intenso, acompañando comprobantes que reflejan con toda claridad la existencia de la deuda, lo cual hace altamente probable un fallo en su favor, en este evento el monto de la cuantía puede ser menor que tratándose de casos graves y urgentes (art. 299 del CPC) en que se conceden las medidas sin que se acompañen los comprobantes, o que tratándose de medidas prejudiciales precautorias se conceden sin que exista aún un proceso.[652]

[650] RAMOS, "Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil", en *Justicia*, I (1985), p. 85. En la actualidad la LEC dispone sobre este particular en el art. 728.3 apartado 2 que "El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida".

[651] En la doctrina española PÉREZ DAUDÍ es categórico en el rechazo de esta posibilidad: "En el momento de cuantificar el importe de la caución no debe tenerse en cuenta el grado de concurrencia de otros presupuestos. En principio estos son independientes entre sí. El único criterio válido son los daños y perjuicios que ocasionará al demandado la medida cautelar adoptada para asegurar la indemnización si la pretensión garantizada es desestimada". *Las medidas...*, ob. cit., p. 145. Más realista CALDERÓN CUADRADO observa que "si la prestación de fianza no interviene en la exigencia de los demás requisitos, estos en sentido inverso sí pueden mostrar su influjo, no tanto respecto de la exigibilidad de la caución, aunque también, como de su cuantificación. En efecto, en todas aquellas medidas donde la imposición de una contracautela se deja al arbitrio judicial, el juez no dejará de estar influido por los otros dos presupuestos. A mayor grado de apariencia las razones que justificarían la fianza disminuirían y viceversa, alegado un cierto peligro su mayor o menor acreditamiento puede servir al órgano jurisdiccional para requerir la prestación de fianza". Agrega la autora que "prescindiendo de esta potencial influencia, lo cierto es que a la hora de cuantificar la caución exigible, si bien siempre ha de tomarse en consideración los daños y perjuicios que hipotéticamente se causen al sujeto pasivo de la medida por la ilicitud de la misma, también interferirá un posible y futuro alzamiento por falta de justificación". *Las medidas...*, ob. cit., p. 54.

[652] Los tribunales chilenos al respecto han señalado que "con lo relacionado precedentemente y considerando que la medida prejudicial precautoria que se garantiza con la fianza del Sr. [...] se solicitó hasta por la suma de $ 800.000, resulta evidente que de acuerdo con los términos de los artículos 279 del Código de Procedimiento Civil y 2350 del Código Civil, el fiador propuesto no es solvente

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

6. LEGITIMACIÓN, COMPETENCIA Y CUADERNO INCIDENTAL (ABANDONO DEL PROCEDIMIENTO)

6.1. *Legitimación*

6.42. En el sistema jurídico nacional el legitimado para pedir una medida cautelar es el sujeto activo de la relación procesal, esto es, el actor del juicio principal y el demandado en el caso que hubiere reconvenido. En este último evento solo en cuanto a las pretensiones que hubiere hecho valer en su escrito de reconvención.

Si nos fijamos en la redacción con la que comienza el art. 290 del CPC, primero del título V, del libro II, vemos que señala que para asegurar el resultado de la acción *puede el demandante* en cualquier estado del juicio pedir una o más de las medidas que el propio artículo señala.[653] Por su parte, el artículo 173 del proyecto de Código Procesal Civil dispone, bajo el rubro legitimación, que "Las medidas cautelares pueden ser solicitadas por todo aquel que *hubiere hecho valer una pretensión en el proceso* o anunciare su interposición en etapa prejudicial".

No es factible, por tanto, que el demandado pida al tribunal la concesión de una o más de estas medidas en cuanto sujeto pasivo de la relación jurídica procesal. Se opone a ello la estructura de estas medidas, la finalidad de las mismas y la forma como se encuentran redactadas las normas relativas a estas medidas. Nuestros tribunales desde muy temprano así lo entendieron. De este modo la Corte de Apelaciones de Concepción el año 1911 señaló que "Para que proceda decretar las medidas precautorias, es necesario que con ellas se tienda a asegurar el resultado del juicio".[654] Al año siguiente la misma Corte de Concepción resolvió que "Las medidas precautorias no pueden decretarse a petición de un demandado, que no ejercita acción en el juicio, aunque haya citado de evicción

pues el inmueble que justificaría la suficiencia de sus bienes se encuentra hipotecado por un valor que sumado al monto de la fianza excede su valor de compra". Gaceta, Nº 77 (1986), p. 28.

[653] No se olvide que en el Proyecto de Blest Gana de 1871 el primer artículo dedicado a estas medidas expresaba que "Puede *el demandante*, para asegurar el resultado de la acción que entabla, solicitar separada o conjuntamente las siguientes providencias precautorias". *Proyecto de Ley de enjuiciamiento civil de 1871*, ob. cit., p. 4. Lo mismo el art. 225 del Proyecto Lira: "Para asegurar el resultado del juicio puede el demandante pedir [...]".

[654] Gaceta de los Tribunales t. 2, (1911), p. 980, sent. 1252.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

en el juicio".[655] De allí que es recomendable que el demandado, en los casos que tenga un derecho que ejercer en contra del actor, presente la correspondiente reconvención para después solicitar, si así lo desea, una o varias medidas cautelares que garanticen su pretensión. Así también muy pronto lo resolvió la jurisprudencia nacional. La Corte de Apelaciones de Valdivia señaló el año 1913: "Pueden decretarse medidas precautorias a petición del demandado que ha reconvenido, para garantizar los resultados de su reconovención".[656] Lo anterior ha sido reiterado a lo largo de los años. En cuanto a los fines que estas medidas cumplen la Corte Suprema el año 1997 señaló:

> La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes del demandado tiene por fin *asegurar la acción entablada*, objetivo general de toda medida precautoria, según lo establece el art. 290 del Código de Procedimiento Civil al disponer que se pueden otorgar "Para asegurar el resultado de la acción", lo que se reitera en el art. 298 del mismo cuerpo legal al sostener que "las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los *resultados del juicio*". Este mismo principio se expresa particularmente respecto de la medida de prohibición de celebrar actos y contratos en el art. 296 del citado Código al establecer que esta puede decretarse: "también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio".[657]

La legitimación activa, por tanto, recae en la persona que ha presentado la demanda, el actor de la relación procesal quien, reitero, para resguardar el pago de su pretensión puede pedir una o más medidas cautelares.

6.2. *Tribunal competente para conocer la solicitud de una medida precautoria*

6.43. El art. 108 del COT establece que "La competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones". Como se sabe, los elementos que en nuestro sistema determinan la denominada competencia absoluta son la cuantía, el fuero y la materia. Estos criterios permiten establecer dentro del amplio abanico de tribunales que existen en la república, cuál es el llamado a conocer

[655] Gaceta de los Tribunales, t. 2 (1912), p. 326, sent. 929.
[656] Gaceta de los Tribunales, t. 3 (1913), p. 1214, sent. 388.
[657] *RDJ*, t. XCVI (1999), 2ª parte, sec. 1ª, p. 15. (Énfasis añadido).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

del negocio.[658] Como también se sabe, lo actuado ante un tribunal incompetente es nulo.

En el ámbito concreto de nuestro libro recordemos que el art. 290 del CPC dispone que para asegurar el resultado de la acción puede el demandante "*en cualquier estado del juicio, aun cuando no estuviere contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas* [...]". De conformidad con esta disposición las medidas precautorias pueden solicitarse en cualquier estado del pleito, esto es, en primera o en segunda instancia. Ahora bien, lo normal es que se pidan en primera instancia y de ordinario en un otrosí del escrito que contiene la demanda. Pero nada impide, sino que por el contrario se encuentra expresamente autorizado según lo hemos visto, que sean requeridas en un estadio y en una instancia procesal diversa. Nos referiremos a las diferentes situaciones que pueden presentarse.

6.2.1. Solicitud antes del inicio del proceso

6.44. Los arts. 273 y 279 del CPC permiten iniciar el proceso judicial por medio de una medida prejudicial precautoria. En este evento, rigen las reglas generales de competencia previstas en el COT. Dependiendo, por tanto, de la materia será competente en primera instancia para decretar la medida prejudicial precautoria el juez civil, familiar,[659] laboral,[660] ambiental,[661] de policía local,[662]

[658] COLOMBO, Juan, *La competencia*, 2ª ed., 2004, Editorial Jurídica de Chile, p. 133.
[659] Ley Nº 19.968, art. 22: "Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, *o antes de su inicio*, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes [...]".
[660] El inciso 3º del artículo 444 del Código del Trabajo señala que "Las medidas precautorias se podrán disponer en cualquier estado de tramitación de la causa aun cuando no esté contestada la demanda o *incluso antes de su presentación, como prejudiciales*. [...]".
[661] El artículo 24 de la Ley Nº 20.600, que creó los Tribunales Ambientales, intitulado de las medidas cautelares, señala en su inc. 2º lo siguiente: "El Tribunal podrá decretar estas medidas en cualquier estado del proceso o *antes de su inicio* y por el plazo que estime conveniente. Podrá decretarlas de oficio o a petición de parte, según corresponda, de acuerdo a las normas generales, debiendo en este último caso resolver mediante resolución fundada, sea de plano o con citación".
[662] El artículo 30 de la Ley Nº 18.287, que establece el procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, señala en su inc. 2º lo siguiente: "[...] En los casos que el Tribunal estime urgentes, podrá conceder las medidas precautorias antes

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

el TDLC,[663] e, incluso, el juez árbitro si el arbitraje ya se hubiese constituido. Tratándose de esta última situación la única excepción se produce respecto de las medidas prejudiciales precautorias que se solicitan cuando el arbitraje no se ha constituido todavía. Las gestiones previas a la constitución del arbitraje deben ser conocidas por los tribunales ordinarios de justicia.[664]

6.45. De este modo se ha declarado incompetente de manera absoluta, en razón de la materia, al juez de letras que concedió una medida prejudicial precautoria de prohibición para que la Corporación de Reforma Agraria tomara posesión de un predio expropiado, porque dicha competencia era de los tribunales agrarios. En este proceso el actor solicitó al Primer Juzgado de Letras como medida prejudicial "prohibir que CORA tome posesión o ejecute actos de reforma agraria, en relación con su predio, mientras no se resuelva la procedencia o improcedencia de la expropiación que discutirá, agrega, en el juicio ordinario correspondiente". Frente a esta solicitud el juez *a quo* dio lugar a la medida prejudicial. Notificada esta resolución, la CORA dedujo incidente de nulidad basado en que el juez de letras carecía de jurisdicción o competencia conforme a lo dispuesto en los arts. 145 de la Ley Nº 16.640 y 41 del DFL 2 sobre

de notificarse la demanda, *en el carácter de prejudiciales*, siempre que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del Tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan".

[663] El art. 25 del DL 211 dispone en lo pertinente: "El Tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá decretar en cualquier estado del juicio o *antes de su iniciación* [...]".

[664] La Corte Suprema ha dicho que "de acuerdo a lo señalado en los artículos 279, 290 y 298 del CPC las medidas contempladas o no por el legislador, cuando se piden en forma prejudicial siempre son de conocimiento, resolución y ejecución de la justicia ordinaria, cualquiera sea la convención de las partes respecto del tribunal que debe fallar el litigio de fondo. Por lo mismo, las medidas prejudiciales precautorias no pueden ser dispuestas por los jueces árbitros, pues necesariamente presuponen la falta de constitución del juicio arbitral [...]. Que la referida decisión que radica en la justicia arbitral el conocimiento de la medida prejudicial precautoria vulnera lo dispuesto en los artículos 5º y 109 del Código Orgánico de Tribunales y 279, 290 y 298 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que los jueces árbitros sólo tienen competencia respecto de las materias que el legislador y las partes expresamente les han conferido, lo que presupone la constitución del compromiso y, por lo mismo, excluye la posibilidad de que se les planteen medidas precautorias con carácter prejudicial, las que, al ser solicitadas en forma previa a la constitución del compromiso, siempre serán de conocimiento de los tribunales ordinarios". RDJ, t. XCIV (1997), segunda parte, sec. 1ª, pp. 2 y 3.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

tribunales agrarios. El incidente de nulidad fue acogido por el mencionado juzgado de letras y la Corte de Apelaciones, conociendo del recurso interpuesta por el solicitante, confirmó dicha resolución señalando: "[Q]ue la cuestión propuesta era de competencia por declinatoria y concretando más, de incompetencia absoluta en razón de la materia y que, consecuencialmente, sus fundamentos son de orden público, irrenunciables para las partes, las que no pueden acordar la prórroga de ella y que incluso, podría ser declarada de oficio por el tribunal".[665]

6.2.2. Proceso en primera instancia

6.46. Cuando el proceso comienza mediante el escrito de demanda es competente para resolver la respectiva solicitud el tribunal que está conociendo de la causa. Al respecto, el inciso 1º. del art. 111 del COT señala que "el tribunal que es competente para conocer de un asunto lo es igualmente para conocer de todas las incidencias que en él se promuevan". Parece claro que la solicitud de una medida precautoria es una de aquellas incidencias previstas en el art. 111 del COT. Ahora bien, esta competencia del juez de primera instancia se mantiene incluso si el tribunal hubiere citado a las partes a oír sentencia en virtud de lo dispuesto en el art. 433 del CPC. En efecto, si bien es cierto que una vez que se ha dictado y notificado la aludida resolución "no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género", ello es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 290 del CPC, esto es, de la facultad que tiene el demandante de pedir una o más medidas precautorias.

Ahora bien, la resolución del juez *a quo* que se pronuncia sobre una medida precautoria, sea acogiéndola, sea rechazándola, puede ser impugnada mediante el recurso de apelación. En el caso de las medidas precautorias previstas en el CPC si bien existe una discusión en torno al tipo de resolución que se pronuncia sobre estas medidas –si es un auto o una sentencia interlocutoria– no existe mayor controversia en cuanto a la procedencia del recurso de apelación en su contra, ya de forma directa (sentencia interlocutoria) ya de forma supletoria del recurso de reposición (auto). En materia familiar, por su parte, el art. 67 de la Ley Nº 19.968 señala que "Las resoluciones serán impugnables a través de los recursos y en las formas que establece el Código de Procedimiento Civil, siempre que ello no resulte

[665] Fallos Nº 188 (1974), pp. 111-113.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

incompatible con los principios del procedimiento que establece la presente ley, y sin perjuicio de las siguientes modificaciones: [...] 2) Sólo serán apelables la sentencia definitiva de primera instancia, las resoluciones que ponen término al procedimiento o hacen imposible su continuación, *y las que se pronuncien sobre medidas cautelares* [...]" (Énfasis añadido).

En materia laboral del mismo modo el art. 476 dispone que "*Sólo serán susceptibles de apelación* las sentencias interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, *las que se pronuncien sobre medidas cautelares* y las que fijen el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social. *Tratándose de medidas cautelares, la apelación de la resolución que la otorgue o que rechace su alzamiento, se concederá en el solo efecto devolutivo*".[666]

En estos casos la competencia para resolver la solicitud de la providencia precautoria se traslada, lógicamente, al tribunal *ad quem*, quien examinará las compulsas del cuaderno de medidas precautorias y determinará si la resolución del juez *a quo* que desechó o aceptó la petición de la medida cautelar debe o no ser enmendada con arreglo a derecho. La Corte de Apelaciones tiene competencia para confirmar, modificar o revocar la resolución de primera instancia. Esta resolución no es susceptible de ser recurrida de apelación. Al respecto dispone el art. 187 del CPC: "Son apelables todas las sentencias definitivas y las interlocutorias de *primera instancia*, salvo los casos en que el tribunal deniegue expresamente este recurso". En la actualidad la resolución de la Corte de Apelaciones que se pronuncia sobre la solicitud de una medida cautelar no es objeto de ningún otro recurso. Con la reforma que se llevó adelante el año 1995 a los recursos de casación y al recurso de queja por la Ley Nº 19.734, la Corte Suprema prácticamente no tiene competencia para conocer de esta materia.

6.2.3. Proceso en segunda instancia

6.47. ¿Qué sucede cuando el proceso ha concluido por sentencia definitiva de primera instancia y se encuentra tramitándose en segunda y el actor desea pedir una medida cautelar? Como sabemos nuestros procesos civiles por regla general tienen una tramitación bi instancial. En estos casos la apelación de la sentencia definitiva que puso término a la primera instancia se concede por, regla general, en ambos efectos (art. 194 Nº 2 en relación con el art. 195, ambos del CPC). En este evento, por tanto, parece que la competencia para pronunciarse sobre la petición de una medida cautelar es de la respectiva Corte de Apelaciones. Es ante este tribunal que el actor *debería* acudir porque es el único que tiene competencia en la causa.[667]

La doctrina y jurisprudencia nacionales, sin embargo, sostienen que el tribunal de primera instancia mantiene excepcionalmente la competencia para pronunciarse sobre la petición de una medida cautelar. En este sentido, ANABALÓN observa que "otorgada, pues, la apelación en ambos efectos queda *ipso facto* en suspenso la jurisdicción del tribunal inferior e impedido, por supuesto, para continuar interviniendo en la cuestión dentro del cual se interpuso el recurso [...]. Sin embargo, aquel tribunal o tribunal recurrido aun conserva su jurisdicción para entender en todos los asuntos en que la ley expresamente así lo disponga [...]. Junto con estos asuntos y gestiones pueden comprenderse asimismo aquellos de que conocen los tribunales en *cualquier estado de la causa* como [...] la solicitud de medidas precautorias [...]".[668] En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, quien revocando una resolución de la Corte de Apelaciones de Valparaíso señaló:

> Que el fundamento del recurso de queja de fojas 2 se hace consistir en que la jueza del Tercer Juzgado Civil de Valparaíso concedió una medida precautoria de retención de bienes determinados, en circunstancias de que la causa en que se decretó esta medida se encontraba con sentencia definitiva y con apelación concedida en ambos efectos [...], conservando este tribunal únicamente jurisdicción para conocer de los casos expresamente contemplados en la ley, sin que entre ellos se encuentre el de permitir la concesión de medidas precautorias; Que una sala de la Corte de Valparaíso acogiendo el recurso de queja, dejó sin efecto dicha medida argumentando que [...] la norma del artículo 290 del Código de Procedimiento Civil debe entenderse respecto de tribunales que tengan jurisdicción, lo que no concurría en este caso, la que se encontraba suspendida en virtud del efecto propio del recurso de apelación [...]; Que si bien es efectivo que el antedicho artículo 191 señala que suspenderá la jurisdicción del Tribunal inferior una vez concedido un recurso

[666] En materia ambiental y de policía local no se previó la posibilidad de apelar de la resolución que falla la solicitud de una medida precautoria. Véase, al respecto, los artículos 26 y 32 de la leyes 20.600 y 18.287, respectivamente. Pareciera que no hay forma de impugnar dichas resolución ante un tribunal superior. Esta situación no deja de ser criticable porque se aparta, sin razón aparente, de la regla que rige en las demás materias en este ámbito.

[667] Similar regla debería aplicarse en caso de pedirse el alzamiento de la medida.

[668] *Tratado práctico de derecho procesal civil chileno*, t. II, Santiago (Chile), 1946, pp. 232 y 233. En el mismo sentido se pronuncia ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., p. 273.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

de apelación que comprenda los efectos suspensivos y devolutivos, *dicha suspensión debe entenderse referida únicamente al negocio principal en el cual se dictó la sentencia que es materia de la apelación. De tal modo que el juez de primer grado sigue con jurisdicción para conocer o seguir conociendo de incidentes que se promuevan con relación a la causa principal, afirmación que se colige de lo prevenido en el artículo 87 del Código de Procedimiento Civil, norma que establece la distinción entre incidentes que suspenden o no el curso de la causa principal siendo precisamente el caso de las medidas precautorias uno de aquellos incidentes que no suspenden el curso de la cuestión principal,* como lo previene el artículo 302, al señalar que el incidente a que den lugar estas medidas se tramitarán en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada; Que, por último, esta afirmación está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil que autoriza al demandante para asegurar el resultado de la acción –en cualquier estado del juicio, aun cuando no esté contestada la demanda– pedir las medidas que dicha disposición previene, *norma que no puede ser restringida por el hecho de existir sentencia en el pleito con apelación pendiente,* sobre todo si se considera que en el presente caso ha sido el fallo favorable al actor lo que hace aún más plausible el ejercicio de este derecho; Que en consecuencia, al dar lugar la jueza recurrida a una medida precautoria solicitada por el demandante, pese a encontrarse la causa con fallo apelado, no ha podido cometer falta o abuso, susceptible de ser enmendado por esta vía".[669]

Lo anterior no nos parece correcto. Por un lado, el argumento de nuestra doctrina de ser medidas *que pueden solicitarse en cualquier estado de la causa* y, por ello, deben pedirse ante el juez de primera instancia no encuentra sustento legal. Por el otro, si se analiza la disposición que concede la apelación en ambos efectos y las excepciones que allí se consagran en cuanto a la competencia que el tribunal *a quo* conserva, no parece que pueda pronunciarse sobre la solicitud de una medida cautelar. Veamos lo que dispone el art. 191:

"Cuando la apelación comprenda los efectos *devolutivo* y *suspensivo* a la vez, se suspenderá la jurisdicción del tribunal inferior para seguir conociendo de la causa".

[669] Fallos, Nº 360 (1988), pp. 753 y 754. (Énfasis añadido). Igualmente, se ha resuelto "Que conforme lo previene el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, el incidente a que den lugar las medidas precautorias se tramitará en conformidad con las reglas generales y por cuerda separada, de tal modo que dicho artículo, de acuerdo a lo provenido en el artículo 87 del referido Código, no es de aquellos que suspenden el curso de la causa principal; Que en razón de lo dicho precedentemente, resulta que si bien en la causa principal de los autos caratulados [...], se encuentra suspendida la jurisdicción del tribunal *a quo* por existir un recurso de apelación concedido en ambos efectos, *es lo cierto que dicha situación no puede afectar al cuaderno de medidas precautorias, ya que el juez conserva su jurisdicción para resolver las cuestiones que en este último cuaderno se plantean;* Que de este modo, el tribunal de primer grado al denegar la solicitud del actor para que suspenda la tramitación del cuaderno sobre medidas precautorias ha actuado en forma legal y por consecuencia no ha cometido falta o abuso". Fallos Nº 365 (1989), p. 132. (Énfasis añadido).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

"Podrá, sin embargo, entender en todos los asuntos e*n que por disposición expresa de la ley conserve jurisdicción,* especialmente en las gestiones a que dé origen la interposición del recurso hasta que se eleven los autos al superior, y en las que se hagan para declarar desierta o prescrita la apelación antes de la remisión del expediente". (Énfasis añadido).

De la literalidad del art. 191 la única posibilidad que parece existir para que el juez *a quo* pueda resolver sobre una medida precautoria, pese a la existencia de un recurso de apelación concedido en ambos efectos, es la existencia de una norma que expresamente así lo permita. Entiendo que tal disposición no existe en nuestro ordenamiento procesal. En el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por tanto, debemos entender que la medida otorgada por el juez de primera instancia adolecía de un vicio de nulidad, nada menos que por haber sido concedida por un juez que no tenía competencia para ello. En este sentido, ESPINOSA señala que "fuera de estos casos excepcionales, el tribunal inferior carece de toda competencia tratándose de una apelación concedida en el efecto suspensivo y todo lo obrado por él con posterioridad a la concesión del recurso adolecerá de nulidad en virtud de dicha incompetencia".[670] Ya sabemos que la Corte Suprema no lo entendió de este modo.

Ahora bien, el argumento central que parece surgir de los fallos de nuestro máximo tribunal recién citados es el hecho de que las medidas cautelares se tramitan en cuaderno separado. En palabras de la Corte "[...] *dicha suspensión debe entenderse referida únicamente al negocio principal en el cual se dictó la sentencia que es materia de la apelación. De tal modo que el juez de primer grado sigue con jurisdicción para conocer o seguir conociendo de incidentes que se promuevan con relación a la causa principal, afirmación que se colige de lo prevenido en el artículo 87 del Código de Procedimiento Civil, norma que establece la distinción entre incidentes que suspenden o no el curso de la causa principal siendo precisamente el caso de las medidas precautorias uno de aquellos incidentes que no suspenden el curso de la cuestión principal* [...]".

Aquí parecen haber dos argumentos complementarios: (i) el primero que la suspensión de la competencia del juez *a quo* solo se refiere al negocio principal; (ii) el segundo que las medidas precautorias serían de aquellos incidentes que no suspenden la tramitación de este negocio. Este segundo argumento parece reforzar al primero: al tramitarse las medidas precautorias en un cuaderno separado

[670] ESPINOSA, *De los recursos procesales en el Código de Procedimiento Civil,* 6ª ed., Santiago, 1985, pp. 34 y 35.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

puede el juez *a quo* pronunciarse sobre su solicitud porque la suspensión solo se predica respecto del proceso principal. Por tanto, si las referidas medidas *fueran* tramitadas en este último cuaderno sería competente el juez *ad quem;* como no lo son, es competente el juez *a quo.* Más adelante analizaremos si la solicitud de una medida precautoria genere o no un incidente (desde luego adelanto que para la gran mayoría de autores y tribunales la respuesta es negativa), lo importante ahora es concentrarnos en el primer razonamiento de la Corte: lo relevante sería entonces que la suspensión de la competencia del juez *a quo* solo se refiere al cuaderno principal y no afecta al incidental. Lo anterior, como se comprenderá, nos conduce a preguntarnos por la relación que existe entre uno y otro cuaderno lo que será analizado en el siguiente apartado.

6.3. *Cuaderno separado*

6.48. Las medidas precautorias se tramitan, como sabemos, en un cuaderno separado y no en el principal. Son varias las consecuencias procesales que se siguen de esta situación. Así, por ejemplo, el art. 87 del CPC señala: "Si el incidente es de aquellos sin cuya previa resolución no se puede seguir substanciando la causa principal, se suspenderá el curso de esta, y el incidente se tramitará en la misma pieza de autos. En el caso contrario, no se suspenderá el curso de la causa principal, y el incidente se substanciará en ramo separado". La petición de una medida precautoria no suspende el curso del negocio principal, que sigue avanzando hacia su fin con independencia de la tramitación de la medida requerida por el actor.

6.49. Una segunda consecuencia procesal se plantea a propósito del abandono del procedimiento. En este evento se trata de establecer si las gestiones que se materializan en el cuaderno de medidas precautorias pueden o no ser consideradas como *gestiones útiles* a los efectos de lo previsto en el art. 152 del CPC: "El procedimiento se entiende abandonado cuando todas las partes que figuran en el juicio han cesado en su prosecución durante seis meses, contados desde la fecha de la última resolución *recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos*". Es en relación con este incidente que analizaremos la idea que ha sostenido la Corte Suprema en cuanto a que la suspensión de la competencia del juez *a quo* –cuando la apelación ha sido concedida en ambos efectos– solo se refiere al negocio principal y no al accesorio. Es a este propósito que responderemos

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

la pregunta relativa a la relación que existe entre ambos cuadernos. Al respecto la Corte Suprema recientemente ha dicho:

> Que, seguidamente, en lo referente a la cuestión necesaria de dilucidar por esta Corte, relativa a la utilidad que pudiera tener la actividad desplegada por el actor en el cuaderno de medida precautoria, debe tenerse en consideración, como cuestión previa, que la doctrina y jurisprudencia han sostenido y resuelto, respectivamente, en orden a darle el carácter de útil a las gestiones llevadas a cabo en el cuaderno cautelar, pues se entiende que el objeto de estas medidas precautorias es evitar que el demandante se vea burlado en sus derechos que puedan ser reconocidos en la sentencia, asegurándole el legislador, de este modo, el resultado de la acción interpuesta.
>
> *Por esta íntima relación entre el resultado de la acción y las medidas aludidas, se considera que ambos cuadernos son un solo todo en el juicio mismo, constituyendo el grado de interdependencia entre ambos el factor que impide estimarlos en forma separada para efectos del abandono del procedimiento.*
>
> *La independencia de algunos cuadernos del pleito, no puede hacer que se les tenga como absolutamente desvinculados unos de otros, ya que integran un mismo proceso y únicamente se forman para facilitar el ejercicio de la acción y defensa relacionada con el cuaderno principal, de suerte que lo actuado en uno de ellos produce variados efectos, uno de los cuales, precisamente, es el de interrumpir los plazos de inactividad previstos en la ley* (ANABALÓN SANDERSON, *Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno,* volumen II, p. 58; C.S. Gacetas Jurídicas Nº 94, p. 19 y Nº 112, p. 13); (c. 6º).
>
> Que a lo anterior debe agregarse que lo que cuida el legislador con la institución del abandono, es la actividad normal del juicio, del proceso, lo que importa comprometer un conjunto de actos procesales considerados por la ley en los que intervienen estrechamente vinculados las partes, el propio tribunal, y, a veces, terceros; conforme a ello se ha argumentado que con el abandono "lo que se sanciona es la inactividad de las partes en todo el juicio, y este está compuesto por todas las acciones y excepciones que se han hecho valer y que se tramitan en sus diversos cuadernos. Así, la inactividad está relacionada con la totalidad del litigio y no sólo referida a uno de sus cuadernos" (Corte Suprema, 21 de septiembre de 1994, RDJ, Tomo XCI, septiembre-diciembre de 1994, sección 1ª, p. 83); (c. 7º.);
>
> Que, en las condiciones anotadas, necesariamente debe colegirse que el procedimiento no se encontraba abandonado al momento en que se solicitó hacer tal declaración, desde que la actuación de la demandante, consistente en la solicitud de medidas precautorias de 7 de mayo de 2012, resuelta el día 10 del mismo mes y año, resultó ser hábil para sustraerlo de la inactividad, interrumpiendo así el plazo estatuido en el artículo 152 citado, e impidiendo que este se concretara"; (c. 8º.).[671]

Como se aprecia de acuerdo con este fallo el proceso constituye una unidad y solo por razones prácticas y de economía procesal se permite que se tramite en más de un cuaderno, pero siendo, en

[671] Corte Suprema 23 de enero de 2014, rol 157-2013. Pronunciado por la Primera Sala por los ministros Nibaldo Segura P., Juan Araya E., Guillermo Silva C., Sra. Rosa Maggi D. y Abogado Integrante Sr. Emilio Pfeffer U.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

palabras de la Corte, *el grado de interdependencia entre ambos el factor que impide estimarlos en forma separada para efectos del abandono del procedimiento.* Sería extraño considerar al proceso jurisdiccional como una unidad *solo* para los efectos de este incidente y no para el resto de las situaciones procesales que se presenten. Si nos fijamos el argumento en materia de medidas precautorias fue que la suspensión de la competencia del juez *a quo* –cuando la apelación ha sido otorgada en ambos efectos– solo se refiere al negocio principal y, por ello, el tribunal inferior puede resolver sobre la petición de una medida cautelar. En el incidente de abandono del procedimiento, sin embargo, el proceso constituye un todo y, por tanto, lo actuado en el cuaderno de medidas precautorias sí debe tenerse presente como gestión útil al momento de computar el plazo de seis meses que exige dicho incidente. Me parece que lo razonable es siempre entender que el proceso es un todo y que existe una lógica e íntima armonía entre los diversos cuadernos en que se tramita, de tal forma de considerar los efectos de esta situación no solo para el incidente de abandono del procedimiento, sino para todas las demás materias procesales en las que se presente similar problema.[672]

[672] Con anterioridad al fallo analizado la Corte Suprema había sostenido la tesis contraria: "11º) Que el segundo error de derecho se lo hace consistir en la circunstancia de haberse concluido que las actuaciones realizadas en el cuaderno separado de medidas precautorias no son hábiles para entender que se ha instado para la prosecución del juicio. Sin embargo, tal error no existe, porque es indudable según la ley que las únicas gestiones que tienden a dar curso progresivo a los autos, son aquellas que apuntan a poner en movimiento la causa, pasando de una etapa procesal a otra, a fin de que ella concluya por la vía natural, esto es, para obtener la dictación de sentencia de término. Si bien es cierto que, en principio, podría aceptarse que lo actuado en determinado cuaderno podría, eventualmente, perseguir la finalidad antes dicha, ello no es el caso del cuaderno separado de medida precautoria, a que alude la resolución impugnada; 12º) Que, efectivamente, las denominadas medidas precautorias, que tienen consagración legal en los artículos 290 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, título V del Libro II, tienen como finalidad asegurar el resultado de la acción, tal como expresamente lo consigna el referido artículo 290, *pero no tiene, aparte de ello, ninguna relación con el juicio mismo, que avanza por su cuenta, en forma independiente de lo que en dicho cuaderno se resuelva. Tales asuntos son accesorios del juicio principal, por lo que siguen la suerte de este, y no al revés. De tal manera, también los jueces del fondo tienen la razón en esta materia, por lo que no han incurrido en los errores de derecho que se les imputa en la segunda sección de yerros de derecho*; 13º) Que, finalmente, el tercer error de derecho dice relación con haber estimado que las resoluciones de fs. 336 y 337 del cuaderno principal y de fs. 59 y 60 de estas compulsas, no constituyen gestiones útiles para dar curso progresivo a los autos. Sobre esto ya se adelantó que las referidas gestiones corresponden a resoluciones dictadas por la Corte de Apelaciones, esto es, son actuaciones judiciales del tribunal, y *no constituyen resoluciones que hayan recaído en alguna gestión de parte, útiles para dar curso progresivo al procedimiento, ya que recayeron en un cuaderno incidental, esto es, accesorio del principal.* De este modo, es inefectivo que el plazo de seis meses sólo haya comenzado a correr el día 30 de enero de 2004; 14º) Que, resumiendo lo anteriormente expresado, cabe manifestar que las invocadas son actuaciones del tribunal y no de las partes, que es en quien recae la obligación del impulso procesal; además, que es un hecho que transcurrieron más de seis meses de inactividad de las partes; que el incidente de medidas precautorias no dice relación con el avance del proceso, sino que tiende a asegurar el resultado del mismo, no siendo un incidente de previo y especial pronunciamiento, sino que su objeto es asegurar el resultado de la acción; 15º) Que, como conclusión, no se han producido los yerros de derecho denunciados por los recurrentes, de tal manera que su recurso no puede prosperar y debe ser rechazado". (Énfasis añadido). Corte Suprema, 20 de julio de 2005, rol 4349-2005. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Ricardo Gálvez; Enrique Cury y Milton Juica; y los abogados integrantes José Fernández y Arnaldo Gorziglia.

El presente fallo causa perplejidad, sobre todo por la escasa relación que, en opinión de los ministros, tienen las medidas precautorias con el cuaderno principal.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

6.50. Algo parecido ha sostenido la Corte Suprema tratándose de un recurso de apelación interpuesto en contra del alzamiento de una medida precautoria, y en el que se ha pedido y obtenido una orden de no innovar. Como sabemos, la apelación en este evento se concede en el solo efecto devolutivo (art. 190 Nº 4 del CPC). Sin embargo, se puede pedir una orden de no innovar que de acuerdo con el art. 192 inc. 2º suspende los efectos de la resolución recurrida o paraliza su cumplimiento. Pues bien, solicitado el abandono del procedimiento la Corte ha sostenido que el período de tiempo que transcurre mientras dura la orden de no innovar, no debe contabilizarse a los efectos de declarar el abandono del procedimiento, porque ninguna actuación útil puede materializarse ante el juez *a quo*. En esta situación no se argumentó que la apelación y la orden de no innovar se referían a un cuaderno auxiliar y que, por lo tanto, la suspensión de la competencia del tribunal inferior solo debía acotarse a dicho cuaderno. Por el contrario, la Corte Suprema entendió que la suspensión afectaba a todo el proceso. Señaló nuestro máximo tribunal:

> Que, en consecuencia, habiéndose decretado orden de no innovar en este proceso el 10 de septiembre de 2004 con motivo del conocimiento del recurso de apelación que se dedujera contra la resolución que dispuso el alzamiento de la medida prejudicial precautoria, sin que se limitaran o restringieran sus efectos, *se suspendió la competencia del tribunal de primer grado para seguir conociendo de la causa, efecto que se extendió hasta el momento en que el tribunal de alzada se pronunció respecto del recurso aludido, pues no pueden ignorarse los efectos de la orden de no innovar en la tramitación del proceso cuando esta se realiza en un cuaderno o expediente.* (C. 5º);

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

[...] Que, como puede apreciarse, el abandono del procedimiento constituye un castigo al demandante negligente, que no realiza las actuaciones procesales que le son exigibles para dar curso al juicio o bien que no insta para que ellas sean llevadas a efecto por el tribunal, según corresponda. Por lo tanto, para que pueda imputarse la negligencia que justifica la declaración de abandono, debe pesar sobre el actor la carga de dar impulso al proceso, cuestión que evidentemente no ocurre cuando el juicio se encuentra paralizado en virtud de una orden de no innovar, como ha sucedido en el presente litigio según se dijo en los fundamentos precedentes.

En consecuencia, para el cómputo del plazo de seis meses que prevé el artículo 152 antes transcrito, debe descontarse el lapso que el proceso se mantuvo paralizado por efecto de la orden de no innovar. De este modo, si la última resolución recaída en gestión útil fue la de 17 de agosto de 2004, que dispuso la comparecencia de las partes a la audiencia de conciliación, y la siguiente actuación del actor tuvo lugar el 23 de junio de 2005, no habían transcurrido entre ambas fechas los seis meses de inactividad que prevé la ley, pues no ha de considerarse el período comprendido entre el 10 de septiembre de 2004 y el 20 de mayo de 2005, durante el cual rigió la orden de no innovar (c. 7º).[673]

7. Tramitación de la solicitud de una medida precautoria

6.51. Ya hemos observado que no fue sino hasta el proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1893, cuando se incorporó un precepto relativo a la forma de tramitar las medidas precautorias en el orden procesal civil chileno.[674] Si bien el *Proyecto de 1871* contenía una disposición aislada relativa a la forma de oponerse a la medida ya decretada, esta fue pronto eliminada.[675]

[673] Corte Suprema 11 de julio de 2007, rol Nº 475-06. Pronunciado por la Primera Sala por los Ministros Milton Juica A., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M. y Sr. Juan Araya E. y Abogado Integrante Sr. Ricardo Peralta V.

[674] Como se recordará, el artículo 292 del *Proyecto de 1893* dispuso a los efectos que "El incidente a que dieren lugar las medidas de que trata este título se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada.

Podrán, sin embargo, llevarse a efecto dichas medidas antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podrá ampliar este plazo por motivos fundados.

La notificación a que se refiere este artículo podrá hacerse por cédula, si el tribunal así lo ordena".

[675] Finalizaba el título II del *Proyecto de 1871* con un artículo relativo a la forma como debía tramitarse la oposición a la medida solicitada, señalando que ello se sustanciaría "por expediente separado, sin paralizar la tramitación del juicio, y con arreglo a lo dispuesto para la tramitación de los incidentes". *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. 6.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

La norma referida en el *Proyecto de 1893* se convirtió –prácticamente sin ninguna alteración– en el actual art. 302 del CPC, que señala:

> El incidente a que den lugar las medidas de que trata este título se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada.
>
> Podrán, sin embargo, llevarse a efecto dichas medidas antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podrá ampliar este plazo por motivos fundados.
>
> La notificación a que se refiere este artículo podrá hacerse por cédula, si el tribunal así lo ordena.

La redacción de este artículo ha dado lugar a diversas y enconadas controversias. Durante años se ha discutido por la doctrina y por la jurisprudencia chilena si el incidente al que alude el art. 302 en su inciso 1º surge inmediatamente con la presentación de la solicitud (evento en el cual el tribunal debería dar traslado a la contraparte) o si, por el contrario, él solo surge con la oposición del demandado a la medida ya concedida (evento en el cual la solicitud debe resolverse de plano). Del mismo modo, ha generado discusión el inciso final del art. 302 sobre cómo debe notificarse la resolución que concede una medida cautelar.

7.1. *Discusión sobre el alcance de los incisos 1º y 2º del art. 302*

Al respecto y en términos muy generales podemos ver que se han sustentado básicamente tres posiciones.[676]

7.1.1. Tramitación incidental de la medida precautoria

6.52. Señalan los partidarios de esta primera posición que de conformidad con lo previsto en el inciso 1º del artículo 302, las medidas precautorias no se decretan de inmediato sino que su solicitud da lugar a un incidente que debe ser tramitado y resuelto por el tribunal. En consecuencia, frente a la solicitud de una medida precautoria el juez debe ordenar la formación de un cuaderno separado y conferir traslado al demandado respecto de la respectiva solicitud. Lógicamente solo una vez resuelto el incidente de manera favorable a la

[676] *Vid.* ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 223 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

petición del actor la medida puede materializarse. Si, por el contrario, el incidente fuere rechazado no hay nada que ejecutar.

Es la posición que sostuvieron los primeros comentadores del CPC. Señalaban estos autores que las medidas precautorias "no se decretan inmediatamente, sino después de tramitadas como incidente, y no pueden llevarse a efecto sino una vez notificada la resolución a la persona a quien van a afectar, salvo que por razones especiales decrete el tribunal que se lleven a efecto sin esta notificación previa".[677]

Fue también la postura a la que adhirieron los tribunales en los primeros años de vigencia del CPC.[678] El año 1962 nuestra Corte Suprema, conociendo de un recurso de queja, señaló al respecto: "En efecto, del cuaderno sobre medidas precautorias tenido a la vista, aparece que se decretaron las solicitadas por el demandante, *después de dársele tramitación incidental a dicha petición.* El demandado pidió que se dejaran sin efecto dichas medidas por no haberse notificado dentro del plazo de cinco días, la resolución que las concedía. El juez *a quo* acogió la petición del demandado, pero apelada esta resolución el tribunal *ad quem* la revocó, porque las medidas no se decretaron para cumplirse de inmediato y mientras se tratara la solicitud respectiva, por lo que no era aplicable al caso el precepto del art. 302 del CPC [...]".[679]

Desde esta perspectiva, el inciso segundo del artículo 302 tendría el alcance de ser una excepción a la regla de que las resoluciones producen efecto desde que se notifican, puesto que estaría facultando al tribunal para disponer, si hubiere razones graves para ello, que la resolución que concede una medida precautoria (en este caso, la que resolvió favorablemente el incidente) se pueda cumplir y ejecutar antes de que se notifique al demandado. En este evento,

[677] TORO-ECHEVERRÍA, *Código de Procedimiento Civil anotado*, Santiago (Chile), 1902, p. 281; *vid.*, igualmente, RISOPATRÓN, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil*, Santiago (Chile), 1904, pp. 214 y 215; OTERO ESPINOSA, *Concordancias y jurisprudencia del Código de Procedimiento Civil*, 2ª ed., Santiago (Chile), 1910, p. 379.

[678] Así, se resolvió que "el incidente de medida precautoria no es de aquellos que sin cuya previa resolución no pueda seguirse sustanciando la causa principal y que deban tramitarse en la misma pieza de autos. Que por el contrario, según lo disponen los arts. 90 inciso segundo y 292 del CPC el incidente aludido debe seguirse en cuaderno separado sin que por ello se suspenda el curso del asunto principal". Citado por OTERO, *Concordancias...*, ob. cit., p. 379.

[679] Fallos Nº 45 (1962), p. 46. La sentencia de la Corte de Apelaciones posteriormente fue dejada sin efecto por la Corte Suprema. El fallo lo cito porque no hubo cuestionamiento a la forma como se tramitó la medida. Por el contrario la resolución de la Corte Suprema confirma la tramitación incidental.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

el solicitante tiene 5 días desde que la medida se llevó a efecto para notificarla. Este plazo puede ser ampliado por motivos fundados por el tribunal. Si transcurren los cinco días (o el plazo adicional dado por el tribunal) sin que la medida hubiere sido notificada, debemos entender que la misma caduca *ipso facto.* En el fallo que recién hemos citado la razón que tuvo la Corte de Apelaciones para revocar la decisión del juez *a quo* fue que el actor no hizo uso de la facultad que le otorga el art. 302 inc. 2º. Debemos entender, por tanto, que una vez resuelto favorablemente el incidente y notificado el auto la medida pudo cumplirse.

Resume perfectamente esta posición el voto especial del ministro POBLETE: "La disposición del segundo inciso del artículo 302, que se acaba de citar, supone la existencia de un auto que da lugar a una medida precautoria solicitada y que, no obstante, puede cumplirse lo resuelto en forma provisoria, haciéndose una excepción a la norma general de que las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley [...]". Agregando de inmediato: "Ningún precepto legal autoriza a los jueces para anticiparse provisionalmente a la concesión de una medida precautoria, en tanto se dicta el auto que la acepta o rechaza, o sea, en el caso *sub lite,* mientras se tramita el incidente, cosa bien distinta a la práctica condicional de tales medidas, antes de que se notifique a la persona contra la cual se han dictado".[680]

7.1.2. Tramitación incidental y acceso provisional de la medida precautoria

6.53. Para quienes sustentan esta segunda teoría no hay mayor discrepancia con la que acabamos de ver en cuanto a la tramitación incidental de estas medidas, esto es, en relación con el alcance que otorgan al inc. 1º del artículo 302: el tribunal debe ordenar la formación de un cuaderno separado y conferir traslado al demandado respecto de la solicitud y pronunciarse, ya sea concediéndola o denegándola, una vez concluida la tramitación del incidente. En el primer caso se llevará a efecto tan pronto se notifique la resolución del incidente; en el segundo, no.

La diferencia fundamental de los que sustentan esta segunda postura se observa, sin embargo, respecto del alcance que otorgan

[680] Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Nº 73, julio-septiembre (1950), pp. 458 y 459.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

al inc. 2º. del artículo 302 del CPC. De acuerdo a esta segunda postura, el tribunal a petición expresa del actor y existiendo razones graves puede conceder de inmediato en forma provisional la medida precautoria solicitada mientras se resuelve el incidente respectivo. Quienes sustentan esta teoría conceden la medida precautoria en forma provisional y dejan a su vez promovido el incidente.[681] En otras palabras, para salvar el inconveniente que generaba el hecho de que la medida no podía llevarse a cabo mientras no se resolvía el incidente, los tribunales conferían traslado de la solicitud y concedían provisionalmente la medida. Esta posición fue sostenida durante bastante tiempo por la jurisprudencia nacional. Así, en 1947 nuestro máximo tribunal conociendo de un recurso de casación en el fondo señaló:

> Que establecido el hecho anterior [concesión provisional de una medida precautoria], la cuestión se reduce a saber si la circunstancia de no encontrarse a firme la medida provisional precautoria sobre el saldo de precio que es objeto de la ejecución, es causal suficiente para considerar que aquella medida no perjudica ni afecta a la exigibilidad de la obligación en que recae; Que el carácter provisional de una medida precautoria dice exclusivamente relación con la condicionalidad a que ella queda sometida, de acuerdo con la cual, notificada y oída la parte afectada o en su rebeldía, el juez se reserva el derecho de darle el carácter de firme o de alzarla, según sea su apreciación de los antecedentes que forman su juicio; Que provisional o definitiva, una medida precautoria vigente, de retención en poder del deudor de la suma debida, limita los derechos del acreedor y faculta al obligado para excusarse

[681] *Vid.* para esta posición LARENAS: "Medidas precautorias. [¿] Cuál es la manera lógica como debe formularse y tramitarse la incidencia [?]". Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Nº 16-17, abril-septiembre (1936), pp. 1.163-1.168. Señala el autor que "el art. 292 (actual 302) consigna en breves frases las reglas que se halla sometida la sustanciación de la petición sobre medidas precautorias, reglas precisas y sencillas si las hay, y no obstante lo cual, es muy común que se hagan confusiones lamentables que dificulten la tramitación de un asunto tan simple. Según el inciso 1º del artículo citado, el incidente sobre medidas precautorias, debe ser tramitado en conformidad con las reglas generales (arts. 85 y 92 del Código de Procedimiento Civil) y por cuerda separada [...]". Hasta este momento, como se aprecia, no hay diferencia entre la primera y la segunda teoría. Sin embargo, en relación con el inciso 2º del art. 302 ya no hay acuerdo. Señala LARENAS: "Lo que vale sobre todo insistir es en que, al decir la ley, 'podrán, sin embargo, llevarse a efecto dichas medidas antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, *siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene*', se supone naturalmente que debe formularse por el litigante interesado, una petición clara y concreta al respecto, y separadamente de la petición principal, haciendo valer las razones graves de urgencia que, en su concepto, hacen procedente el otorgamiento provisional de la medida [...]". Ídem, pp. 1.163 y 1.165.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de hacer el pago mientras esté protegido por la orden judicial que lo autoriza a suspender el cumplimiento de la obligación.[682]

7.1.3. Tramitación de plano de la medida solicitada

6.54. De acuerdo con esta posición, el alcance del inciso 1º del art. 302 consistiría en que el juez, frente a la solicitud de una medi-

[682] RDJ, t. XLV (1948), segunda parte, sec. 1ª, p. 21. En 1931 en sentencia confirmada con declaración por la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones de Santiago –acogiendo la petición del quejoso– señaló que "ha lugar al recurso de queja deducido [...] sólo en cuanto se dejan sin efecto *las medidas precautorias concedidas provisionalmente* y solicitadas [...] bajo el Nº 1 del escrito respectivo". Agregando en su resolución la Corte de Apelaciones que "atendida la gravedad e importancia que tienen para las partes las precautorias de que se trata, se recomienda al juez *a quo* que, *en cuanto la tramitación de ellas lo permita, resuelva a la posible brevedad el incidente que originó la petición*". Del mismo modo, dos ministros de la Corte Suprema en voto de minoría [en cuanto no compartieron la declaración efectuada por la mayoría del máximo tribunal] estuvieron por "confirmar el fallo apelado, en razón de que se trata de *medidas precautorias que tienen el carácter de provisionales y, por lo tanto, son susceptibles de enmendarse o dejarse sin efecto en la resolución definitiva* [...] (el destacado es nuestro). RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 1ª, pp. 638 y 639. Del mismo modo, nuestro máximo tribunal acogiendo un recurso de queja por "manifiestas irregularidades" en la concesión de unas medidas precautorias, señaló en el considerando 7º de su resolución: "Que entrando a analizar ahora la resolución materia del recurso y dictada por la Corte de Apelaciones de Iquique, se observa, desde luego, que ella no contiene ningún fundamento para demostrar que es acertada la conclusión a que llega de revocar la [resolución] del juez *a quo*, que denegaba las medidas solicitadas [...] y se advierte, en segundo lugar, que estando limitada la jurisdicción de la Corte a resolver si se concedía 'por ahora' las referidas medidas, puesto que eso fue lo denegado por el juez [de primera instancia], falló dando lugar a lo pedido en la solicitud de fs. 6, o sea, a las medidas en definitiva sin dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 292 [302] del citado Código, que ordena tramitarlas como incidente, por más que en el informe se afirme que se concedió con el carácter de entretanto". RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 1ª, p. 629. Igualmente, en fallo confirmado por la Corte Suprema se señaló por la Corte de Apelaciones lo siguiente: "Que en orden a la circunstancia que se hace valer, referente a que cuando se le adjudicó al señor Rodríguez [...], el bien raíz que se individualiza en la demanda, existía respecto de él una prohibición de gravar y enajenar [...] para garantizar obligaciones que afectaban a la viuda [...], debe desecharse tal alegación porque, aparte de otras consideraciones legales que fluyen de los considerandos anteriores [...], *existe la de que la medida precautoria fue concedida en el carácter de mientras tanto se resolvía definitivamente el incidente que esa medida provocó*, la que quedó de hecho cancelada diez días después, a virtud de lo dispuesto en el artículo 289 [299] del Código de Procedimiento Civil, pues no se pidió su renovación". RDJ, t. XIX (1922), segunda parte, sec. 1ª, p. 300 (el destacado es nuestro). *Vid.* también RDJ, t. XXVII (1930), segunda parte, sec. 1ª, pp. 740 y 741; RDJ, t. I (1903), segunda parte, p. 289.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

da precautoria, debe ordenar la formación de cuaderno separado y pronunciarse de plano sobre la procedencia o improcedencia de la misma. En otras palabras, la solicitud de una medida precautoria no tiene tramitación incidental, sino que el tribunal debe pronunciarse de inmediato sobre la petición del demandante, ya aceptándola ya rechazándola. Los únicos elementos que, por tanto, debe valorar el tribunal son los propios de la concesión de toda medida cautelar: *fumus* y *periculum*. Una vez que la medida ha sido concedida y ha sido notificada al demandado puede este oponerse. En este instante, y no antes, nace el incidente a que se refiere el inc. 1º del art. 302, el cual se tramitará conforme a las reglas generales y en cuaderno separado.[683] Aclara perfectamente esta postura una observación que el año 1963 hizo la Corte Suprema, conociendo de un recurso de queja, al juez *a quo* sobre la forma de tramitar la medida. Expresó en dicha oportunidad la aludida Corte:

> Se observa al juez subrogante de... que atendida la tramitación señalada en el Código Procesal, tanto la medida prejudicial, como la precautoria deben ser resueltos de plano por el tribunal, con el solo mérito de los antecedentes que se acompañen; y que no procede dar tramitación incidental a la petición misma, puesto que la incidencia solo puede producirse cuando el afectado por ella pide su alzamiento.[684]

Argumentan los partidarios de esta posición que la ley en ningún caso dice que la medida precautoria se "tramitará como incidente", sino que dice que "se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada". Lo que esta opinión busca es que el tribunal se pronuncie de inmediato sobre la solicitud de una medida cautelar, evitando, de este modo, que el demandado pueda burlar sus efectos si ella finalmente es concedida.

En la actualidad la doctrina mayoritaria en Chile se pronuncia a favor de esta tercera posición,[685] esto es, que las medidas precautorias

[683] Recordemos que el art. 1412 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 señalaba la forma de tramitar la solicitud del embargo preventivo, disponiendo que dicha solicitud se substanciaba en la forma establecida para los incidentes, debiendo el juez formar pieza separada, esto es, sin que el incidente paralizare la tramitación del cuaderno principal; y que la doctrina española aclaró que la tramitación incidental "habrá de entenderse para el caso en que se oponga el demandado, pues si este se conforma y no reclama contra el embargo no puede tener cabida este procedimiento". MANRESA, *Comentarios...*, ob. cit., p. 403.

[684] Fallos Nº 61 (1963), p. 277.

[685] En este sentido *vid.* ANABALÓN, *El juicio...*, ob. cit., pp. 104 y ss.; BENAVENTE, *Derecho procesal, juicio ordinario y recursos procesales*, Santiago (Chile), 1984, p. 128; QUEZADA, *Medidas prejudiciales...*, ob. cit., p. 123; TAVOLARI, *La orden...*, ob. cit., p. 693.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

deben ser resueltas de plano por el tribunal sin dar traslado al sujeto pasivo de la medida. Para este sector el juez debe tomar la decisión con los antecedentes acompañados por el demandante; si con ellos, *prima facie*, le parece probable la existencia del derecho que reclama el demandante, esto es, si se ha acreditado ante sus ojos el requisito del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, entonces debe conceder la o las medidas solicitadas; en caso contrario deberá rechazarlas.[686]

Cabe advertir, además, que esta es la posición mayoritaria en nuestra jurisprudencia. Así se ha señalado:

> Que es regla general de procedimiento que las peticiones que hagan las partes se resuelvan de plano. Que las medidas precautorias no escapan de dicha regla, y sólo una vez que el tribunal se pronuncie sobre ellas, pueden dar lugar a un incidente, si la parte demandada pide su alzamiento, pero si no ejercita derecho alguno sobre el particular que tenga por objeto dejar sin efectos las medidas decretadas, no habrá lugar a incidente. Que lo dicho precedentemente aparece de manifiesto de lo establecido por el inciso 1º del artículo 302 del Código de Procedimiento Civil al disponer "*el incidente a que den lugar las medidas...*", de lo cual se colige que no en todos los casos se produce incidente sobre la materia; Que, en consecuencia, el juez al pronunciarse sobre una medida precautoria debe aceptarla o rechazarla, y no dar traslado a la parte contraria.[687]

CASARINO señala sobre este particular que el juez "estudiará la solicitud respectiva y tendrá que pronunciarse sobre ella, sea concediendo la medida precautoria, sea denegándola; y ordenará, al mismo tiempo, la formación de cuaderno separado. La resolución se notificará a las partes, y si es afirmativa se cumplirá de inmediato, llevándose a efecto la medida precautoria decretada. El demandado, en conocimiento de esta medida precautoria, podrá oponerse o no a ella. Si se opone, quiere decir que la medida precautoria de que se trata ha dado origen a un incidente, que se tramitará en conformidad a las reglas legales y por cuerda separada, como ya había sido ordenado". *Manual de Derecho Procesal*, t. III, Santiago, 1974, ob. cit., p. 339. SALAS, *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*, 7ª ed., Santiago, 2000, pp. 45-47.

[686] Básicamente se ha seguido la argumentación de ORTIZ MUÑOZ, "Que los tribunales tuvieran la suficiente entereza para cumplir estrictamente con la ley y asumieran su propia responsabilidad de conceder o denegar derechamente, sin más trámite, la petición de medidas precautorias". Citado por ANABALÓN, *El juicio...*, ob. cit., p. 105. Lógicamente se afirma que la cognición del juez debe recaer, en este momento, sólo en los hechos constitutivos alegados por el demandante; si con posterioridad el sujeto pasivo solicita el alzamiento de la medida precautoria, deberá, por su parte, aportar los hechos impeditivos o modificativos del derecho del demandante, respecto de los cuales se pronunciará el tribunal.

[687] RDJ, t. XLVI (1949), segunda parte, sec. 2ª, p. 14. La Corte Suprema ha señalado que "procede corregir por la vía de la queja la resolución que se limita a dar traslado de la solicitud en que se piden medidas precautorias con el carácter de urgentes, si existen motivos que hacían necesario se las acogiera en esta forma". RDJ, t. XXXVII (1940), segunda parte, sec. 1ª, p. 298.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En otro fallo la Corte Suprema sentó la siguiente doctrina:

> Que del expediente traído a la vista se desprende que el actor acompañó comprobante que constituye presunción grave del derecho que reclama; Que si bien el tribunal de primera instancia así lo estimó al dar lugar a la medida precautoria solicitada, incurrió en un error de procedimiento en la resolución de fecha 3 de julio del año pasado corriente a fs. 1 vta. del cuaderno de precautorias, al ordenar traslado de la petición, acogida desde luego, puesto que las medidas precautorias "esencialmente provisionales", como las califica el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil, deben ser resueltas de plano por el tribunal si concurren las exigencias legales, produciéndose el correspondiente incidente sólo cuando el afectado por ellas pide la notificación de lo resuelto. En consecuencia los jueces recurridos han hecho mal uso de sus facultades al dejar simplemente sin efecto la resolución apelada, causando con ello un agravio al recurrente que debe ser reparado por la vía del presente recurso y, al mismo tiempo, debe corregirse el vicio de procedimiento observado".[688]

En definitiva, la jurisprudencia y la doctrina chilena contemporánea sostienen que la solicitud de medida precautoria debe resolverse de plano y que la tramitación conforme "a las reglas de los incidentes" se refiere a las actuaciones posteriores que efectúe el demandado en contra de la medida decretada.

En relación con el alcance del inciso 2º del art. 302, quienes suscriben esta tesis refieren que dicho precepto permite el cumplimiento de la medida sin el trámite de la notificación de la resolución que la concede de plano. "Según el Código, el juez proveyendo este escrito debe dictar una resolución concediendo o denegando las medidas precautorias solicitadas [...]. Si el juez decreta la medida precautoria, su resolución, en conformidad a las reglas generales, no produce efectos mientras no se notifique al demandado [...]. Sin embargo, el Código, en ciertos casos, permite que pueda llevarse a efecto *antes* de notificarse al demandado [cita precisamente el inciso segundo del art. 302]".[689] En este sentido, MATURANA observa que el alcance del aludido inciso no sería otro que "autorizar al demandante para solicitarle al tribunal que disponga que la resolución que decreta la medida precautoria se lleve a efecto sin previa notificación al demandado de la resolución que las concede, la que deberá practicarse con posterioridad dentro del plazo de cinco días o de aquel plazo mayor que fije el tribunal por existir motivos fundados,

[688] Fallos Nº 80 (1965), p. 155. También en RDJ, t. LXII (1965), p. 155, segunda parte, sec. 1ª, p. 239.

[689] ALESSANDRI, *Curso de derecho procesal,* 3ª ed., Santiago (Chile), 1940, p. 247.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

bajo apercibimiento que si así no se [hace] queden sin valor las diligencias practicadas".[690]

7.1.4. Cuestiones prácticas

6.55. Me parece que la última posición doctrinal y jurisprudencial analizada –que la vigente hoy en día– no es la más equitativa. Es cierto que en ocasiones la urgencia de la medida requiere que sea decretada unilateralmente, pero establecer como regla general que toda medida cautelar debe ser concedida *ex parte, parece* dejar en una posición muy desfavorable a quien debe soportar sus efectos.[691] En consecuencia, parece más razonable que solo cuando sea realmente necesario se lleve adelante la medida de manera unilateral. De *lege ferenda* sería bueno que en esta materia se adoptase un sistema como el actualmente recogido en la LEC, que establece una forma general de tramitar las medidas, con audiencia de la contraparte, y uno excepcional, sin su audiencia.[692]

6.56. En todo caso, más allá de la doctrina a la que podamos adherir, lo cierto es quedan algunos temas más bien prácticos que debemos

[690] *Las medidas cautelares...*, ob. cit., p. 114.

[691] Respecto del derecho inglés, ANDREWS señala que es posible obtener *ex parte provisionales injuctiones*, concedidas sin que el demandado pueda presentar sus contraargumentos. "*Pero en el último tiempo este excepcional remedio ha sido institucionalizado*". *Principles...*, ob. cit., p. 159. En el mismo sentido ZUCKERMAN observa que "a judge hearing an ex parte application does not rule in a dispute between two parties because he has only the plantiff before him. True, it is the judge's duty to see that the plantiff does no abuse the process. But the judge has few tools at his disposal with which to discharge this duty. In an adversarial system the judge can look only at what the parties have placed before him. When the only presentation that the judge has is that of the plaintiff's case, as seen from that plaintiff's vantage point, he is hardly in a position to see the matter other than from that point of view". *Quality...*, ob. cit., p. 368.

[692] Así, en su art. 733 Nº 1 dispone: "Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado". Agregando en su Nº 2: "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado. Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título". Es la posición que también adopta el Proyecto de Código Procesal Civil en los arts. 193 y 194.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

abordar en relación con la tramitación de una medida precautoria. La discusión sobre el alcance de los incisos 1º y 2º del art. 302 no nos debe hacer perder de vista que la regla general, en nuestro sistema procesal, es que las resoluciones judiciales solo pueden llevarse acabo una vez que han sido notificadas a las partes (art. 38 del CPC). Deste esta perspectiva, una vez que la medida es concedida y notificada –luego veremos cómo debe ser esta notificación– produce dos consecuencias: (i) por un lado, despliega todos sus efectos y puede ser ejecutada (por ejemplo, que se inscriba en el Conservador de Bienes Raíces la prohibición de enajenar un determinado inmueble –medida que desde su notificación produce sus efectos entre las partes– para ser oponible a terceros; si se trata del secuestro de un bien mueble, que se entregue al secuestre dicho bien; si se trata de la intervención judicial, que el interventor se apersone en la sociedad y pida la documentación pertinente, etc.); (ii) por el otro, el afectado puede formular su oposición y solicitar el cese de la medida. En otras palabras, si bien el sujeto pasivo de la medida no puede oponerse a su concesión sí puede pedir su alzamiento momento en el cual, de acuerdo con la opinión dominante en el país, surge el incidente al que alude al art. 302 del CPC, el que se tramita conforme a las reglas generales, esto es, conforme a las disposiciones de los artículos 82 y ss. del mismo Código y por cuerda separada. De allí que se haya resuelto que "según consta a fojas 30 de los autos traídos a la vista, los demandados han pedido se dejen sin efecto las medidas precautorias allí decretadas; entre otras razones, en atención a que no existiría el peligro que se ha querido evitar con ellas; Que frente a tal incidencia y luego del traslado respectivo, el tribunal *a quo* debió haber recibido a prueba el incidente en cuestión, acerca de si se justificaba o no mantener las aludidas medidas precautorias; Que al haber omitido el trámite ya referido, el juez de la causa incurrió en una falta, que incumbe enmendar a esta Corte por la presente vía".[693]

6.57. Es en este punto donde surge la excepción a la regla general que hemos mencionado al comienzo de este párrafo y que se contiene en el inc. 2º. del referido art. 302. En este caso el tribunal, previa solicitud del actor, puede ordenar que la resolución que concedió la medida (la que prohibió la enajenación del inmueble,

[693] Fallos, Nº 347 (1987), p. 693. También se ha resuelto en fallo confirmado por la Corte Suprema que "de esta forma, hubo oposición a la medida cautelar, la que debió tramitarse incidentalmente dándose traslado de ella al actor. Al no hacerlo, el juez ha incurrido en falta o abuso que esta corte debe enmendar por esta vía". Fallos, Nº 391 (1991), p. 201.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la que ordenó el secuestro de la cosa mueble, la que nombró al interventor, para seguir con los ejemplos) se lleve a efecto *antes* de notificarse a la persona en contra de quien se dicta. ¿Qué significa que la resolución *pueda llevarse a efecto antes de notificarse a la persona contra quien se dictan*? Creo que denota dos ideas, en primer término, que desde que se notifica el peticionario la medida cautelar va a desplegar todos sus *efectos* y podrá ser ejecutada siendo, por tanto, una excepción al art. 38 del CPC[694] (estos *efectos* los vamos a estudiar respecto de cada medida más adelante; por ahora es suficiente con remitirnos a los ejemplos dados con anterioridad); en segundo lugar, significa que el afectado por la medida no puede impugnar dicha resolución sino hasta que se le notifique legalmente su concesión. Nótese que este sujeto en muchas ocasiones tomará conocimiento de la medida antes de que se lleve acabo la aludida *notificación legal*, por ejemplo, en el caso de la intervención judicial si el interventor se apersona en la sociedad a pedir la correspondiente documentación; o en el caso del secuestro si el depositario retira de manos del poseedor la cosa secuestrada. En muchas ocasiones si se desea que la medida efectivamente produzca sus efectos ello va a significar que el afectado tome conocimiento de *facto* de la misma. En estos casos –repito– él no puede oponerse a la ejecución de la medida sino que debe esperar la notificación legal de la misma.

Ahora bien, ¿por qué razón o razones el tribunal habría de ordenar que las medidas se lleven a efecto *antes* de notificarse al sujeto pasivo de las mismas? La ley lo único que exige es que existan *razones graves para ello*. Lógicamente estas razones graves deben ser justificadas por quien pide la excepción, esto es, por quien demanda que la medida sea concedida bajo estas especiales circunstancias. Entre ellas, por cierto, las típicas que *prima facie* operan en este campo: urgencia en la concesión porque de lo contrario se van a producir graves perjuicios, porque, siguiendo con los ejemplos, si no se ordena la prohibición el deudor va a enajenar el inmueble; porque si no se le quita la posesión de la cosa mueble el deudor la va a destruir o vender; o porque si no se nombra un interventor el socio administrador va a defraudar a los demás socios, etc. Todas estas circunstancias deben ser valoradas por el tribunal a efectos de establecer si, efectivamente, nos encontramos ante motivos verda-

[694] Art. 38: "Las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella". La excepción, como se comprenderá, lo es sólo respecto de la persona en contra de quien se dicta la medida, porque los efectos de esta lo van a afectar sin que se le hubiere notificado resolución alguna.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

deramente graves que justifiquen una excepción tan delicada a la regla general

Si el tribunal accede a la petición del actor, este debe notificar la medida en el plazo de cinco días o en el que el tribunal lo hubiere ampliado. Transcurrido este plazo sin que se hubiere efectuado la aludida notificación la ley establece una sanción de pleno derecho: quedan sin valor las diligencias que en cumplimiento de las medidas se hubieren practicado. Lo anterior quiere decir, por ejemplo, que el demandado podrá enajenar el bien raíz y que esta enajenación será desde todo punto de vista válida (aun cuando todavía no hubiere sido cancelada la inscripción de la prohibición en el conservador de bienes raíces respectivo); que el depositario debe regresar la cosa a su poseedor; que cesa de inmediato la intervención judicial, etc. La jurisprudencia ha sido muy clara en señalar que la caducidad opera de pleno derecho. Así se ha resuelto:

> Que si bien es cierto que toda resolución judicial produce efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley y que sólo por excepción hay casos expresamente exceptuados, no lo es menos también que para estos casos la misma ley señala exigencias que deben cumplirse perentoriamente, so pena de incurrir en las sanciones que ella misma señala; Que este es precisamente el caso del art. 302 del CPC, un estatuto de excepción al que se subordinó el libelo inicial, pues si bien este precepto autoriza para llevar adelante estas medidas antes de notificarse a la persona en contra de'quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene –como ha ocurrido en la especie– impone al mismo tiempo como contrapartida la obligación ineludible de efectuar la notificación dentro de cinco días o dentro de la ampliación de este plazo que el juez determine, bajo la sanción que en el mismo texto se señala y que no es otra que la invalidez de las diligencias practicadas; Que al expresar el referido art. 302 que 'transcurridos cinco días –o el plazo ampliado en su caso– sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas' ha contemplado una sanción que, por su propia naturaleza, opera por el solo ministerio de la ley y surte sus efectos como si no hubiera existido la medida precautoria; Que no cabe otra interpretación ante el tenor literal del precepto en examen, el cual alude a la notificación de la 'persona contra quien se dictan' y no a otra, y que 'transcurrido el plazo' sin que *esta notificación* se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas; situación que deja al margen de su contexto, para su mantención o eficacia, supuesto que, en otra forma, el plazo ya no sería el determinado con precisión por la ley, con arreglo al cual debe ajustar su conducta el actor, sino uno diferente, circunstancial, eventual o indeterminado, como quiera que quedaría sujeto arbitrariamente en cuanto a su inicio, a la oportunidad en que decida cumplir la diligencia, lo que no puede aceptarse dentro del texto y espíritu de la ley, que procuran resguardar, en un mismo plano de igualdad jurídica, los derechos de las partes contendientes de un pleito".[695]

[695] RDJ, t. LXXII (1975), segunda parte, sec. 2ª, pp. 117 y 118. También han dicho: "Que conforme a lo prescrito en el art. 292 [actual 302] del CPC, no efectuándose la notificación al demandado de la medida precautoria decretada dentro del término de cinco días o su ampliación, quedarán sin efecto dichas medidas, sanción legal que opera de hecho por el solo ministerio de la ley y surte todos sus efectos como si no hubiera existido". *Gaceta de los tribunales*, t. I, sent. 87, p. 399, citado por ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., p. 277. *Vid.* en la misma página los demás fallos que cita el autor.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

El legislador ha establecido que este plazo de cinco días puede ser ampliado si existen motivos fundados. Esta ampliación debe ser requerida antes de que venza el plazo original de cinco días. Creo que los tribunales deben ser especialmente estrictos con esta ampliación, debiendo examinar en detalle la prueba que el actor rinda a efectos de acreditar los *motivos fundados* que el legislador exige.

Resume perfectamente todo lo anterior –aunque con errada calificación de la resolución que se pronuncia sobre una medida cautelar– el siguiente fallo de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas:

> Que a la petición de una medida precautoria como la planteada a fojas 1 y reiterada a fojas 18 el tribunal debe estudiar la solicitud respectiva y pronunciarse sobre ella sea concediéndola o denegándola y ordenará la formación de un cuaderno separado. Esta resolución se notificará exclusivamente al demandante y desde ese momento podrá cumplirse, o sea, llevarse a efecto la medida precautoria solicitada y decretada. Luego, pesa sobre el demandante la obligación de notificar al demandado la resolución respectiva dentro del término de 6 [sic] días o el que el tribunal haya determinado, haciéndolo por cédula en caso que el juez así lo ordene. Si tal notificación no se efectúa en el término fijado por el tribunal, las diligencias practicadas quedan sin efecto ni valor alguno. Si por el contrario la notificación se practicó al demandado dentro del término señalado, este tendrá derecho a oponerse a la medida precautoria decretada; y su oposición dará lugar a un incidente, que se tramitará en conformidad con las reglas generales y por cuerda separada, conforme a lo inicialmente decretado. El tribunal, previo a recibir el incidente a prueba, si lo estimare necesario, fallará el incidente y declarará si ha o no lugar a la oposición del demandado, es decir, si se mantiene la medida precautoria que se había decretado sin previa notificación de aquél, o por el contrario, ordenará alzarla. Resolución que constituye una sentencia interlocutoria y como tal es susceptible de apelación.[696]

7.2. *Forma de notificar la resolución que concede una medida precautoria (inciso 3º del art. 302)*

6.58. Tal cual adelantamos, el inciso final del art. 302 también ha generado polémica sobre cuál debe ser la regla en materia de notifi-

[696] RDJ, t. LXXXIX (1992), segunda parte, sec. 2ª, p. 7.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

cación de estas medidas. Dispone el inciso aludido que la notificación a que se refiere el artículo 302 "podrá hacerse por cédula, si el tribunal así lo ordena". La norma es diáfana en relación con la facultad que otorga al tribunal quien puede ordenar que la resolución que concede una medida precautoria se notifique por cédula.[697]

La duda que surge lo es respecto de la forma de notificar tal resolución cuando el tribunal no ejerce dicha facultad, esto es, cuando la resolución no se notifica por cédula. Al igual que en el caso anterior, la doctrina nacional también se encuentra dividida: para algunos, dicha notificación debería hacerse por el estado diario. El argumento es simple y claro: la notificación por el estado diario al demandado constituye la regla general porque no existe ninguna disposición que prevea una forma distinta de notificación a su respecto. A falta de una norma que expresamente señale cómo debe notificarse al demandado la resolución que concede una medida cautelar y no disponiendo el tribunal que ella sea por cédula, se vuelve al régimen general de las notificaciones previsto en el art. 50 del CPC: "Las resoluciones no comprendidas en los artículos precedentes se tendrán notificadas a las partes desde que se incluyan en un estado que deberá formarse y fijarse diariamente en la secretaría de cada tribunal con las indicaciones que el inciso siguiente indica".[698]

[697] Se ha resuelto por nuestra Corte Suprema que esta notificación debe hacerse a la persona en contra de quien se dicta la medida y no a la persona de su apoderado. "Que el 5 de agosto, la demandante solicitó las medidas precautorias que señaló, pidiendo 'se lleven a efecto de inmediato, sin conocimiento de las personas en contra de las que se dictan' y rogando, además, se dispusiera que la notificación de las medidas precautorias se efectuara por cédula, a todo lo que el tribunal de primera instancia accedió; Que el 2 de septiembre de 1988 la demandada aludida fue notificada por cédula de las medidas precautorias concedidas y de otras resoluciones del proceso; y Que el 8 de agosto el apoderado de doña María Victoria Salas pidió la nulidad de tal notificación, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7º del CPC, ella debió efectuarse al procurador de la demandada y no a esta, nulidad que fue acogida por el juez de primera instancia [...]; Que la notificación por cédula de las medidas precautorias a la demandada Salas, aparece practicada en la forma pedida por el actor y ordenada por el tribunal, esto es, efectuada a las personas en contra de las que se dicten tales medidas, razón que era suficiente para negar lugar a la nulidad impetrada". Fallos Nº 381 (1990), p. 436.

[698] Esta situación ha sido recogida por nuestra jurisprudencia en el sentido de dar validez a la notificación por el estado diario si ella no es impugnada por el demandado. Así se ha resuelto: "Que concedida la medida precautoria antes de notificarse a la persona en contra de quien se dicta, la notificación debe hacerse al indicado afectado en el término de cinco días, todo según lo establece el inciso 2º del CPC; y en el caso de autos, habiéndose concedido la medida precautoria el día tres de marzo de 1989, la notificación a la persona en contra de quien se dictó

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Para otro sector, sin embargo, dicha resolución debería notificarse personalmente al demandado.[699] Señalan que no es cierto que no se haya previsto por el legislador la forma de notificar esta resolución, porque precisamente el art. 47 en su inc. 1º dispone que "la forma de notificación de que tratan los artículos precedentes [la notificación personal] se empleará siempre que la ley *disponga se notifique a alguna persona para la validez de ciertos actos* [...]", y el art. 302 nos dice que la notificación debe realizarse para dar validez a las diligencias practicadas. Por tanto, resulta palmario que la notificación a que alude el art. 302 es la notificación personal. También aducen como argumento los partidarios de esta posición que de entenderse que la regla es la notificación por el estado, ello significaría que el inciso final del artículo 302 no tendría mayor justificación, porque los tribunales en Chile siempre pueden ordenar que se mejore la calidad de una notificación de acuerdo a lo previsto en la última parte del inciso final del art. 48 del CPC: "[...]. El procedimiento que establece este artículo podrá emplearse, además, en todos los casos que el tribunal expresamente lo ordene". Más allá de los argumentos de texto, creo que esta última postura es más razonable. Debemos tener presente que la resolución que concede una medida cautelar es muy importante como para dejar su notificación a la simple inclusión en el estado diario del tribunal. En la práctica entiendo que los actores generalmente piden que se notifique al demandado por cédula y los tribunales así lo decretan. Una vez más, en un plano de política legislativa, sería deseable establecer una norma expresa y explícita en el sentido que la notificación al demandado de la resolución que ordena una medida de este tipo deberá hacerse siempre por cédula.

debió hacerse dentro del término que venció el nueve del mismo mes y año, toda vez que existe un día inhábil que no debe considerarse; Que consta de los antecedentes tenidos a la vista que la resolución que concedió la medida precautoria fue notificada por el estado diario el mismo día que fue concedida, por lo que no puede sostenerse que ella no ha sido notificada a la persona en contra de quien se dictó, y si bien la forma de notificación empleada puede ser discutida en cuanto a su eficacia, ello no ha sido planteado ni en la solicitud de alzamiento ni en momento alguno en este juicio, por lo cual es un punto ajeno a este recurso de queja. Lo que queda establecido es que la medida concedida fue notificada dentro del plazo de cinco días que establece la ley, y al no estimarlo así el juez recurrido ha incurrido en una falta o abuso que hacen procedente este recurso de queja". *Fallos* Nº 373 (1989), pp. 767 y 768.

[699] *Vid.* por todos ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 279-281.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

8. Resolución que resuelve sobre la solicitud de una medida cautelar y alzamiento de la misma

6.59. En el número final de este capítulo deseo referirme en forma muy general a dos temas. En primer lugar, al alcance de la resolución que se pronuncia sobre la petición de una medida cautelar y, en segundo, al alzamiento de la misma tanto en lo referente a su tramitación, como a la situación que se produce cuando se dicta una sentencia de primera instancia desestimadora de la pretensión del actor.

8.1. *Resolución*

6.60. Conviene recordar que las resoluciones chilenas admiten una cuádruple clasificación según lo señala el art. 158 del CPC: decretos, autos, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas.[700] De esta clasificación la duda que se ha planteado es si la resolución que se pronuncia sobre una medida cautelar es un auto o una sentencia interlocutoria. Desde este punto de vista es claro que esta resolución no es ni un decreto, ni una sentencia definitiva. Sobre este punto no es necesario profundizar más.[701]

[700] Señala la norma en comento: "Las resoluciones judiciales se denominarán *sentencias definitivas, sentencias interlocutorias, autos y decretos*. Es *sentencia definitiva* la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio. Es *sentencia interlocutoria* la que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria. Se llama *auto* la resolución que recae en un incidente no comprendido en el inciso anterior. Se llama *decreto, providencia o proveído* el que, sin fallar sobre incidentes o sobre trámites que sirvan de base para el pronunciamiento de una sentencia, tiene sólo por objeto determinar o arreglar la substanciación del proceso".

[701] En España la situación es exactamente la misma. En este sentido la sala de lo civil del Tribunal Supremo Español (TSE) en la sentencia de 30-5-1990 (RJ 19904853) sobre recurso de casación señaló que: "También es de desestimar el motivo segundo, formulado también al amparo del número 3º del artículo 1692 de la Ley de enjuiciamiento civil, con base en quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por alegada infracción de las garantías procesales, y alegación de producción de indefensión, en la pieza separada de medidas cautelares, en cuanto se aduce por la entidad recurrente que la referida pieza separada se tramitó sin darle audiencia o participación en la misma, con infracción de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley de enjuiciamiento civil, en cuanto establece que 'todas las providencias, autos y sentencias se notificarán a quienes sean parte en el juicio, en el mismo día de su fecha o publicación, y no siendo posible en el siguiente', y lo establecido en el artículo 135 de la Ley 11/1986 de 20 de marzo, previsor de la

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

La doctrina y la jurisprudencia están, una vez más, divididas. Para algunos es un auto, para otros es una sentencia interlocutoria. Los argumentos en uno y otro sentido son bien conocidos.[702] Sobre el particular la Corte Suprema de Chile conociendo de un recurso de queja señaló:

> Que conforme a lo prevenido en el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, sentencia interlocutoria es aquella que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria; y por su parte, las medidas precautorias, según se desprende del artículo 290 del referido Código, son aquellas que sirven para asegurar el resultado de la acción deducida y se caracterizan por ser esencialmente provisionales (artículo 300) pudiendo cesar en cualquier momento en que desaparezca el peligro que se ha querido evitar. Que atendido lo expuesto en el motivo anterior, la resolución que concede una medida precautoria no puede revestir el carácter de sentencia interlocutoria puesto que atendida su naturaleza provisional no puede establecer derechos permanentes a favor de las partes, ni resuelve algún trámite que deba servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria. Que en consecuencia esta resolución constituye un auto, puesto que recae sobre un trámite que no está

posibilidad de ejecución o práctica de prueba, y de modo muy especial la celebración de comparecencia con las partes, porque el recurso que ahora, por su propia naturaleza y características, se contrae exclusivamente a la cuestión de fondo que el juicio de que dimana plantea, y no a sus incidencias, cual la de las medidas cautelares, puesto que estas tienen su cauce adecuado en la pieza separada formada al respecto, *ya que como tiene declarado esta sala en sentencia de 14 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6388), no tienen el carácter de definitivas, a efectos de casación, las resoluciones que recayendo sobre un incidente o artículo no ponen término al pleito haciendo imposible su continuación y tal carácter tienen dichas medidas cautelares*" (el destacado es nuestro). En el mismo sentido *vid.* la sentencia de la sala tercera del TSE, de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996/13.409).

[702] Puede verse para la primera postura, ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 281-290. Para la segunda PEREIRA señala que la sentencia que concede una medida precautoria es una sentencia interlocutoria, por cuanto "el sentido natural y obvio del término 'permanente' denota, según el léxico, la idea de 'mantener sin mutación en un mismo lugar, estado o calidad', y el derecho que establece la resolución que falla la medida precautoria se mantiene sin mutación durante el proceso mientras no cese el *periculum in mora* que se ha procurado evitar o no se otorguen garantías competentes, y aun produciéndose tales circunstancias, no deja de producir sus efectos la resolución *ipso jure*, sino que es necesaria una nueva resolución que modifique o deje sin efecto la anterior. Lo que sucede es que sin dejar de ser permanente el derecho, está condicionado a la mantención de la situación fáctica existente a la época del pronunciamiento de la resolución, exactamente como ocurre con la sentencia, aun definitiva, que falla la solicitud de alimentos o la tuición de un menor de edad". *La cosa juzgada en el proceso civil*, Santiago, 1997, p. 120.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

expresamente ordenado por la ley, por el cual se le reconoce un derecho al demandante, quien es libre de ejercitarlo o no".[703]

6.61. El tema pasa por determinar qué se entiende por la frase *estableciendo derechos permanentes a favor de las partes* que emplea el art. 158 del CPC en su definición de sentencia interlocutoria, por oposición a la definición de auto. Al respecto la doctrina nacional ha señalado que "los derechos permanentes pueden ser definidos como aquellos que, después de ser adquiridos por alguna de las partes, al fallarse en su favor un incidente, subsisten en el tiempo, pudiendo sobrevivir al juicio en el que son creados, sin que su existencia se agote al dictarse sentencia definitiva o sobrevenir un equivalente jurisdiccional que ponga término al proceso".[704] El autor en cita, luego de referir algunos fallos que avalarían su definición de derechos permanentes (algo extrema en mi parecer), añade que "es posible encontrar también algunos fallos en los que puede hallarse cierto apoyo en favor de la tesis que considera que los derechos permanentes son aquellos que después de ser creados en favor de alguna de las partes del juicio, no pueden ser alterados en el mismo o en otro posterior, sin que importe el hecho de que puedan perecer al dictarse la sentencia definitiva. Lo único que interesa, según esta postura, es que tales derechos no sean temporales ni provisionales, o sea, que no puedan ser modificados". [705]

Desde esta perspectiva es indudable que las medidas cautelares no otorgan derechos permanentes al actor, no al menos como podría serlo la resolución que recibe la causa a prueba una vez que esta queda firme, o una vez que queda firme la resolución que declaró el abandono del procedimiento. Las medidas cautelares, aun pudiendo ejecutarse, son esencialmente provisionales y ello hace cuesta arriba la argumentación de PEREIRA de los derechos permanentes en esta materia. Aun reconociendo que como idea me agrada más que esta resolución tuviese la naturaleza de una sentencia interlocutoria, entre otras razones porque el nombre auto es demasiado ambiguo, creo que

[703] Fallos, Nº 290 (1983), p. 627. En sentido contrario se ha dicho: "[...] El tribunal previo a recibir el incidente a prueba, si lo estimare necesario, fallará el incidente y declarará si ha o no lugar a la oposición del demandado, es decir, si se mantiene la medida precautoria que se había decretado sin previa notificación de aquel, o por el contrario, ordenará alzarla. Resolución que constituye una sentencia interlocutoria y como tal es susceptible de apelación". RDJ, t. LXXXIX (1992), segunda parte, sec. 2ª, p. 7.

[704] OLIVER, GUILLERMO, *Sentencia interlocutoria y derechos permanentes*, Editorial Cono Sur, 1997, p. 62.

[705] Ídem, p. 64.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

es difícil suscribir la tesis de los derechos permanentes antes referida. Por otra parte, la distinción entre una y otra resolución ha perdido buena parte de su importancia. En primer lugar, porque los artículos 169 y 171 del CPC establecen similares requisitos de forma para una y otra resolución. En segundo lugar, porque el art. 181 del CPC está en perfecta armonía con el art. 301 del mismo Código, entregando un argumento adicional para entender que estamos frente a un auto y no ante una sentencia interlocutoria. En tercer lugar, porque creo que es bueno que en esta materia proceda el recurso de reposición y ello ocurre precisamente si la resolución tiene la naturaleza de un auto. Finalmente, porque cualquiera que sea la naturaleza de esta resolución el recurso de apelación siempre es procedente (arts. 187 y 188 del CPC) y lo es en el solo efecto devolutivo (art. 194 Nº 3 del CPC). En relación con esta última situación nuestros tribunales han dicho:

> Que el demandante en un procedimiento ordinario se alza de hecho porque el tribunal correspondiente no le ha concedido el recurso de apelación que interpuso contra la resolución que rechazó su solicitud de conceder una medida precautoria; Que en concepto de la Corte la sentencia que desestima una medida precautoria reviste la naturaleza de un auto y por tanto, para los efectos de la procedencia de la impugnación ordinaria, está sujeta a lo que dispone el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil; Que los autos son apelables, entre otros casos, cuando recaen sobre trámites que no están expresamente ordenados por la ley. La resolución anteriormente precisada se pronuncia sobre una gestión cautelar que justamente no está expresamente ordenada por la ley como parte de la substanciación regular del pleito ordinario y, consecuentemente, ha de entendérsela impugnable conforme a la normativa recién acordada.[706]

Ahora bien, en un plano de política legislativa sería conveniente que el legislador señale de un modo expreso que los tribunales al

[706] RDJ, t. XCVIII (2001), segunda parte, sec. 2ª, p. 27. En el mismo sentido se ha resuelto: "Que se recurre de hecho por quien se siente perjudicado al no habérsele concedido un recurso de apelación deducido subsidiariamente a una reposición debidamente fundada, contra la negativa a otorgar una medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos, impetrado en un procedimiento ordinario; resolución que según el tribunal correspondiente sería inimpugnable, por no gozar de la naturaleza de aquellas que según el artículo 188 del CPC hacen procedente la apelación; Que las medidas cautelares, entre las cuales una precautoria, surgen procesalmente como algo accesorio que corre por carril paralelo al de lo principal y, consecuentemente, el trámite que a su solicitud da lugar es uno de aquellos a que precisamente se refiere la citada norma, vale decir, no está expresamente contemplado en la ley como parte del procedimiento ordinario; Que, así las cosas, no puede privarse al impugnante de la prerrogativa que le confiere la ley, por lo que la Corte accederá al correctivo que se le viene requiriendo". RDJ, t. XCVIII (2001), segunda parte, sec. 2ª, p. 64.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

conceder o denegar una medida cautelar deberán siempre fundar y motivar su resolución. De este modo se podría evitar lo que ocurre hoy en día con el art. 171 del CPC que entrega esta tarea a la libre discrecionalidad del juzgador. Asimismo, debería establecerse expresamente que la resolución que se pronuncie sobre estas medidas –concediéndolas, rechazándolas o disponiendo su alzamiento– será siempre objeto del recurso de apelación tal cual sucede en materia familiar y laboral.

8.2. *Alzamiento de la medida cautelar*

8.2.1. Tramitación

6.62. La posibilidad de alzar una medida cautelar lo hemos analizado en diferentes partes de este libro. Al tratar la característica de su provisionalidad explicamos el alcance del art. 301 del CPC y lo que a su respecto han dicho nuestros tribunales. Un poco más arriba al analizar su tramitación señalamos que el demandado solo puede oponerse una vez que se notifica la resolución que la concede. Es en ese momento que puede oponerse y pedir su alzamiento. En esta oportunidad veremos brevemente la forma como se tramita el alzamiento de la misma cuando concurre una de las situaciones que prevé el art. 301 del CPC. Como sabemos, la referida disposición contempla dos hipótesis bajo las cuales deben hacerse cesar estas medidas: por haber desapercibido el peligro que se quiso evitar con su otorgamiento; o por haber otorgado el demandado cauciones suficientes. En estos dos casos no olvidemos que la jurisprudencia ha dicho que "[...] Si bien el art. 301 de dicho Código, 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 de 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 debe invocar las circunstancias que expresa y determinadamente establece el precepto que precisamente trata de dicho alzamiento, lo que no ha ocurrido en el caso".[707]

Pues bien, esta petición de alzamiento como toda cuestión accesoria al proceso principal se debe tramitar incidentalmente dando

[707] Fallos Nº 45 (1962), p. 46. (Énfasis añadido).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

traslado al actor de la solicitud del demandado. En este caso debemos entender que la sola la petición de cese de la medida genera el incidente con el que comienza el art. 302 del CPC "el incidente a que den lugar las medidas que trata este título [...]". Así se ha resuelto: "En cuanto a la solicitud de los recurrentes de alzamiento de las medidas precautorias decretadas, corriente a fojas 107 del cuaderno respectivo tenido a la vista, necesariamente ha debido tramitarse previamente oyendo a la parte contraria, y permitiendo además a los litigantes que probaran los requisitos exigidos por la ley para su procedencia, antes de resolver, de acuerdo a la norma contemplada en el art. 302 del CPC, aplicable en la materia, a falta de reglas fijadas por las partes, procedimiento incidental que era tanto más imperioso cuando que dichas medidas cautelares también afectan a bienes distintos de los que son objeto del juicio".[708]

Ahora bien, si el tribunal *a quo* accede a la petición del demandado y ordena el alzamiento de la medida, el actor puede apelar de esta resolución y la apelación se otorgará en el solo efecto devolutivo. Así lo refiere expresamente el art. 194 Nº 4 del CPC: "Sin perjuicio de las excepciones expresamente establecidas en esta ley, se concederá apelación en el solo efecto devolutivo: [...] Nº 4 De las resoluciones que ordenen alzar medidas precautorias".

8.2.2. ¿Alzamiento de la medida cuando se dicta sentencia desestimatoria de la pretensión del actor?

6.63. En esta parte deseo referirme al posible alzamiento de la medida cautelar cuando se dicta sentencia definitiva que rechaza la pretensión del actor. El tema a tratar es si en este evento la medida debe ser alzada o si, por el contrario, debe permanecer vigente para asegurar los resultados de la (hipotética) apelación que se presente.

El caso que ahora planteamos se refiere a un proceso judicial en el cual el juez de primera instancia ha rechazado por sentencia definitiva la demanda del actor. Para no complicar la explicación asumiremos que la pretensión fue desechada de manera íntegra. En este evento surge la inquietud de saber qué sucede con la medida cautelar, supongamos el secuestro de la cosa, concedida por el juez *a quo*. Nótese cómo en este punto se produce el mismo dilema que planteamos hace un momento en cuanto a la solicitud de *concesión* de una medida cautelar y alcance de la apelación en relación con el

[708] Fallos Nº 107 (1967), p. 255.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

negocio principal y el cuaderno accesorio de medidas precautorias. Hemos dicho que el proceso es un todo y, por tanto, debemos entender que si la apelación fue otorgada en ambos efectos la solicitud de *alzamiento* de la medida debería pedirse ante el juez *ad quem*. Él es el único que tiene competencia para resolver esta solicitud. No olvidemos, en todo caso, que nuestros tribunales han sostenido la tesis contraria.[709]

6.64. Independiente del tribunal que debe conocer la petición de alzamiento de la medida cautelar, la pregunta que surge ahora es establecer si rechazada la demanda debe, adicionalmente, alzarse la referida medida. Nuestros tribunales han sostenido que por el solo hecho de dictarse sentencia absolutoria en la causa no es un argumento decisivo para alzar las medidas cautelares. Así la Corte Suprema, revocando una resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, señaló al respecto:

> Que el solo hecho de haberse dictado sentencia de primera instancia por la cual se desestima la demanda, no es motivo suficiente para acceder al alzamiento de la medida cautelar dispuesta. Dicho fundamento se ve debilitado si se considera que en contra de tal sentencia se dedujeron los recursos de apelación y casación en la forma, como por el hecho de afectar el bien inmueble respecto del cual se litiga, por lo que al confirmar la decisión que dispuso su alzamiento por parte de los magistrados recurridos, se cometió una falta que debe ser enmendada por esta vía disciplinaria [...] declarándose en su lugar que no se accede al alzamiento de la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos respecto del inmueble [...]".[710]

Me parece que el tema es, una vez más, discutible. La resolución que otorgó la medida fue concedida *prima facie*. La sentencia

[709] No debe confundirse esta hipótesis con lo dispuesto por el art. 194 Nº 4 del CPC, en cuanto a que se concede apelación en el solo efecto devolutivo de las resoluciones que orden alzar medidas precautorias. En este evento el alzamiento de la medida ha sido pedido ante el juez *a quo* porque la causa se encuentra en primera instancia. El proceso se está tramitando y todavía no se ha dictado la sentencia definitiva de primer grado.

[710] Corte Suprema 1 de agosto de 1994, rol Nº 4270/94. El mismo criterio había sostenido nuestro máximo tribunal el año 1962. "Que la circunstancia de haberse dictado sentencia de primera instancia que niega lugar a la demanda, no hace desaparecer el motivo que se tuvo en vista al decretar dicha medida, ya que ese fallo ha sido objeto de un recurso de apelación; Que, en consecuencia, el juez *a quo*, al negar lugar a la medida en referencia, ha hecho mal uso de sus facultades, y ha inferido con ello un agravio a la parte recurrente que esta Corte debe enmendar por la vía de la queja". RDJ, t. LIX (1962), segunda parte, sec. 1ª, p. 293. La resolución se adoptó con los votos en contra de los ministros Pedro y Marcos Silva. *Vid.*, Fallos Nº 41 (1962), pp. 164 y 165.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

definitiva, en cambio, se dictó en grado de convicción. Esta debería primar sobre el *fumus* que tuvo en vista el tribunal al conceder la medida, por muchas razones, pero sobre todo porque ya hubo toda una prueba rendida. Aquí no hay una aproximación *prima facie* o provisional sino una convicción final sobre quien tenía razón. El tribunal de primera instancia ya emitió opinión y esta fue contraria a los intereses del actor. Solo razones muy poderosas deberían llevar a nuestros tribunales a rechazar el alzamiento en esta hipótesis. Un caso extremo en este ámbito sucedió en el conocido caso de la jueza Atala. Recordemos, por un momento, que en el proceso llevado adelante por el padre en contra de la referida jueza por la tuición de las hijas comunes, se decretó una medida "provisional" anticipativa que alteró dramáticamente el *statu quo* existente antes de la demanda (por acuerdo de los padres al momento de su separación en mayo de 2002, y por ser la regla en nuestro ordenamiento jurídico, la tuición se entregó a la madre de las menores). La referida orden entregó al padre la tuición provisional de las hijas y dicha medida anticipativa fue mantenida durante todo el proceso judicial, pese a existir dos sentencias definitivas que rechazaron la demanda de tuición.[711]

Un argumento adicional lo encontramos en el art. 947 (actual 773) del CPC después de la reforma llevada adelante por la Ley Nº 2.269 de 28 de febrero de 1910. La norma aludida –relativa a los efectos del recurso de casación en la sentencia recurrida– modificó la regla primigenia del CPC en cuanto a que el recurso de casación, por regla general, suspendía la ejecución del fallo. La nueva disposición hizo una distinción entre el recurso de casación en la forma, que mantuvo la regla general de suspensión, y el recurso de casación en el fondo, que adoptó la regla contraria: no suspendía la ejecución de la sentencia impugnada, salvo las excepciones que la propia disposición contempló (que, valga la pena recordarlo, son las mismas que hoy se regulan en el actual art. 773 del CPC). Pues bien, y en lo que ahora interesa, la reforma incluyó un inciso final del siguiente tenor:

> La ejecución de la sentencia en los casos que autoriza este artículo, no suspende los efectos de las medidas precautorias decretadas en el juicio a favor de la parte vencida. Las que se encontraren vigentes al interponerse la casación subsistirán hasta el fallo definitivo del recurso.[712]

[711] *Vid.*, MARÍN, J. C., "El recurso de queja y la orden de no innovar a propósito del caso Atala", Revista de Estudios de la Justicia, Nº 15 (2011), pp. 265-284.

[712] *Vid. Recopilación de Leyes*, t. V (1910), p. 171.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Bajo la vigencia de esta disposición, la Corte Suprema pudo decir que "conforme a los artículos 291 (actual 301) y 948 del Código de Procedimiento Civil, las medidas precautorias pueden hacerse cesar en cualquier estado del pleito, *si desaparecen los motivos que autorizaren su dictación, y para que no se creyera los motivos que el solo hecho de dictarse sentencia de alzada a favor del demandado en contra del cual se decretaron era causal que, por sí sola, daría fundamento para su alzamiento, dispuso en el art. 948 que quedarán vigentes hasta el fallo definitivo del recurso de casación que se interpusiera.* [...]".[713] Este artículo fue nuevamente reformado por la Ley Nº 11.183, de 10 de junio de 1953[714] que suprimió el inciso final antes transcrito desapareciendo, de este modo, del ordenamiento procesal chileno. Si bien, el referido inciso no era muy claro en su redacción, porque no se comprende bien su primera parte, los tribunales nacionales entendieron que era un argumento para descartar la idea de que por el hecho de dictarse sentencia desestimatoria de la pretensión del actor ellas debían ser alzadas. Uno debe entender, por tanto, que al haberse eliminado esta disposición del orden procesal civil chileno hace más de sesenta años el argumento en contrario es el que debería prevalecer.

[713] RDJ, t. XXXIV, (1937), segunda parte, sec. 1ª, pp. 153 y 154 (énfasis añadido).

[714] *Vid. Recopilación de Leyes*, t. XL (1953), p. 529.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

CAPÍTULO SÉPTIMO

LAS MEDIDAS PREJUDICIALES

1. CONTENIDO, ESTRUCTURA Y EFECTOS DE LAS MEDIDAS PREJUDICIALES REGULADAS EN EL TÍTULO IV DEL LIBRO II DEL CPC

1.1. *Planteamiento*

7.1. Como se recordará, fue en el Proyecto de 1893 donde por vez primera se contemplaron las medidas prejudiciales en el ordenamiento procesal chileno. Esta reglamentación pasó sin ninguna modificación sustancial al CPC aprobado en 1903 y vigente en la actualidad. Sobre el particular, el mensaje que precedió al aludido proyecto señaló:

> Enumera y reglamenta el Proyecto las medidas prejudiciales que es lícito solicitar para que sea posible la entrada en el juicio, y aun acepta que puedan reclamarse con este carácter las medidas precautorias que la ley autoriza, pero estableciendo al mismo tiempo restricciones que impidan todo abuso del demandante y respondan de cualquier injusto perjuicio que pudiera ocasionarse.[715]

Estas medidas se encuentran reguladas en el título IV del libro II del CPC, en los artículos 273 al 289. En dicho título se reconocen tres clases de medidas prejudiciales; las preparatorias (artículos 273 al 278); las precautorias (artículos 279 y 280) y las probatorias (artículos 281 al 286). Los artículos 287 y 289 son comunes a los tres tipos. El art. 288 permite al demandado solicitar una medida prejudicial preparatoria (la del número 5º del art. 273) y las probatorias previstas en los artículos 281, 284 y 286. En lo que sigue nos concentraremos en el estudio de las medidas prejudiciales precautorias. Si bien el

[715] *Código de Procedimiento Civil*, 12ª edición, Santiago (Chile), 1994, p. 15.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

principal teórico de la tutela cautelar, CALAMANDREI, trató todas estas medidas dentro del ámbito de las providencias cautelares,[716] la doctrina, en general, no ha seguido su pensamiento. En esta segunda edición he mantenido este último criterio. Por ahora, por tanto, no serán analizadas en esta obra las prejudiciales preparatorias, ni las probatorias.[717]

1.2. *Ámbito de aplicación y alcance del art. 279 del CPC*

7.2. Las medidas prejudiciales precautorias son de aplicación general, esto es, no sólo se emplean en el juicio ordinario de mayor cuantía, sino que en todos los demás procedimientos que no tengan una regulación especial diversa. Respecto de este punto nos remitimos al razonamiento que más adelante efectuaremos en relación con las medidas precautorias.

El art. 279 señala que se pueden pedir como prejudiciales las precautorias que trata el título V del libro II, por tanto, pueden solicitarse en primer lugar las reguladas expresamente en el art. 290, esto es, el secuestro de la cosa que es objeto de la demanda, el nombramiento de uno o más interventores, la retención de bienes determinados y la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados; en segundo lugar, las medidas indeterminadas de creación jurisprudencial previstas en el art. 298 del CPC, así como las demás que autoricen las leyes (art. 300 del CPC).

Tratándose de medidas prejudiciales precautorias, la urgencia en la concesión de la misma es cualificada y precisamente este es el motivo por el cual el legislador admite la posibilidad de que aun antes de que exista un proceso judicial, antes de que se haya trabado la controversia entre las partes, el futuro demandante pueda solicitar y obtener alguna o algunas de las medidas cautelares previstas en el orden procesal civil chileno. Como natural contrapartida, en todo caso, se han previsto una serie de elementos que buscan restablecer el desequilibrio y evitar, en lo posible, que estas medidas se transformen en instrumentos de injusticia al interior del proceso civil nacional.

[716] CALAMANDREI, *Introducción...*, ob. cit., pp. 53-55.

[717] Un análisis muy completo de ellas se encuentra en MATURANA, *Las medidas cautelares, los incidentes, los procedimientos declarativos especiales, el juicio ejecutivo y los asuntos judiciales no contenciosos*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013, pp. 39-56.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

1.3. *Requisitos de concesión de las medidas prejudiciales*

7.3. El CPC estableció, en armonía con lo señalado en el mensaje, una serie de requisitos y resguardos para evitar todo abuso en el uso de tan importante herramienta procesal, procurando dejar indemne al futuro demandado de todo perjuicio que con ocasión de una solicitud de una medida prejudicial le fuere injustamente irrogado. En este punto, la reglamentación que diseñó el legislador nacional fue muy estricta con la actuación del futuro actor, previéndose, inclusive, una presunción de dolo que luego analizaremos. Esta reglamentación se encuentra en los actuales artículos 279 y 287 del CPC.

Dispone la primera de las normas aludidas:

> "Podrán solicitarse como medidas prejudiciales las precautorias de que trata el título V de este libro, existiendo para ello motivos graves y calificados, y concurriendo las circunstancias siguientes:
> 1ª Que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias, y
> 2ª Que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan".

Por su parte, el art. 287 del CPC indica que para decretar las medidas de que trata el título IV "deberá el que las solicite expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos".

Todos estos requisitos deben acreditarse por el solicitante de la medida para que el tribunal esté en condiciones de concederlas. Él es quien debe justificar la necesidad de esta cautela. De allí que la Corte Suprema haya señalado que "la ley, al reglamentar la concesión de medidas precautorias como prejudiciales, exige diversos motivos y circunstancias, a saber: que se expresen la acción que se propone deducir el que las solicita y someramente sus fundamentos; que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer; que se rinda fianza u otra garantía suficiente a juicio del tribunal, y que existan motivos graves y calificados".[718]

1.3.1. Casos graves y calificados

7.4. En primer término, según dispone el art. 279 del CPC, debe tratarse de casos graves y calificados, esto es, de situaciones en las cuales se presuma que la demora en el otorgamiento de la medida se traducirá en serios perjuicios para el futuro demandante, de allí

[718] RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 1ª, p. 630.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la urgencia en que estas medidas sean otorgadas por el tribunal de inmediato. Sobre este elemento, la Corte Suprema ha señalado que "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 288 [entiéndase 298] de ese mismo Código, para decretar las simplemente precautorias [...] y no puede ser de otra manera, dada la ocasión en que unas y otras se solicitan, unas antes de presentarse la demanda, las otras después de presentada esta, o conjuntamente con ella".[719] Lo anterior encuentra su fundamento en el hecho de que bajo estas circunstancias los elementos de análisis de que dispone el tribunal son mucho menores de los que tiene una vez que se haya dado inicio al proceso judicial y, por lo tanto, las posibilidades de errar son mucho mayores.

Son situaciones en las que la conducta del futuro demandado hace presumir que de no adoptarse por el tribunal alguna medida urgente, será muy difícil posteriormente asegurar el cumplimiento de la pretensión que en su momento presente el actor. Se trata de conductas abusivas del futuro demandado, en las que intentará ocultar sus bienes, disiparlos, venderlos o gravarlos con la finalidad de disminuir el derecho de garantía general que todo acreedor posee de conformidad con la ley.[720] De allí que los tribunales chilenos han rechazado estas medidas cuando precisamente el solicitante no acredita los referidos elementos:

> Que, tanto los datos proporcionados por el banco solicitante en la ya aludida presentación, como de los antecedentes a ella acompañados y demás cuadernos que se tienen a la vista, aparece que no ha habido incumplimiento alguno por parte del deudor en cuanto al pago del capital –cuyas cuotas incluso a la fecha no se hallan vencidas–, ni tampoco en relación al pago de los intereses; Que

[719] RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 1ª, p. 630. En el mismo sentido se ha señalado que "al exigirse por el artículo 279 del CPC que existan motivos graves y certificados para que puedan decretarse prejudicialmente medidas precautorias, se han aumentado los requisitos que exige el artículo 298 del mismo Código para decretarlas como simplemente precautorias, o sea, que el demandante acompañe comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama". RDJ, t. LXXXVI (1989), segunda parte, sec. 2ª, p. 17.

[720] ZALDÍVAR, en este sentido, observa que "surge, pues, de aquí, la razón de existencia dentro de nuestra legislación procesal, de estas disposiciones que autorizan a un individuo para solicitar ciertas medidas precautorias, aun antes de deducir su demanda, adelantándose a evitar los posibles fraudes de que pudiere ser víctima, mediante las maquinaciones antes indicadas, cometidas por el demandado, a fin de hacer ilusorio el cumplimiento de lo que se sentencie en el juicio". *De las medidas prejudiciales*, Santiago, 1933, p. 124.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

> en consecuencia, a juicio de este tribunal, no han existido los motivos graves y calificados que autorizan la concesión –como prejudicial–, de la medida precautoria solicitada y concedida en los autos tenidos a la vista –por lo que no ha debido otorgársele–, debiendo tenerse presente además que, por la naturaleza misma del derecho que la hipoteca confiere al acreedor, el banco Morgan Finanza SA. –puede afirmarse–, se encuentra protegido, por ahora, en los mismos términos en que lo estuvo al constituirse dicho gravamen en su favor.[721]

1.3.2. Determinación del monto de los bienes

7.5. En segundo lugar, dispone el art. 279 del CPC en su número 1º que debe determinarse el monto de los bienes sobre los cuales recaerá la medida. Lo anterior es de toda lógica porque es la forma que precisamente tiene el tribunal de controlar que la medida no sea abusiva, de conocer de inmediato qué parte del patrimonio del futuro demandado se desea afectar. Es una consagración más del principio de proporcionalidad que debe guiar la conducta del tribunal cuando se enfrenta a una solicitud de este tipo, evitando, de este modo, que se concedan medidas abusivas que busquen gravar todo el patrimonio del demandado.[722]

1.3.3. Caución

7.6. El art. 279 añade en su número 2º que se debe otorgar fianza u otra garantía suficiente a efectos de responder por los eventuales perjuicios que se irroguen al futuro demandado. Elemento que, según hemos observado, aparece en forma autónoma de los otros presupuestos para conceder las medidas cautelares, siendo obli-

[721] Fallos Nº 332 (1986), p. 425.

[722] De ahí que se hayan alzado medidas prejudiciales, entre otros motivos, por la extrema amplitud con la cual fueron acordadas: "Que el juez inculpado estimó de justicia conceder las medidas [prejudiciales] precautorias materia de la queja en toda la amplitud y en la misma forma que ellas habían sido solicitadas [...]; Que de este modo el juez de letras puso al demandado en situación de sufrir las graves resultas de las medidas decretadas en su contra, sin que previamente se hubiera otorgado la caución o garantía con que la ley ha querido resguardarlo de todo perjuicio; *falta esta cuya gravedad guarda relación con la naturaleza extrema de la medida precautoria ejecutada, o sea la extracción de los almacenes del deudor, en cantidad muy considerable, de las mercaderías que constituían su giro*, para entregarlas a un depositario por tiempo indeterminado". RDJ, t. XVII (1919), segunda parte, sec. 1ª, pp. 158 y 159 (el destacado es nuestro).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

gatoria para el juez su exigencia. Estamos frente a uno de los más bien excepcionales casos al interior del orden procesal chileno en que la caución se exige como elemento necesario para conceder la medida requerida.[723]

1.3.4. La acción que se deducirá

7.7. El futuro demandante debe cumplir con lo establecido en al art. 287 del CPC, esto es, debe indicar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos. Requisito que al decir de ANABALÓN es "decisivo e ineludible, ya que sólo por este medio queda el tribunal en situación de poder apreciar convenientemente la procedencia y necesidad de la medida solicitada [...]".[724] Lo anterior es correcto: la medida que se pide tiene que asegurar el resultado de la acción que se va a entablar. De lo contrario el tribunal debe rechazarla. Así, por ejemplo, si el futuro actor anuncia que va a ejercer una acción reivindicatoria sobre un bien mueble y se teme su deterioro en manos del poseedor del mismo, la prejudicial que debe pedirse es el secuestro de la cosa y no la prohibición de celebrar actos y contratos, que no resguarda de ningún menoscabo físico del bien.

1.3.5. Requisito de toda medida precautoria

7.8. Finalmente, a los requisitos propios de las medidas prejudiciales la jurisprudencia añade el presupuesto general de las medidas precautorias, esto es, acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho reclamado (art. 298 del CPC). Así, han dicho: "Por tratarse, en el fondo, de medidas precautorias que se conceden con antelación a la existencia del juicio, deben cumplir, además, con los requisitos propios que se exigen para esta clase de medidas según el artículo 298, o sea, deben limitarse a los bienes

[723] De allí que los tribunales han dejado sin efecto las medidas concedidas cuando se ha omitido este elemento. Así se ha fallado que "dada la importancia y gravedad de la imposición de una medida prejudicial precautoria, el juez *a quo*, al no exigir la fianza respectiva y suficiente, ha obrado con falta y abuso y sumado al hecho de no haber analizado exhaustivamente los comprobantes no se justifica la mantención de tales medidas". RDJ, t. LXXXVI (1989), segunda parte, sec. 2ª, p. 17.

[724] *El juicio...*, ob. cit., p. 50.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

necesarios para responder a los resultados del juicio y acompañar el actor comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama".[725] Este último criterio es reiterativo y se encuentra comprendido en los motivos graves y calificados que requiere el art. 279. La propia jurisprudencia, como lo vimos hace un momento, ha dicho que al exigir el legislador casos graves y calificados para conceder una medida prejudical, se han aumentado y no disminuido las exigencias previstas en el art. 298. En otras palabras, acreditar la gravedad y calificación que exige requiere el art. 279 cubre la presunción grave que pide el art. 298.

1.4. *Cargas procesales*

7.9. Fuera de los requisitos que establece la ley procesal chilena para conceder una medida cautelar en el carácter de prejudicial, se incorporan, una vez acordada, importantes cargas procesales que tienen el claro propósito de recordar al actor que las medidas han sido concedidas excepcionalmente y que su justificación, ahora como cautelares, dependerá de su comportamiento y de que acredite que ellas son realmente necesarias. Al respecto, dispone el art. 280 en su inciso 1º: "Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá el solicitante presentar su demanda, en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta treinta días por motivos fundados".

Dichas cargas revelan que la continuidad de estas prejudiciales, decretadas excepcionalmente como sabemos, está supeditada a que el actor muestre un real interés en el avance del proceso y que muestre la necesidad de las mismas. Estas obligaciones precisamente apuntan en esta dirección: en primer término, dar al solicitante un plazo fatal para presentar la correspondiente demanda, de modo tal que justifique que su pretensión es seria; y en segundo lugar, que manifieste expresamente su voluntad de mantener las medidas, justificando por qué son necesarias ahora como precautorias.

[725] Gaceta, Nº 59 (1985), p. 12. También han señalado que "para otorgar una prejudicial precautoria, además de las exigencias señaladas en el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil [...], debe reunirse la exigencia establecida en el art. 298 del mismo cuerpo legal, esto es, que el solicitante acompañe comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama". RDJ, t. LXXXVI (1989), segunda parte, sec. 2ª, p. 19. *Vid.*, igualmente: Gaceta, Nº 53 (1984), pp. 56 y 57; Gaceta, Nº 57 (1985), p. 90 y RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 1ª, p. 630.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

1.4.1. Plazo para presentar la demanda

7.10. La demanda debe presentarse en el plazo de diez días que refiere la disposición, o dentro del plazo mayor que el tribunal determine. El referido plazo, como se comprenderá, no puede ser inferior a diez días. Podría ser superior si el actor lo pide y el tribunal accede a esta ampliación. En este último evento el término máximo sería de treinta días. La Corte Suprema ha resuelto sobre este aspecto lo siguiente: "Que de los autos que se han traído a la vista aparece que el juez de la causa accedió a la solicitud de Celulosa Arauco y Constitución S.A. en el sentido de decretar la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos en el carácter de prejudicial de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 279 y 280 del CPC; Que asimismo consta de dicho expediente que no estando aún vencido el término de que disponía ese solicitante para presentar su demanda y pedir la mantención de la medida decretada, el tribunal *a quo* resolvió declarar su caducidad por no haberse notificado la resolución que la concedió dentro del término fatal de cinco días que establece el art. 302 del aludido cuerpo de leyes; Que tratándose en la especie de la concesión de medidas prejudiciales, no corresponde dar aplicación a una norma como la citada precedentemente que sólo ha sido establecida respecto de las medidas precautorias propiamente tales, es decir de aquellas que pueden decretarse una vez que se ha trabado la litis, cuyo no es el caso; Que por tal motivo y conforme al mérito de los antecedentes que se examinan, el solicitante de la medida prejudicial debía únicamente cumplir con las exigencias señaladas en el aludido art. 280 del CPC, es decir, presentar la demanda en el término de diez días y pedir la mantención de la medida decretada, constituyendo una falta que era necesario corregir por esta vía, el imponerle a aquel una carga que ha sido prevista por el legislador para una situación absolutamente ajena a aquella que se sometió al conocimiento del juez de la causa".[726]

7.11. La ampliación del plazo debe ser solicitada por quien pide la prejudicial en un *otrosí* de su presentación. Debe justificar por qué requiere más días de los que ha fijado el legislador para presentar la demanda. Suele suceder, por ejemplo, que la prejudicial que se pide sea de aquellas que para ser oponibles a terceros requieran de alguna publicidad. Una prohibición sobre un número considerable de inmuebles localizados en diversos municipios. En estos casos los

[726] Fallos Nº 372 (1989), p. 712.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

diez que establece el legislador pueden ser escasos para practicar todas las inscripciones requeridas.

1.4.2. Petición del solicitante de renovación de las medidas

7.12. El artículo 280 establece que el solicitante debe presentar su demanda y pedir que se mantengan las medidas decretadas. En la práctica los abogados realizan esta petición en la demanda misma. La ley no lo dice de manera explícita pero es la forma lógica y práctica de cumplir con esta carga. Al respecto surge la duda de saber qué ocurre si el actor pide la renovación de las medidas prejudiciales no en un *otrosí* de su demanda, como la norma refiere, sino en el cuaderno de medidas prejudiciales. Nuestra Corte Suprema ha sostenido el mismo año dos tesis contradictorias; por un lado, confirmó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que actuando de oficio había señalado: "Que el inciso 2º de la disposición anteriormente señalada [art. 280], precisa que tal solicitud no sólo debe hacerse dentro de tal término, sino que además debe estar contenida en el escrito mismo de la demanda. En efecto, la norma dice textualmente: 'si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en **ella** que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas...', se producen las consecuencias que allí se consignan.[727]

Por el otro, sin embargo, el mismo año revocó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia que también actuando de oficio había seguido el anterior criterio. En esta ocasión, nuestro máximo tribunal señaló: "Que por otra parte debe tenerse presente que la Corte de Apelaciones de Valdivia no estaba facultada para actuar de oficio, pues en las condiciones anotadas no ha podido haber error de procedimiento susceptible de ser corregido, ya que no lo constituye la distinta manera de interpretar el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, acerca de si la mantención de las prejudiciales como precautorias debe únicamente solicitarse en la demanda anunciada, o si es también posible hacerlo en el respectivo cuaderno relativo a esas medidas, como en este caso ocurrió; [...] se acoge el recurso de queja [...] sólo en la parte que procediendo de oficio declara que las medidas prejudiciales de que da cuenta el respectivo cuaderno separado, han quedado sin efecto por el solo ministerio de la ley, y en su lugar se decide que aquellas se mantie-

[727] *Fallos* Nº 362 (1989), pp. 898 y 899 (la negrita es del original).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

nen en vigor como precautorias, conforme lo resolvió el juez de la causa a fojas 34 vuelta de ese cuaderno".[728]

Si bien me parece que la forma natural y lógica de cumplir con esta carga es hacerlo en la demanda misma, no creo que las medidas caduquen por hacerse la petición en el cuaderno de medidas precautorias. Lo único relevante es la decisión que el juez *a quo* tome al respecto, con independencia del cuaderno donde se hubiere materializado la solicitud.

1.4.3. Incumplimiento de las cargas procesales: ¿caducidad *ipso facto*?

7.13. Si el actor no cumple con las cargas que hemos analizado se ha resuelto por nuestros tribunales que las medidas decretadas caducan *ipso facto*. Sobre este punto la jurisprudencia ha dicho: "Que según se ha advertido en el libelo de la demanda, no se formuló petición alguna tendiente a la conservación de la prohibición de gravar y enajenar dispuesta por el tribunal, de manera que se ha producido *ipso facto* la caducidad de la medida, por la sola circunstancia de no haberse recabado su renovación; Que, por consiguiente, el juez de la causa al proveer el escrito de fs. 33, en que se pedía se mantuviera a firme dicha precautoria, debió dejar constancia que esta había caducado por la causal ya expuesta; no obstante lo cual accedió a la petición de la parte demandante y por resolución de 30 de agosto de 1988, escrita a fojas 34 vta. declaró a firme la medida precautoria decretada a fs. 31, habiendo incurrido así en falta o abuso en el ejercicio de sus funciones, lo que debe enmendarse con prontitud".[729]

En verdad el art. 280 del CPC no menciona que las medidas caducan *ipso facto*. El inc. 1º no dice nada sobre este particular y el inc. 2º discurre sobre una idea completamente diversa, según lo veremos un poco más adelante. La noción parece estar tomada del art. 299 del CPC que se remite al 280. Como se recordará, el art. 299 permite al actor en casos graves y urgentes pedir temporalmente una o más medidas precautorias sin los comprobantes requeridos para

[728] Fallos Nº 362 (1989), pp. 898 y 899.

[729] Fallos Nº 372 (1989), p. 714. También han dicho que "Si la demanda es deducida con posterioridad al plazo fijado en esta disposición y en ella no se pide que se mantengan, deben ellas alzarse, condenándose en costas a la parte que obtuvo la medida. Tal sanción legal se opera de hecho, por el solo ministerio de la ley, y surte todos sus efectos como si no hubiera existido tal prohibición". Gaceta de los Tribunales, Nº 217, 1er sem., p. 316.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

tal efecto. Agregando: "Las medidas así decretadas quedarán *de hecho canceladas* si no se renuevan en conformidad al art. 280". Pues bien, todo indica que los tribunales han hecho una especie de aplicación analógica entre los arts. 299 y 280 del CPC y han traído a esta sede lo que está previsto solo para las precautorias en el art. 299.

El año 2009 la Corte Suprema resolvió un interesante problema que se presentó en relación con el alcance del art. 280. Es uno de los pocos casos en el cual la Corte lo hizo conociendo de un recurso de casación en el fondo por infracción del aludido art. 280. Como manifesté en la presentación de esta segunda edición, la jurisprudencia de la Corte Suprema, en esta materia, se construyó primordialmente por medio del Recurso de Queja. Este medio de impugnación permitió a la Corte Suprema conocer sin ninguna restricción –hasta el año 1995– los problemas que los abogados encontraban en su diario quehacer con estas medidas. El recurso de casación en el fondo, en cambio, no es procedente por infracción de una ley *ordenatoria litis*, como inequívocamente parecen serlo las dedicadas a tratar las medidas precautorias. Hay ocasiones, sin embargo, en que el yerro de alguna Corte de Apelaciones es de tal magnitud que la Suprema no se restringe y olvida, momentáneamente al menos, una distinción que ha defendido por años entre leyes *decisoria* y *ordenatorias litis*. Es precisamente lo que sucedió en el caso que vamos a relatar.

En un proceso ejecutivo el demandado por sí y en representación de la sociedad ejecutada solicitó *se tuviera por no presentada la demanda ejecutiva*, que fue hecha, en su parecer, fuera del plazo de 10 días que establece el artículo 280 del CPC. Fundó su solicitud en el hecho de que se pidió una medida prejudicial como gestión preparatoria y tal solicitud se proveyó favorablemente ampliándose, además, el plazo para *notificar* la medida hasta por el término de 30 días, pero nada se señaló respecto de la ampliación del plazo para *presentar* la demanda. El juez *a quo* rechazó la solicitud del ejecutado. Apelada dicha resolución la Corte de Apelaciones de Santiago *la revocó y tuvo por no presentada la demanda ejecutiva, por extemporánea.* En contra de esta última resolución se presentó recurso de casación en el fondo.

El recurrente fundó su recurso en que la sentencia censurada "ha infringido el artículo 38 del CPC, en relación con el artículo 280 del mismo cuerpo legal, norma que prescribe que las resoluciones judiciales producen su efecto en virtud de la notificación hecha con arreglo a la ley". En el caso, agregó el actor: "la resolución que otorgó la medida prejudicial precautoria por la que se dio inicio al proceso fue decretada el 31 de julio de 2007, la que se notificó

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

a los demandados el 4 de septiembre de 2007, por lo que a partir de esa fecha debe contarse el plazo que estatuye el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil. Añade que la demanda ejecutiva fue presentada el 23 de agosto de 2007, por lo que a su juicio se cumplió con lo que prescribe el citado artículo 280". A continuación el ejecutante expuso que "en ninguna parte de nuestro ordenamiento jurídico se establece que la no presentación de la demanda dentro del término del caso ha de sancionarse con tener por no interpuesta la demanda, pues es el propio artículo 280 del Código Adjetivo, quien se encarga de establecer la sanción". Concluyó, por tanto, que hubo "de parte de los sentenciadores una errónea aplicación del artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 280 del aludido estatuto legal, al declarar que la demanda ha sido formulada extemporáneamente y al aplicar una sanción no prevista por el legislador". Frente a este planteamiento la Corte Suprema señaló:

> Que para un adecuado análisis de los errores de derecho invocados por la recurrente de casación, cabe tener presente que las citas de disposiciones legales denunciadas, expuestas previamente en el motivo primero, tiene por objeto sustentar, fundamentalmente que era improcedente declarar inadmisible por extemporánea la demanda ejecutiva, toda vez que se ha aplicado una sanción no prevista en el citado artículo 280 del Código Adjetivo (c. 3º);
>
> Que las medidas precautorias se piden por lo general en el juicio y por excepción, pueden solicitarse como prejudiciales y tendrán que reunir los requisitos generales de las medidas prejudiciales y precautorias. Conforme lo dispone el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil, se pueden solicitar como prejudiciales las precautorias ordinarias de los artículos 290 a 302, siempre que concurran las circunstancias siguientes: 1) Que existan motivos graves y calificados; 2) Que se determine el monto de los bienes sobre los que deben recaer las medidas precautorias, y 3) Que se rinda fianza suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan.
>
> Si se acepta la medida prejudicial, el solicitante debe presentar su demanda en el término de 10 días y pedir que se mantengan las medidas decretadas. El plazo puede ampliarse por motivos fundados, hasta 30 días.
>
> *Ahora bien, la medida decretada caduca al no interponerse demanda oportunamente en el plazo de 10 días o en el que se ha ampliado; si se deduce demanda, pero no se pide en ella que se mantengan las precautorias decretadas; o si al resolverse sobre esta petición, el tribunal no mantiene las medidas.*
>
> El plazo que establece el artículo 280 del Código de Enjuiciamiento Civil, es fatal, pero es prorrogable. Si no se endereza demanda o no se pide la mantención de las medidas, *se entienden caducar de facto, las medidas*, y la presunción de dolo se origina por las tres circunstancias imputables al interesado, que señala el indicado precepto (c. 4º).
>
> Que de lo razonado precedentemente, y de lo estatuido en el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, *fluye claramente que si el solicitante de una medida prejudicial precautoria, no presenta la demanda dentro del término de 10 días, la medida caduca* y por este solo hecho queda responsable el que las ha solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento (c. 5º).
>
> *Que de este modo, al haberse establecido una sanción distinta de aquella prevista en el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, a saber, tener por no presentada la demanda ejecutiva, por extemporánea, los jueces del fondo han cometido error de derecho al infringir el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil, error que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, lo que llevará a esta Corte a dar lugar a la nulidad de fondo deducida.*[730] (Énfasis añadido).

La resolución tiene varios aspectos interesantes de analizar. En primer término, la Corte vuelve sobre la idea de que las medidas caducan de facto si la demanda no se presenta en el plazo establecido para ello. Reitero que el art. 280 no refiere (no de manera expresa al menos) que si el actor no cumple con esta carga las medidas queden sin efecto *ipso facto*. La disposición no dice nada al respecto. Son nuestros tribunales quienes aplicando por analogía el art. 299 del CPC, han llegado a la conclusión de que, adicionalmente a la presunción de dolo, existe otra consecuencia: ellas caducan *de facto*. En segundo término, la norma tampoco dice que lo que caduca por extemporánea sea la demanda. Esta sí que es una novedad en esta materia. En nuestro sistema procesal civil se conocía el desestimiento de la demanda (arts. 148 y ss.); el retiro de la misma (art. 261); el no dar curso de oficio a la demanda (art. 256), pero tenerla por no presentada por extemporánea es insólito. ¿Cómo podría una demanda presentarse de manera extemporánea? El error obliga a la Corte Suprema a hacer justicia al caso concreto y, para ello, se desentiende del carácter de ley procesal que tiene el art. 280 del CPC.

1.4.4. Cumplimiento de las cargas: decisión del tribunal

7.14. Si el actor cumple con las aludidas cargas procesales esto no le garantiza que las medidas continuarán en vigor. Es una condición necesaria pero no suficiente. La renovación de las medidas no es automática. El tribunal debe tomar una decisión al respecto. El artículo 280 en su inciso 2º prescriba: "Si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las me-

[730] Corte Suprema, 11 de noviembre de 2009. Casación en el fondo rol 5870-08. Pronunciada por la Primera Sala por los ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Juan Araya E. y Guillermo Silva G. y abogados integrantes Sr. Luis Bates H. y Sra. Maricruz Gómez de la Torre V.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

didas precautorias decretadas, o *al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas*, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento". Es decir, el tribunal que decretó la medida prejudicial una vez que el actor ha dado cumplimiento a lo prescrito en el inciso 1º del art. 280, debe decidir si las renueva como precautorias o si, por el contrario, ordena su alzamiento. La norma busca que el tribunal en todo momento aprecie si se justifica la continuidad de las medidas, si siguen siendo indispensables para asegurar el resultado de la acción o si, por el contrario, procede cancelarlas de acuerdo con los eventuales mayores antecedentes que se han tenido a la vista, o con una mejor revisión de los ya aportados por el actor.

En la práctica los tribunales suelen acceder a la petición de renovación de las medidas cautelares cuando el actor cumple con las cargas que el legislador ha puesto de su lado. Esto es lógico. El tiempo que ha transcurrido entre la concesión y la renovación es muy breve por lo que es difícil que en este lapso el tribunal cambie de parecer. Máxime que todo este procedimiento se lleva adelante sin permitir, todavía, la participación del afectado por la medida. Es difícil que las condiciones que el juez analizó al momento de conceder las prejudiciales hubieren cambiado de tal forma permitirle alzar la medida. En todo caso si el tribunal *a quo* no renueva las medidas su decisión es impugnable por medio del recurso de apelación (art. 194 Nº 4 del CPC).

1.4.5. Presunción de dolo: consecuencias

7.15. Si el actor no presenta la demanda dentro del plazo establecido, o si no pide la renovación de las medidas o el tribunal al resolver tal solicitud no las mantiene "por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento" (inc. 2º del art. 280 del CPC).[731] La norma, como ya sabemos, es clara y muy severa en relación con la responsabilidad que asume el actor al solicitar y obtener una medida prejudicial; por un lado, responsable de los daños que la medida pueda ocasionar y por el otro, su proceder se considera de mala fe. En cualquiera de las tres hipótesis previstas por la norma los tribunales junto con ordenar la cancelación de las medidas decretadas deberían, además, declarar doloso su proceder para los efectos del posterior juicio de responsabilidad.[732] La persona, por tanto, que soportó las consecuencias económicas de la medida prejudicial puede, si así lo desea, demandar la reparación del daño que las medidas le hubieren provocado. En este proceso tendrá que probar los perjuicios y la relación de causalidad existente entre estos y la concesión de la medida, y no el elemento subjetivo (dolo) de la responsabilidad civil. Respecto de este último elemento hay una especie de cosa juzgada refleja entre el proceso donde se pidieron las medidas precautorias y el nuevo proceso en el cual se demandan los daños que dichas medidas produjeron.[733]

[731] Recuérdese, en todo caso, que el precepto inicial era aun más drástico. En efecto, el origen del título IV, dedicado a las medidas prejudiciales, se encuentra en el proyecto de 1893, y el art. 270 de ese entonces (actual 280) señalaba que "aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y hacer en ella formal petición de que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta por sesenta días por motivos fundados". En el párrafo segundo añadía que "si no se dedujere demanda oportunamente, o no se pidiere en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas, o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantuviere dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las hubiere solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento, *e incurrirá además en una multa a beneficio del perjudicado, que podrá llegar al diez por ciento del monto de los bienes comprendidos en las medidas precautorias*" (el destacado es nuestro). *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Santiago (Chile), 1893, p. 77. Al estudiar esta disposición la Comisión mixta de diputados y senadores, se estimó por los comisionados RIESCO y RICHARD que era sanción más que suficiente la obligación de responder de los perjuicios causados que el referido artículo prescribía, y en atención a esta circunstancia, juzgaron que no habría razón para imponer además la multa que fija la parte final de dicho artículo. La comisión lo estimó de igual manera y resolvió, en consecuencia, aprobar el artículo suprimiendo en el inciso segundo la frase final: "e incurrirá además en una multa a beneficio del perjudicado, que podrá llegar al diez por ciento del monto de los bienes comprendidos en las medidas precautorias". *Actas de la comisión...*, p. 98.

[732] Sobre este particular CASARINO observa que "se trata de una presunción legal establecida en beneficio de la persona en contra de quien se solicitaron estas medidas, y evitarle tener que rendir prueba dentro del pleito sobre indemnización de perjuicios, que podrá iniciar en contra del que pidió las medidas precautorias, acerca del dolo con que este último actuó en las gestiones respectivas". *Manual de derecho procesal*, ob. cit., p. 355.

[733] QUEZADA, sobre este particular, señala que "si caduca la medida prejudicial precautoria, para perseguir la responsabilidad del demandante es necesario iniciar un juicio declarativo separado en que, basándose en la presunción de dolo, se cobren los perjuicios. A nuestro parecer, pueden emplearse el procedimiento ordinario de mayor cuantía (art. 3º) o el sumario (art. 680 inciso 1º)". *Medidas prejudiciales...*, ob. cit., p. 133. Esta posición es lógica pero sería deseable, de *lege*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

Al alero de esta presunción se han presentado algunas situaciones interesantes de analizar. En primer lugar si el actor en el proceso indemnizatorio no prueba los daños que supuestamente la concesión de la medida le provocó, la sentencia será desestimatoria de su pretensión pese a la existencia de la presunción. Este ha sido el criterio de nuestros tribunales:

> "Si bien es efectivo que la determinación del daño debe fijarla el juez, no lo es menos que la parte que reclame la indemnización debe suministrar al tribunal los antecedentes necesarios para que este pueda con acierto proceder a su regulación [...]. Que los jueces del fondo, después de dejar establecido que la presunción de dolo que pesa sobre el banco demandado, a virtud de lo que dispone el artículo 270 [entiéndase 280] del Código de Procedimiento Civil, con motivo de las medidas prejudiciales que solicitó en contra del demandante don [...], no la ha desvirtuado con la prueba rendida, sientan en uso de sus facultades propias: a) que el daño moral que se cobra en la demanda no ha sido comprobado [...], los hechos sobre los que versa la prueba no bastan para dar por comprobados los perjuicios morales, ni tampoco/suministran las bases para llegar a una apreciación prudente de ellos'; b) que los perjuicios materiales positivos como los llama el demandante, no aparecen tampoco acreditados unos, y en otros no hay base para una regulación prudencial de ellos; c) que, en síntesis, los antecedentes probatorios allegados por el demandante no permiten dar por establecido que, con la medida prejudicial de que se trata, se le hayan causado perjuicios morales y positivos que enuncia en su demanda ni bastan para que el tribunal pueda hacer con ellos su prudente apreciación".[734]

ferenda, que esta indemnización se tramitara incidentalmente en el mismo proceso en el que se concedieron las prejudiciales. Hace un rato al tratar el principio de responsabilidad expresé que en este punto tiene razón CARRASCO al expresar que se necesita de un procedimiento expedito para materializar esta responsabilidad. En España en la primera mitad del siglo XIX MANRESA Y REUS señalaban, a propósito del art. 940 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, que, "Pero respecto de los daños y perjuicios, será necesario que la parte interesada promueva el juicio ordinario correspondiente para fijar su importancia, conforme al párrafo 2º del artículo 63, en razón a que no es posible fijar su importe en cantidad líquida, ni establecer las bases para liquidarlos, en un auto como el de que se trata, que ha de dictarse de plano, sin instrucción alguna, y hasta sin audiencia de la parte condenada". *Ley de enjuiciamiento...*, ob. cit., p. 253. Esta situación, como sabemos, fue corregida por la derogada Ley de enjuiciamiento civil de 1881, que en su art. 1417 dispuso: "En los casos en que tenga lugar la condena de daños y perjuicios, luego que sea firme el auto en que se imponga, se hará efectiva por los trámites establecidos en los artículos 928 y siguientes". La referencia es a las normas sobre ejecución de las sentencias pronunciadas por tribunales españoles, es decir, para hacer efectiva esta responsabilidad la ley se remite al procedimiento para la ejecución de sentencias, en teoría de expedito y rápido desarrollo, corrigiendo de este modo el defecto de la ley de 1855 que obligaba al deudor a acudir a un procedimiento ordinario, con los consiguientes retrasos que ello significaba.

[734] RDJ, t. XXXI (1934), segunda parte, sec. 1ª, p. 469.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

En lo anterior, en verdad, no hay ninguna novedad. Si no se prueban los daños en el respectivo proceso civil no habrá nada que indemnizar. Por ello la mejor doctrina nacional ha puesto de relieve que "[m]etafóricamente puede decirse que al comienzo de la responsabilidad civil está el daño. A diferencia de lo que ocurre en materia penal e infraccional, para el derecho civil solo son relevantes las conductas culpables si de ellas se sigue un perjuicio para el demandante. En sede civil la sola negligencia no es fuente de responsabilidad. [...] En definitiva el daño es *condición indispensable bajo cualquier régimen de responsabilidad civil*".[735]

En segundo lugar, en ocasiones la presunción ha sido extendida más allá del tenor literal del art. 280. Los antecedentes del caso que comentamos se remontan al año 1992. El 4 de diciembre de ese año, en la causa rol Nº 721, el Juzgado de Letras de Pichilemu, a petición de Francisco Errázuriz Talavera, decretó, en carácter de prejudicial y sin previa audiencia del afectado –la Sociedad Agrícola y Forestal Naguilán S.A.– la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre una serie de predios, bosques, siembras y ganado de propiedad de la referida sociedad. El actor cumplió con las cargas que dispone el artículo 280 del CPC y el juez de Pichilemu, por su parte, mantuvo como precautorias las medidas ya mencionadas. El demandado, en su contestación, solicitó el alzamiento de dichas medidas. El juez de primera instancia, el 30 de enero de 1993, negó dicha solicitud. Recurrida esta resolución, la Corte de Apelaciones de Rancagua, el 16 de agosto de 1993, ordenó alzar las medidas decretadas. Recurrida de queja, la Corte Suprema desechó este último recurso el 7 de octubre del mismo año.

Sobre esta base la Sociedad Agrícola y Forestal Naguilán S.A., el año 1994, demandó en juicio ordinario de mayor cuantía a don Francisco Errázuriz Talavera, como deudor principal, y a Supermercados Multiahorro S.A., como fiador de las medidas prejudiciales, los daños y perjuicios –entre otros, la paralización de las explotaciones de madera, el impedimento de negociar la venta de uno de los predios y el daño a su imagen profesional– provocados por las medidas prejudiciales ya referidas. En opinión del actor se estaba precisamente en la hipótesis prevista en el artículo 280 y, por tanto, debía considerarse doloso el actuar del señor Errázuriz Talavera.

El juez de primera instancia en sentencia definitiva del 21 de abril de 1998 acogió en parte la acción del actor. Consideró, en

[735] BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 215.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

todo caso, que no se estaba en la hipótesis del artículo 280 del CPC. La Corte de Apelaciones de Santiago, el 14 de octubre de 2003, confirmó dicha sentencia pero con una motivación diversa. Señaló la Sexta Sala del tribunal de alzada de Santiago:

> [...] Más aún, en los supuestos del artículo 280 del CPC, en cuanto a deducir demanda oportunamente, o no pedir en ella que continúe la precautoria decretada, o, al resolver sobre esta petición, el tribunal no mantiene la medida. Por este solo hecho –el que obtuvo la medida– queda responsable de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento. *De la lectura de esta norma se infiere una verdadera responsabilidad objetiva cuya fuente es la ley, no siendo necesario recurrir al actuar doloso o culpable del hechor, bastando que se den los requisitos que la ley procesal puntualiza.* (C. 7º). (Énfasis añadido).

En el caso no estamos frente a una regla de responsabilidad objetiva que, como se sabe, prescinde de la culpa –en sentido lato, culpa y dolo– al momento de fincar la responsabilidad del causante del daño.[736] Estamos inequívocamente frente a un caso de responsabilidad por dolo presumido, lo que coloca a esta disposición en el ámbito de la responsabilidad subjetiva o por culpa. Debido a la presunción, como ya pusimos de relieve, el actor simplemente debe acreditar el daño y la causalidad. Ahora bien, más allá de esta peculiar situación lo importante fue que en opinión de la Corte de Apelaciones estábamos frente a todos los elementos para dar aplicación al artículo 280 del CPC. Así señaló:

> Que planteadas así las cosas corresponde verificar si se dan, en el caso *sub judice*, los presupuestos para que nazca la obligación de indemnizar los perjuicios reclamados. La prejudicial precautoria solicitada y obtenida por el litigante Errázuriz Talavera, si bien fue mantenida por el tribunal de primer grado que conoció de este asunto, no es menos cierto que el *ad quem* –Corte de Apelaciones de Rancagua– las dejó sin efecto en la apelación intentada, es decir, la mencionada Corte se pronunció sobra las prejudiciales precautorias concedidas antes de trabarse la *litis* y *nada significa respecto a su naturaleza jurídica-procesal que en primera instancia fueran mantenidas.* [...]. En definitiva, la medida prejudicial precautoria de celebrar actos y contratos que afectaba a Agrícola y Forestal Naguillán S.A. se extendió desde el 5 de enero de 1993, fecha en que fue concedida, y el 7 de octubre del mismo año, fecha en que fue alzada, transcurriendo nueve meses y dos días en que ésta produjo sus efectos. (C. 8);
>
> Que sentado lo anterior y *considerándose doloso, por la sola circunstancia de haberse alzado la medida prejudicial precautoria dentro de la tramitación del juicio principal*, el actuar del demandado Francisco Javier Errázuriz Talavera provoca el nacimiento de la obligación legal de indemnizar. (C. 9). (Énfasis añadido).

[736] Por todos véase BARROS, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 27-32.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En mi parecer la Corte de Apelaciones se equivoca al establecer que de acuerdo a los hechos relatados se configura la presunción de dolo establecida por el artículo 280 del CPC. En verdad todo indica que el actor cumplió con las dos cargas que le impone el referido artículo 280, y que el tribunal *a quo*, al tomar la decisión de mantener las medidas prejudiciales precautorias como simples precautorias, puso término a la posibilidad de dar aplicación a dicha disposición. El hecho de que una vez notificada la demanda –esto es, una vez trabada la relación jurídica procesal– el demandado haya pedido el alzamiento de la medida, y que la Corte de Apelaciones de Rancagua hubiere alzado las prohibiciones, no debería alterar la conclusión anterior. La hipótesis de aplicación del artículo 280 es muy clara: "[...], *o al resolver sobre esta petición [de mantención de las medidas] el tribunal no mantiene dichas medidas*, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento". La norma es diáfana en cuanto a que el tribunal que debe decidir sobre si mantiene o no las medidas es el mismo que ya las decretó como prejudiciales. Esto es necesariamente así porque en esta etapa procesal, en la que técnicamente todavía no se ha trabado la relación jurídico procesal, el sujeto pasivo de las medidas no puede intervenir solicitando su alzamiento. Él debe esperar, tal cual sucedió en autos, la notificación de la demanda y allí pedir su alzamiento. Pero en esta tesitura ya no estamos en el ámbito en que la presunción opera.

Como fuera, en contra del fallo de segunda instancia que hemos visto el demandado dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo. En lo que a este libro interesa, sólo es relevante el de casación en el fondo. Allí la Corte Suprema señaló:

> Que al explicar la infracción de los artículos 279 y 280 del Código de Procedimiento Civil, señala que ella se habría producido al intentar hacer efectiva la responsabilidad del fiador en casos diversos a los contemplados por la hipótesis fáctica de la norma, por las razones que explica; (c. 12º); Que, con todo, del análisis de los antecedentes aparece que el recurrente no está en la razón, toda vez que la responsabilidad del fiador se hizo efectiva porque la Corte de Apelaciones dejó sin efecto la medida precautoria concedida, circunstancia esta que es precisamente uno de los supuestos de dicha responsabilidad; (c. 13º). Que en cuanto al quebrantamiento de los artículos 2314, 2316, 2335 y 2336 del Código Civil, el recurrente explica en síntesis que la responsabilidad de los demandados tendría su base en normas legales distintas de las contempladas en los artículos 279 y 280 del Código de Procedimiento Civil, ello por los motivos que señala; (C. 14º). Que no obstante lo argumentado por los recurrentes, cabe señalar que, aun de ser ello efectivo, lo mismo carece de influencia en lo dispositivo del fallo, toda vez que, los sentenciadores de fondo acogieron

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

> la indemnización solicitada por aplicación de una norma de *carácter adjetivo*, como es la contenida en el artículo 280 del CPC, considerando doloso el actuar de los demandados por la sola circunstancia de haberse alzado la medida prejudicial precautoria en los autos; (C. 15º).[737] (Énfasis añadido).

El lector atento comprenderá que en los considerandos anteriores, particularmente en el último transcrito, no se resuelve el problema planteado. Lo importante era que la Corte Suprema aclarara –sobre la base de los hechos asentados en la causa– si estábamos o no frente a la hipótesis prevista en el artículo 280 del CPC. La Corte en su sentencia de nulidad debió indicarnos las razones de una u otra opción. Frente a ello solo argumenta en el c. 13º que el fiador debe responder porque al haber alzado la Corte de Apelaciones la medida concedida se está precisamente en uno de los supuestos de dicha responsabilidad. Lo importante era saber por qué. Como he explicado, el art. 280 no parece situarse en dicho supuesto. Su ámbito de actuación termina con el juez *a quo* cuando este renueva las medidas precautorias que él decretó como prejudiciales.

En el c. 15º la Corte Suprema, por otro lado, dice algo que no se entiende bien: que el recurrente aun teniendo razón en su alegato (*que aun de ser ello efectivo*), ello carece de influencia en lo dispositivo del fallo. Pero ¡cómo va a carecer de influencia en lo dispositivo del fallo el que se determine que en el caso concreto no opera la presunción de dolo! Lógicamente si no opera y no se acredita culpa o negligencia del dañante la sentencia debe ser necesariamente absolutoria. Tampoco se entiende bien lo que quiere decir la Corte cuando expresa que los sentenciadores de fondo acogieron la indemnización por aplicación de una norma de *carácter adjetivo*. ¿Volvemos sobre la distinción entre leyes *decisorias* y *ordenatorias litis*?

En tercer lugar hay ocasiones en que los tribunales, en contraste al proceso recién analizado, han atenuado la rigurosidad del art. 280. Sobre este particular los jueces han dicho:

> Que el precepto en estudio consagra una presunción legal y, por lo tanto, los antecedentes que la originan deben estar determinados por ley, sin que pueda extenderse la presunción a situaciones que no han sido previstas expresamente por la norma legal; Que el alzamiento de la expresada medida prejudicial precautoria no se produjo en ninguna de las circunstancias específicamente determinadas en el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil [el alzamiento se produjo concretamente por petición formulada por el afectado

[737] Corte Suprema, 15 de marzo de 2005. Casación en el fondo rol 5487-03. Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros señores José Benquis C., José Luis Pérez Z., Urbano Marín V., Jorge Medina C. y Nibaldo Segura P.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

> antes de entablarse la demanda] y, por consiguiente, la sentencia recurrida ha aplicado correctamente la mencionada disposición al declarar que, en el caso *sub-lite*, no opera la presunción de dolo ni tiene cabida la responsabilidad de los solicitantes de la medida prejudicial.[738]

Como se aprecia en este proceso se dio la anomalía procesal de permitir al afectado por la medida prejudicial de pedir su alzamiento en una etapa en la que no podía hacerlo. Antes de que se le notificara la demanda y las medidas concedidas. Teniendo presente esta situación el tribunal concluye que no estamos bajo alguna de las hipótesis que el art. 280 regula. Solo habría que aclarar que del hecho de que en el caso particular no se aplique la presunción de dolo, no debe seguirse la idea de que el actor en el respectivo juicio de responsabilidad no pueda probar un actuar negligente de quien solicitó la medida prejudicial. La presunción de dolo libera al actor de probar la mala fe del demandado y de no concurrir se vuelve al régimen general de responsabilidad civil por culpa probada en nuestro país.

1.5. *Tramitación*

7.16. Presentada la solicitud de una medida prejudicial precautoria surge la pregunta de establecer cómo se tramita. No se olvide que en este momento no existe aún un proceso judicial *stricto sensu*. Él sólo empieza una vez que se ha notificado la correspondiente demanda y ha transcurrido el término de emplazamiento.[739] Los artículos

[738] RDJ, t. XLVI (1949), parte segunda, sec. 1ª, pp. 400 y 401.

[739] Lo anterior no ha sido obstáculo para que se entienda que la petición de una medida prejudicial interrumpa el plazo de prescripción. El año 1997 la Corte Suprema dijo: "Que el recurrente señala que la sentencia impugnada ha infringido los artículos 19 y 23 del CC. Agrega que respecto de la primera disposición legal citada, se hizo una aplicación errónea de la ley, pues la solicitud de medidas prejudicales no constituye propiamente una demanda judicial, sino una gestión previa destinada a preparar aquella. En el caso *sublite*, expone el reclamante, ni siquiera se trató de una gestión útil ni necesaria ya que las diligencias realizadas prejudicialmente de inspección ocular del tribunal e informe de peritos fueron también realizadas en el juicio, por lo que nunca existió razón para que el demandante no accionara derechamente en la oportunidad, ya que la prueba que intentó precaver nunca estuvo en riesgo de desaparecer o desvirtuarse [...]; Que conforme a las pruebas rendidas por las partes, los jueces de fondo arribaron a la conclusión de derecho, que este Tribunal comparte plenamente, que las medidas prejudiciales solicitadas por la demandante, han tenido virtud por sí mismas y con independencia de la posterior demanda ordinaria, de interrumpir civilmente la prescripción extintiva de la acción residual alegada por la demandante, con fecha

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

que hemos analizado y que se refieren a las medidas prejudiciales precautorias no contienen ninguna disposición sobre cómo debe tramitarse esta solicitud; sin embargo, dentro del propio título IV del libro II, que trata de todas las medidas prejudiciales, existe una disposición que ha sido utilizada por la jurisprudencia y doctrina chilenas para establecer la forma como se tramitan estas medidas. Nos referimos al art. 289 del CPC, último del aludido título IV. Señala dicha disposición: "Las diligencias expresadas en este Título pueden decretarse sin audiencia de la persona en contra de quien se piden, salvo los casos en que expresamente se exige su intervención".

A partir de este precepto la doctrina[740] y jurisprudencia sostienen que las medidas prejudiciales precautorias se deben conceder de plano y sin intervención del sujeto pasivo de la misma. Así se ha resuelto: "Que las diligencias expresadas en este título –dice el art. 289– pueden decretarse sin audiencia de la persona en contra de quien se piden, salvo los casos en que expresamente se exige su intervención. La realidad es que la intervención del afectado por las medidas prejudiciales se requiere legalmente en todos los casos en que no constituyen medidas precautorias, según aparece del propio texto de las disposiciones respectivas. En el caso preciso de las medidas prejudiciales precautorias, tratadas específicamente en los artículos 279 y 280, la mención del artículo 289, en cuanto dispone que las diligencias respectivas "pueden decretarse sin audiencia de la persona contra quien se piden", pasa a ser la forma

27 de julio de 1993 y conforme a lo anterior se desestimaron las alegaciones de la demandada, en orden a que la acción ejercida por la actora se encuentra prescrita; Que a mayor abundamiento la jurisprudencia ha resuelto invariablemente que constituye demanda judicial o acción judicial tendiente a ejercitar un derecho en juicio, en los términos del art. 2518 del CC, cualquier gestión que se haga por el titular del derecho ante la justicia, a fin de poder gozarlo, sea accionando directamente contra quien se lo niega o perturba o impetrando de ella el medio para ejercitar la acción. Al respecto cabe señalar que (si bien la ley emplea el término demanda al tratar la interrupción civil de la prescripción extintiva, no es menos cierto que ese vocablo debe tomarse en el sentido amplio de gestión o recurso judicial), y que no solo con lo que se denomina demanda conforme al artículo 254 del CPC se manifiesta la intención de ejercitar las prerrogativas que el acreedor tiene en contra del deudor de modo tal, que armonizando la redacción del inc. 1º, del art. 2503 con el art. 2518 del CC, resulta que las expresiones recurso legal y demanda están empleadas con una misma significación, de manera que las conclusiones a que arribaron los jueces del fondo se encuentran ajustadas a la legalidad vigente". Fallos Nº 463 (1997), pp. 846 y 847.

740 *Vid.* MORALES, *Explicaciones de derecho procesal,* Santiago, t. II (1987), pp. 67-70.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

lógica de su cumplimiento, toda vez que el mencionado art. 280 es lo suficientemente explícito en cuanto señala, como única gestión que debe cumplir el solicitante, la de presentar la demanda y pedir que se mantengan las medidas decretadas, sin agregar exigencia alguna en orden al conocimiento de la persona en contra de quien se pide la medida".[741]

El art. 289 habla de las diligencias expresadas en este *título* y en él se encuentran expresadas y reguladas las prejudiciales precautorias (arts. 279 y 280). Su aplicación es indudablemente correcta. La otra disposición común a todas las medidas prejudiciales es el art. 287 que refiere, como sabemos, que para decretar "*las medidas de que trata este Título* [...]", disposición que indudablemente se aplica a los tres tipos de medidas que se prevén en el aludido título IV. En definitiva, la utilización del art. 289 es adecuada para establecer la tramitación de estas medidas. No olvidemos que las medidas prejudiciales son un procedimiento de emergencia; el cumplimiento y la finalidad para la que han sido previstas, es decir, su eficacia, queda supeditada precisamente al conocimiento que tenga el futuro demandado. El art. 289 solo pide la intervención del sujeto pasivo de la medida "en los casos en que expresamente se exige su intervención". Y tal cual lo afirma la sentencia vista hace un instante, estos casos son precisamente los de las prejudiciales preparatorias y probatorias. Es cosa de analizar, por ejemplo, las hipótesis previstas en el art. 273 para darse cuenta de que en todas ellas es necesario dar conocimiento al sujeto afectado por la medida para que esta pueda materializarse. Lo mismo, por ejemplo, en el caso del art. 281 en cuanto a la petición prejudicial de una inspección personal del tribunal y de un informe de peritos. En el inciso segundo de esta disposición señala: "*Para la ejecución de estas medidas se dará previamente conocimiento a la persona a quien se trata de demandar,* si se encuentra en el lugar del asiento del tribunal que las decreta, o donde deban ejecutarse. En los demás casos se procederá con intervención del defensor de ausentes". (Énfasis añadido). Lo mismo, lógicamente, cuando se pide la absolución de posiciones prevista en el art. 284 del CPC.

Inclusive la doctrina y jurisprudencia chilenas han rechazado la posibilidad de que el sujeto que soporta la medida pueda intervenir en esta etapa "pre proceso". Ni siquiera se le debe permitir efectuar alguna diligencia en el cuaderno en que se tramita la prejudicial.[742]

741 RDJ, t. LXXXII (1985), parte segunda, sec. 1ª, pp. 24 y 25.

742 Así se ha resuelto que "pudiendo el juez, como se ha dicho, decretar las medidas prejudiciales precautorias sin audiencia ni intervención del demandado,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Por tanto, el derecho de oposición del futuro demandado solo podrá hacerse valer cuando la medida se le notifique y esta lo será cuando se le dé noticia de la demanda principal. En este caso, el efecto sorpresa es clave en la tramitación de la diligencia, de allí que se lleven a efecto sin dar noticia a los futuros demandados. BORDALÍ ha señalado en relación con la tramitación general de las medidas precautorias (incluidas las prejudiciales) que "existiendo el derecho del sujeto pasivo para oponerse a una medida cautelar después de decretarse esta, no puede considerarse que su derecho de defensa o, más general, su debido proceso, ha sido vulnerado".[743]

7.17. En este punto ha surgido un problema que la jurisprudencia ha resuelto aplicando el artículo 302 del CPC, ubicado en el título de las medidas precautorias. El art. 280 del CPC, como se recordará, impone la carga de presentar la demanda dentro de un determinado plazo. Pero no obliga a *notificar* la demanda en ese mismo término. Es por ello que una vez que se ha presentado la correspondiente demanda y el tribunal debe resolver sobre la mantención de la medida ahora como precautoria, se recurre al art. 302 del CPC. Este artículo permite al tribunal llevar a efecto dicha medida antes de notificar a la persona contra quien se dicta, pero impone la carga de *notificar* la medida en el plazo de cinco días o en el plazo superior que el tribunal señale. De no recurrirse a esta disposición podría darse la situación, algo paradójica, que el solicitante de la medida una vez presentada la demanda y renovadas por el tribunal como precautorias no notifique ni la demanda, ni las medidas. De allí la importancia del art. 302. Sobre este aspecto se ha resuelto:

> Que este *modus operandi* encuentra su explicación y justificación, precisamente por el hecho de que se trata de medidas precautorias concedidas anticipadamente, pero con la garantía requerida por el artículo 279, las cuales pasan a investir la función de precautorias ordinarias al pronunciarse el tribunal sobre su mantención cuando es proveída la demanda y debiendo, por lo mismo, ordenarse la formación del correspondiente cuaderno separado para los efectos del artículo 302. Es entonces y sólo a partir de ese momento, que es procedente la aplicación de esta disposición legal, que presupone, en conformidad a las reglas generales, la notificación de la medida precautoria a la persona en contra quien se dicta, pudiendo excepcionalmente llevarse a efecto antes de la notificación, cuando el tribunal así lo dispone por existir motivos graves para ello [...]. Si la notificación no se realiza dentro del plazo de cinco días desde la fecha en que la medida precautoria se lleva a efecto, quedarán sin valor las diligencias practicadas. [...]. Se trata, pues, de un esquema perfectamente claro y coordinado, en que la medida precautoria aparece antes del juicio, con el debido respaldo requerido por el art. 279 y debiendo cumplirse fatalmente las obligaciones impuestas al solicitante por el art. 280. Seguidamente, cuando es presentada la demanda y es mantenida la medida prejudicialmente otorgada, esta deviene en precautoria, rigiendo a su respecto la normativa procesal estatuida por el artículo 302.[744]

En definitiva en la etapa *prejudicial* rige el art. 289 del CPC. La medida se concede unilateralmente con la sola presentación que realiza el actor. Él debe acreditar todos los elementos que hemos visto y cumplir con las cargas que la ley señala. El tribunal debe tomar una doble decisión: conceder las prejudiciales con la sola presentación del peticionario y, posteriormente, renovarlas como precautorias. En este segundo evento surge la aplicación del art. 302, en cuanto a la notificación que debe hacerse de la medida ya concedida.

es obvio que su acción no puede ser entrabada por ninguna excepción dilatoria, ni aun por la de incompetencia del tribunal, excepciones todas que tendrán su oportunidad únicamente después de la notificación de la demanda". RDJ, t. XXV (1928), parte segunda, sec. 2ª, p. 73.

[743] BORDALÍ y otros, *Proceso Civil*, ob. cit., pp. 41 y 42.

[744] RDJ, t. LXXXII, (1985), parte segunda, sec. 1ª, p. 25.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

CAPÍTULO OCTAVO

ESTUDIO PARTICULAR DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL CHILENO

1. CONTENIDO, ESTRUCTURA Y EFECTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REGULADAS EN EL TÍTULO V DEL LIBRO II DEL CPC

1.1. *Planteamiento*

8.1. El art. 290 del CPC 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:

1º El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda;

2º El nombramiento de uno o más interventores;

3º La retención de bienes determinados;

4º La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados".

Al respecto, debe tenerse presente –tal cual lo adelantamos en la introducción de esta obra– que a partir de los términos dispuestos por los artículos 290 y ss. del CPC, se ha levantado toda la construcción dogmática relativa a las medidas cautelares en el país. Así, tanto las definiciones que los principales autores han dado, las características con las que se las distingue, así como la finalidad que estas persiguen, han sido extraídas de los referidos preceptos.

Estas medidas se encuentran previstas dentro del libro II, denominado *Del juicio ordinario* (entiéndase de mayor cuantía). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º del mismo Código,[745] las normas del juicio ordinario se aplican en forma subsidiaria a los

[745] Señala la norma aludida: "Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera sea su naturaleza".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

demás procedimientos que no tengan una regulación especial diversa.[746] De esta forma, las medidas precautorias contenidas en al art. 290 amplían considerablemente su campo de acción y reciben aplicación, por ejemplo, en el denominado juicio sumario, en los interdictos posesorios, en el procedimiento seguido ante árbitros y, en verdad, en todo aquel procedimiento que no admita una regulación especial diversa.[747] Al respecto, los tribunales chilenos han señalado:

> Que en lo que dice relación con la medida precautoria de prohibición para celebrar actos o contratos respecto de las mismas casas patronales, esta no aparece reglamentada en la disposición legal recién citada, o sea, el mencionado artículo 36, razón por la cual se resolvió sobre su procedencia en base a las reglas generales sobre medidas precautorias contenidas en el libro II del CPC [...] que a falta de reglas especiales, las medidas precautorias son también instituciones o disposiciones comunes aplicables a todo procedimiento y que su ubicación hubiere sido más lógica dentro del libro I del citado Código, lo que no es obstáculo para su aplicación a otros procedimientos diferentes del juicio ordinario en presencia de lo que dispone el artículo 3º del mismo Código [...], por lo que las disposiciones pertinentes del juicio ordinario asumen el rol de derecho supletorio respecto del articulado correspondiente no solo a los juicios especiales contenidos en el libro III del CPC, sino también para asegurar la responsabilidad pecuniaria del reo dentro del juicio criminal [...] de donde cabe inferir que tales reglas tienen una disposición de aplicación general para toda clase de juicios especiales aun cuando no estén reglamentados en el CPC y cualquiera que sea su naturaleza.[748]

[746] La doctrina es unánime en esta apreciación; *vid.* ANABALÓN, *El juicio...*, ob. cit., pp. 55 y 56. ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 31 y ss.

[747] Incluso estos procedimientos también se remiten a estas disposiciones. Así, por ejemplo, en materia familiar el art. 22 de la Ley Nº 19.968 señala en su inc. 3º. "[...] En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil". En el mismo sentido el CPP establece en el libro I título VI denominado *Medidas cautelares reales*, artículo 157, lo siguiente: "*Procedencia de las medidas cautelares reales.* Durante la etapa de investigación, el ministerio público o la víctima podrán solicitar por escrito al juez de garantía que decrete respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el título V del libro Segundo del Código de Procedimiento Civil [...]. Del mismo modo, al deducir la demanda civil, la víctima podrá solicitar que se decrete una o más de dichas medidas". Analizaremos las medidas cautelares reales hacia el final de esta obra.

[748] Fallos Nº 175 (1973), pp. 86 y 87. También se ha resuelto que "la circunstancia de tratarse, en el presente caso, de un juicio ejecutivo, no obsta a la concesión de medidas precautorias, cuando estas proceden en conformidad a la ley, supuesto que el embargo, que tiende a asegurar el resultado de la acción, no importa una medida precautoria en nuestra legislación procesal [...]". RDJ, t. XXXV (1938), parte segunda, sec. 2ª, p. 19. Asímismo se ha aceptado la aplicación de este tipo de medidas en el juicio de evicción, *vid.* RDJ, t. XL (1943), segunda parte, sec. 2ª, p. 16.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Como expusimos en la introducción de esta obra las medidas de este título buscan en definitiva asegurar un conjunto de bienes con miras a la ejecución posterior del fallo. Son medidas cuyo principal objetivo es conservar la situación de hecho o de derecho que se ve amagada por un preciso *periculum* que cada medida regula en concreto. En el lenguaje del art. 290 del CPC, la medida cautelar tiene como finalidad *asegurar el resultado de la acción* (pretensión) que el actor hubiere entablado. Así se ha resuelto:

> "La justificación de las cautelares, y al mismo tiempo su objeto, deriva de la necesidad de resguardar el derecho del actor de ejecutar la eventual sentencia favorable a sus pretensiones, *motivo por el cual su alcance no puede exceder tal finalidad ni importar gravamen que lesione sus derechos sobre el bien de que se trate.*
>
> El problema planteado no dice relación con el incumplimiento de las resoluciones judiciales, cosa que fuera señalada como fundamento del acto materia del recurso, sino que con el efecto de las mismas en los derechos y obligaciones de la recurrente establecidos en la concesión de transporte.
>
> Tanto la prohibición de celebrar actos y contratos recaída sobre la titularidad de los derechos de la recurrente, cuanto los embargos, no pueden impedir que esta ejercite el derecho a solicitar el reemplazo de los buses incorporados a la concesión, *toda vez que ello no implica en modo alguno sustraer dichos bienes de una eventual ejecución, cual es el único objetivo de dichas medidas.*[749] (Énfasis añadido).

También se ha dicho:

> "La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes del demandado tiene por fin asegurar la acción entablada, objetivo general de toda medida precautoria, según lo establece el art. 290 del Código de Procedimiento Civil al disponer que se pueden otorgar "Para asegurar el resultado de la acción", lo que se reitera en el art. 298 del mismo cuerpo legal al sostener que las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio".[750]

8.2. Estamos frente a medidas que servirán, llegado el caso, para que el actor pueda materializar una eventual ejecución forzosa. Esta situación la prevé nuestro sistema procesal en los artículos 231 y ss. del CPC, a propósito del denominado cumplimiento incidental de las sentencias. En efecto, el art. 231 señala en el inc. 1º que "La ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hayan pronunciado en primera o en única instancia. Se procederá a ella una vez que las resoluciones queden ejecutoriadas o causen ejecutoria en conformidad a la ley." Por su parte, el art. 233 pre-

[749] Corte Suprema, Rol. Nº 1130-2000, 19 de abril de 2000.

[750] RDJ, t. XCVI (1999), 2ª parte, sec. 1ª, p. 15.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

viene en el inc. 1º lo siguiente: "Cuando se solicite la ejecución de una sentencia ante el tribunal que la dictó, dentro del plazo de un año contado desde que la ejecución se hizo exigible, si la ley no ha dispuesto otra forma especial de cumplirla, se ordenará su cumplimiento con citación de la persona en contra de quien se pide". En lo que ahora importa, finalmente, el art. 235 refiere que "Si no ha habido oposición al cumplimiento de la sentencia solicitado conforme al artículo 233 o ella ha sido desestimada por sentencia de primera o segunda instancia, se procederá a cumplirla, siempre que la ley no haya dispuesto otra forma especial, de acuerdo con las reglas siguientes:

> [...] 3ª. Si la sentencia manda pagar una suma de dinero se ordenará, sin más trámite, hacer pago al acreedor con los fondos retenidos, hecha la liquidación del crédito y de las costas causadas o se dispondrá previamente la realización de los bienes *que estén garantizando el resultado de la acción de conformidad al Título V del Libro II.*
>
> *Si no hay bienes que aseguren el resultado de la acción se procederá a embargar* y a enajenar bienes suficientes de la parte vencida de acuerdo con las reglas del procedimiento de apremio, sin necesidad de requerimiento y deberá notificarse por cédula el embargo mismo y la resolución que lo ordena". (Énfasis añadido).

Como se sabe, el denominado cumplimiento incidental del fallo no es más que un proceso ejecutivo especial y, por ello, al tratar el carácter instrumental de esta medidas señalamos que alguna referencia debíamos hacer a esta materia. Veamos de manera breve esta situación.

A. Regulación original del CPC: (1902-1944)

8.3. El original título XIX del libro I del CPC, relativo a *la ejecución de las resoluciones*, en la parte en que reglamentaba la ejecución de las resoluciones pronunciadas por tribunales chilenos, contenía sólo tres artículos. El art. 236 (actual 231) señalaba en su inc. 1º que "la ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hubieren pronunciado en primera o única instancia. Se procederá a ella una vez que las resoluciones queden ejecutoriadas en conformidad al artículo 197, y se devuelvan los autos por el superior que hubiere conocido de los recursos interpuestos". Por su parte, el art. 237 refería que "la ejecución de las resoluciones que ordenen el cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, se sujetará a los trámites establecidos en los títulos I y II del libro III de este Código, para los juicios ejecutivos que tratan el cumplimiento de estas obligaciones".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Finalmente, el art. 238 (actual 232) señalaba que "Siempre que la ejecución de una sentencia definitiva hiciere necesaria la iniciación de un nuevo juicio, podrá este deducirse ante el tribunal que menciona el inciso primero del artículo 236, o ante el que sea competente en conformidad a los principios generales establecidos por la ley, a elección de la parte que hubiere obtenido en el pleito".

Como podemos ver, la única forma que había de ejecutar una sentencia judicial en Chile, en los primeros cuarenta años de vigencia del CPC, era a través del juicio ejecutivo, ya fuere en el procedimiento por obligaciones de dar (título I, del libro III) o a través del procedimiento por obligaciones de hacer y de no hacer (título II, del libro III).

B. Modificaciones introducidas por la Ley Nº 7.760 de 5 de febrero de 1944

8.4. La Ley Nº 7.760 introdujo importantes modificaciones al CPC. En lo que ahora interesa, alteró sustancialmente el título XIX del libro I, relativo a la ejecución de las resoluciones judiciales, agregando, a continuación del art. 238 del CPC (actual art. 232), una serie de disposiciones que, en lo sustancial, crearon un nuevo procedimiento para la ejecución de las resoluciones judiciales en el país. La reforma en cuestión no formó parte del proyecto original del Ejecutivo, sino que fue introducida por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de acuerdo con la sugerencia hecha, en tal sentido, por el miembro de la Comisión, el diputado don Rafael Moreno Echavarría, quien en sesión de 8 de julio de 1943 hizo la respectiva indicación, expresando que en nuestra legislación procesal es necesario iniciar un juicio ejecutivo para cumplir lo ordenado en una sentencia definitiva que ya está ejecutoriada, es decir, la parte, después de haber obtenido una sentencia a su favor en un juicio ordinario, que frecuentemente es demoroso, tiene que iniciar uno nuevo para exigir el cumplimiento de aquella sentencia.

La reforma materializada por la Ley Nº 7.760, por tanto, tuvo por finalidad crear un procedimiento nuevo para el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Se evitaba, de esta forma, el tener que iniciar un nuevo juicio, el ejecutivo, después que quedara ejecutoriada la sentencia en cuestión.

8.5. En la actualidad el ejecutante tiene dos vías para hacer cumplir una sentencia judicial. El ya mencionado juicio ejecutivo de

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

conformidad con las normas previstas en los artículos 434 y ss. del CPC; y el llamado cumplimiento incidental de acuerdo con los artículos 231 y ss. del mismo Código. Esta última vía es mucho más simple, entre otras cosas, porque las excepciones que puede oponer el ejecutado se encuentran muy acotadas (art. 234 del CPC). En lo que importa para este libro una vez que el cumplimiento incidental puede materializarse, sea porque no hubo oposición al mismo, sea porque dicha oposición fue desechada por sentencia de primera o de segunda instancia, rige el art. 235 del CPC al que, en parte, ya nos hemos referido. En la regla 3ª dispone que "Si la sentencia manda pagar una suma de dinero se ordenará, sin más trámite, hacer pago al acreedor con los fondos retenidos, hecha la liquidación del crédito y de las costas causadas o se dispondrá previamente la realización de los bienes *que estén garantizando el resultado de la acción de conformidad al Título V del Libro II*".

Debemos entender, por tanto, que en la primera hipótesis la retención recae sobre una suma determinada de dinero la que se ordena pagar, sin más trámite, al acreedor de la misma. En esto no hay mayores complicaciones. La retención, en cuanto medida cautelar, puede recaer sobre una suma de dinero (art. 295 del CPC). La segunda situación a que alude la regla tercera del art. 235, en cambio, no es del todo clara. La redacción de la norma no es la más feliz. La disposición alude a que se dispondrá previamente la realización de los bienes *que estén garantizando el resultado de la acción de conformidad al Título V del Libro II*. ¿A qué situación alude el legislador con esta frase? Evidentemente en dicho título no hay ninguna norma relativa a la realización de los bienes. Dichas normas son las que están previstas en el juicio ejecutivo como lo señala expresamente el propio art. 235 en su inciso final: "En todo lo que no esté previsto en este artículo se aplicarán las reglas que se establecen en el juicio ejecutivo para el embargo y el procedimiento de apremio; pero la sentencia se cumplirá hasta hacer entero pago a la parte vencedora sin necesidad de fianza de resultas, salvo lo dispuesto en el artículo 774 y en otras disposiciones especiales".

Tenemos, entonces, que la norma debe estar aludiendo a las medidas cautelares que son las que garantizan la acción de conformidad con el título V aludido. El problema es que estas medidas no pueden ser ni la intervención, ni el secuestro. La primera porque nada hay que realizar con la intervención judicial; la segunda porque el secuestro solo recae sobre la cosa objeto del litigio y, por tanto, encuadra mejor en la regla 1ª del art. 235 que alude a la sentencia que ordena entregar una especie o cuerpo cierto. Las únicas medidas que nos quedan son la intervención, cuando no recae sobre dinero, y la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados del demandado. Son, por tanto, los bienes afectos a estas dos medidas los que deben realizarse para poder pagar la suma de dinero que ordenó la sentencia. Ahora bien, si no hubiere bienes precautoriados, se procederá a embargar y enajenar los suficientes para pagar el crédito. Así lo dispone el inciso 2º de la regla 3ª del art. 235: "Si no hay bienes que aseguren el resultado de la acción se procederá a embargar y a enajenar bienes suficientes de la parte vencida de acuerdo con las reglas del procedimiento de apremio, sin necesidad de requerimiento y deberá notificarse por cédula el embargo mismo y la resolución que lo ordena".

Similar regla se aplica en caso que la sentencia ordene pagar una cantidad de un género determinado, según lo refiere la regla 4ª. del art. 235. En este último evento, en todo caso, pudiere ser necesario realizar previamente un proceso de avaluación por un perito de acuerdo con el título XII del libro IV, esto es, de conformidad con el título de las tasaciones.

1.2. *Definiciones y características propuestas por la doctrina nacional*

8.6. Respecto de las definiciones que la doctrina ha generado, podemos apreciar que no se apartan mucho de la frase con que comienza el referido art. 290 del CPC "*para asegurar el resultado de la acción* [...]".[751] En esta línea, QUEZADA[752] señala que son "actos procesales que tienen por objeto asegurar los resultados de la acción deducida, o que se va a deducir si la medida precautoria se solicita como prejudicial". BENAVENTE,[753] por su parte, observa que medidas precautorias "son todas aquellas que tienen por finalidad asegurar el resultado de la acción". ROJAS[754] indica que son "aquellas providencias de naturaleza cautelar que, sirviendo para facilitar el cumplimiento práctico de la

[751] Una aproximación diversa puede verse en MATURANA quien siguiendo a Calamandrei las define como "aquellas resoluciones que se dictan durante el curso de un proceso y que tienen por objeto otorgar al actor la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, para prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la misma". *Las medidas cautelares, los incidentes, los procedimientos declarativos especiales, el juicio ejecutivo y los asuntos judiciales no contenciosos*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013, p. 8.

[752] *Medidas prejudiciales...*, ob. cit., p. 99.

[753] *Derecho procesal...*, ob. cit., p. 119.

[754] *Las medidas...*, ob. cit., p. 29.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

sentencia, pueden solicitarse por el demandante para asegurar el resultado de su acción". Finalmente, CASARINO[755] las define "como los medios que la ley franquea al demandante para que asegure el resultado de la acción que ha interpuesto".

8.7. La misma situación se repite tratándose de las características que la doctrina atribuye a estas medidas que son extraídas precisamente de los artículos 290 y ss. del CPC.[756] En este sentido se indican en forma unánime las siguientes características:

- Acumulables: en razón de lo señalado por el art. 290 del CPC en el sentido de que para asegurar el resultado de la acción puede el demandante pedir *una o más* de estas medidas.
- No taxativas: de conformidad con lo dispuesto por el art. 300 del CPC, en tanto que señala que *"estas providencias no excluyen las demás que autorizan las leyes"*. Y también en virtud del art. 298 del CPC, que dispone: "Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y *no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley* [...]".
- Sustituibles: en atención a lo dispuesto en la parte segunda del art. 301 del CPC que establece que "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*". La doctrina chilena ha señalado que esta característica permite, tanto al demandante como al demandado, pedir el cambio o la sustitución de la medida otorgada. Así, en el caso del demandante este solicitará dicho cambio cuando la medida concedida no resguarde de forma idónea sus intereses. Por su parte, respecto del demandado se procederá en los términos señalados cuando este otorgue, en opinión del juez, alguna caución suficiente o hubiere desaparecido el peligro que se ha querido evitar con la concesión de la medida.
- Limitadas: en virtud de lo dispuesto en el art. 298 del CPC que indica que las "medidas que trata este título *se limitarán a los bienes necesarios* para responder a los resultados del juicio [...]";

[755] *Manual de derecho procesal*, t. III, Santiago (Chile), 1994, p. 386.

[756] Apartándose de esta tradicional visión BORDALÍ señala como características de estas medidas las siguientes: legalidad, jurisdiccionalidad, dispositividad, instrumentalidad y provisionalidad. BORDALÍ, Andrés y otros, *Proceso Civil*, Abeledo Perrot, Santiago, 2013, pp. 90-94. Véase también POZO, Felipe, *La tutela jurisdiccional anticipada en el proceso civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013, pp. 26-35; ROMERO, *Curso de derecho procesal civil*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 60.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ROJAS interpreta que el fundamento de esta característica reside en "la necesidad de conjugar la seguridad del derecho del actor con el respeto que al legislador le merece la propiedad del demandado".[757]

8.8. Además de su carácter asegurativo o precautorio presentan un fuerte carácter patrimonial, que se refleja tanto en la historia de la ley,[758] como en la redacción utilizada por el legislador chileno en diferentes artículos de este título V. Así, se habla de *asegurar el resultado de la acción* (art. 290), de limitarlas *a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio* (art. 298), y de *asegurar el resultado del juicio* (art. 296).

Un buen ejemplo en este sentido fue la sentencia de la Corte Suprema del año 1979 que reconoció, incluso, bajo una anterior legislación concursal en Chile, y por la especialidad del derecho laboral, que los trabajadores de una empresa declarada en quiebra podían pedir la retención del remate de ciertos bienes para pagarse preferentemente sus acreencias. Señaló la Corte en dicha ocasión: "Que resulta de toda evidencia por lo tanto, que si los trabajadores tienen derecho a que se les pague con los primeros fondos de la quiebra, incluso por simple vía administrativa, *cuánto más no se justifica entonces que como una elemental tengan derecho a que se aseguren aquellas sumas provenientes de un remate efectuado sobre bienes de la masa*, cuando han empleado la vía jurisdiccional para hacer efectivo sus créditos [...]; Que esta normativa justifica pues con creces el otorgamiento de

[757] *Las medidas...*, ob. cit., p. 52. Por su parte, QUEZADA señala que "con esto se ampara el derecho de propiedad del demandado sobre sus bienes y se evita un ejercicio abusivo de sus derechos por el actor". *Medidas prejudiciales...*, ob. cit., p. 103. POMÉS indica que "creemos que en nuestro derecho se puede agregar como cuarto carácter de las medidas cautelares su necesaria limitación. Esa limitación implica que el tribunal no puede, ni aun a virtud de su poder cautelar general, decretar medidas ilimitadas, ni someter a medidas cautelares la generalidad de los bienes del deudor". *Las medidas...*, ob. cit., p. 51.

[758] Así, en el Mensaje con que el Ejecutivo de la época envío el proyecto de CPC al Congreso Nacional se indicó lo siguiente: "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" (el destacado es nuestro). *Código de Procedimiento Civil*, 12ª edición, Santiago (Chile), 1994, pp. 15 y 16.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

una precautoria como la cuestionada en este recurso de queja, lo que obviamente conduce a concluir que para un efecto de esta naturaleza es necesario conservar en su integridad e independencia el juicio del trabajo en que debe operar la correspondiente medida".[759]

2. Medidas cautelares específicas previstas en el art. 290 del CPC

2.1. *El secuestro*

2.1.1. Planteamiento

8.9. Estamos en presencia de una de las medidas cautelares más tradicionales del ordenamiento jurídico nacional y comparado. Su regulación en el derecho chileno se remonta, como lo hemos visto, a las Partidas, a la Novísima recopilación y al Proyecto de Código de enjuiciamiento civil de 1871.[760] Con todo, luego veremos que de todas las medidas recogidas en el art. 290 del CPC es con distancia a la que menos se acude en la práctica judicial chilena.

Doctrinalmente el secuestro ha sido conceptuado como aquella medida cautelar encaminada a la conservación de una cosa (ya veremos qué características debe reunir al amparo de la legislación chilena) que es objeto de un proceso mediante la desapoderación del poseedor y su constitución en depósito en manos de un tercero.[761]

8.10. En cuanto medida cautelar específica, el secuestro se encuentra regulado, por un lado, en los artículos 290 Nº 1, 291 y 292 del CPC (a los que luego aludiremos) y, por el otro, en una serie de disposiciones del CC a propósito del contrato de depósito. Así, en este último cuerpo normativo vemos que en el título XXXII de su libro IV, denominado precisamente *"Del depósito y del secuestro"*, se

[759] Fallos Nº 250 (1979), p. 271. (Énfasis añadido). Tratándose de medidas precautorias decretadas en un procedimiento concursal también véase Fallos Nº 316 (1985), pp. 15 y 16.

[760] Recordemos que sobre este particular la ley I, título IX, de la Partida Tercera dispuso: "Por quántas razones pueden seer puestas las cosas que otro tenga en mano de fiel, et quáles deben seer los fieles. Seis razones señaladas son et non mas por que la cosa sobre que nasce contienda entre el demandador et el demandado debe seer puesta en fieldat, á que dicen en latin *sequestratio* [...]". *Las siete partidas...*, ob. cit., p. 460.

[761] *Vid.* PODETTI, *Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires, 2ª ed., 1969, p. 275.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

indica en el art. 2211 que se llama "en general *depósito* el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y restituirla en especie. La cosa depositada se llama también *depósito*".[762]

Por su parte, el artículo 2214 señala que "el depósito es de dos maneras: depósito propiamente dicho y secuestro".[763] A su vez, el artículo 2249, inciso 1º, del propio ordenamiento sustantivo civil chileno, nos define el secuestro señalando que "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*".[764]

El artículo 2250 del CC nos indica que "las reglas del secuestro son las mismas que las del depósito propiamente dicho,[765] salvo las disposiciones que se expresan en los siguientes artículos y en el Código de enjuiciamiento". Esta última referencia es hecha, como sabemos, al CPC. Más adelante veremos el alcance de esta remisión.

[762] En esta parte la influencia del Código Civil francés es manifiesta. Dispone el título XI del libro Tercero *Del depósito y del secuestro* en el art. 1915 "Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature".

[763] El art. 1916 del Código Civil francés dispone: "Hay dos especies de depósitos: el propiamente dicho y el secuestro". *"Il y a deux espèces de dépôt: le dépôt proprement dit, et le sèquestre"*. Por su parte, en el viejo derecho español también se distinguía entre depósito propiamente tal y el secuestro. Este último es el que se hacía de una cosa litigiosa mueble o inmueble en mano de un tercero hasta que se decidía a quien pertenecía. Podía ser convencional o judicial, según lo constituyeran por sí los interesados, o se hiciese por providencia del juez competente y por justa causa (ley I, título IX, Partida Tercera; tít. XXV y XXVI, lib. XI, Nov. Rec.).

[764] Este artículo no ha sufrido modificación desde su publicación en 1855. En el *Proyecto de 1841-1845*, artículo 21 y en el *Proyecto de 1846-1847*, artículo 592, se señalaba al respecto que "El secuestro es el depósito de un objeto litigioso en manos de una tercera persona que se obliga a guardarlo, para restituirlo a su tiempo. El depositario se llama secuestre [inc. 1º]. Las reglas del secuestro son las mismas que las del depósito voluntario, salvas las disposiciones que van a indicarse [inc. 2º]". *Vid. Obras completas de don Andrés Bello*, v. XI, Santiago, 1887, pp. 301 y 592, respectivamente.

[765] El depósito propiamente dicho se regula en los artículos 2215 al 2235 del CC. El artículo 2215 lo define del siguiente modo: "El *depósito propiamente dicho* es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante". Las demás normas tienen relación con la naturaleza del contrato, con los efectos del mismo, con las obligaciones que respectivamente asumen el depositario y el depositante y con el grado de culpa del cual responde el depositario. Por su parte, el artículo 2233 señala que "las reglas de los artículos 2181 hasta 2185, se aplican al depósito". Esto quiere decir que también se aplican las disposiciones relativas a la restitución de la cosa entregada en comodato.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Finalmente, según lo establecido en el artículo 2252 del Código Civil el secuestro se puede clasificar en secuestro convencional y judicial. "El *convencional* se constituye por el solo consentimiento de las personas que disputan el objeto litigioso. El *judicial* se constituye por decreto del juez, y no ha menester otra prueba".[766] Es precisamente esta última figura la que será objeto preferente de nuestro estudio, porque es ella la que constituye una medida cautelar específica.

Como puede apreciarse, el concepto de secuestro judicial no difiere bajo la legislación sustantiva nacional del concepto genérico de depósito. Tampoco difiere en la legislación francesa que lo denomina precisamente *del secuestro o depósito judicial.* El secuestro al amparo del CC no es más que el depósito que se constituye por decreto del juez cuando dos o más individuos se disputan una cosa en manos de un tercero que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor. Respecto de esta realidad, las normas del CPC junto con regular el secuestro dentro de una categoría diferente a la del contrato de depósito (a propósito de las medidas precautorias), introdujeron algunas precisiones y limitaciones mínimas –y no una derogación tácita– en relación con las disposiciones previstas en el CC.

8.11. Así, en primer lugar, el art. 290 del CPC estipula 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: 1) El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda* [....]". Esta primera disposición del CPC nos recuerda una de las principales características que presenta el secuestro en el ordenamiento jurídico nacional. Su objeto lo constituye la cosa misma sobre la cual se acciona o se va a accionar judicialmente.

[766] El artículo 23 del *Proyecto de 1841-1845* decía: "El secuestro es convencional o judicial. En el primer caso pueden las partes estipular una remuneración para el secuestre, y en el segundo puede el juez ordenarla". Por su parte, el art. 25 del aludido proyecto disponía: "El secuestre puede ser designado por las partes interesadas, o nombrado de oficio por el juez". *Obras completas...*, v. XI, pp. 301 y 302. Similares disposiciones contenían respectivamente los artículos 593 y 595 del *Proyecto de 1846-1847.* Ídem, p. 573. Por su parte el artículo 2400 del *Proyecto de 1853* señalaba: "El secuestro es convencional o judicial. Del secuestro judicial se tratará en el *Código de procedimientos.* Los siguientes artículos reglan el secuestro convencional". *Vid. Obras completas de don Andrés Bello,* v. XII, Santiago, 1888, p. 571. Por su parte, el art. 1955 del Código Civil francés dispone que "Le séquestre est ou conventionnel ou judiciare". La sección III del título XI se denomina *Du séquestre ou dépôt judiciare.*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

El secuestro no constituye en el orden procesal chileno –tampoco por regla general en el derecho comparado– una medida cautelar genérica que permita secuestrar una serie de bienes integrantes del patrimonio del deudor a efectos de garantizar las obligaciones que este haya asumido. Sólo se puede secuestrar y entregar a un tercero en depósito el bien que es precisamente objeto de la pretensión procesal.

8.12. En segundo lugar, el artículo 292 del CPC nos indica que "*son aplicables al secuestro las disposiciones que el párrafo 2º del título I del libro III establece respecto del depositario de los bienes embargados*". El aludido párrafo 2º se encuentra ubicado dentro de las normas relativas al juicio ejecutivo por obligación de dar (título I del libro III) y se refiere, concretamente, a la administración de los bienes embargados y al procedimiento de apremio, según disponen los artículos 479 al 517 del CPC. Si bien el embargo ejecutivo no es una medida cautelar, porque pertenece a la fase de la realización forzosa, esto es, tiene una naturaleza esencialmente ejecutiva y no asegurativa, no puede desconocerse que por vía indirecta él también provee la conservación de la cosa o bienes que son objeto de la medida.[767] De allí que en esta materia el legislador haya efectuado una remisión general a las facultades que desempeña el depositario a propósito del embargo ejecutivo. Ahora bien, debemos tener presente que no todas las normas previstas en el mencionado párrafo 2º reciben aplicación tratándose del secuestro de la cosa. Sólo son aplicables aquellas que sean compatibles con la naturaleza cautelar de esta medida, según lo veremos al analizar las situaciones en las que procede, los bienes sobre los que recae y los efectos que al amparo de la legislación nacional desarrolla. Finalmente, las mencionadas normas del CPC precisaron –y en principio podemos decir que limitaron– el objeto sobre el cual puede decretarse el secuestro judicial en el derecho nacional según lo veremos de inmediato.

[767] En relación con las diferencias entre el embargo ejecutivo y las medidas precautorias, nuestra Corte Suprema ha señalado: "Que, en todo caso, la sentencia recurrida no habría incurrido en *ultra petita,* porque el embargo en el juicio ejecutivo no es una medida precautoria, sino el medio de poner en ejercicio la acción y todo mandamiento de este género debe contener la orden de embargar bienes del deudor en cantidad suficiente para cubrir la deuda con sus intereses y costas". RDJ, t. XX, segunda parte, sec. 1ª (1923), p. 498. En relación con el concepto de embargo ejecutivo y sobre las fases que él comprende, especialmente la denominada *garantía de afectación, vid.* NAVARRETE, *Embargo y realización de bienes,* Santiago (1994), pp. 27 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

2.1.2. Presupuestos

8.13. Dentro de las disposiciones relativas a las medidas cautelares al interior del CPC, el artículo 291 nos indica los casos en los cuales procede el secuestro de la cosa objeto de la demanda. Previene la aludida disposición que *"habrá lugar al secuestro judicial en el caso del artículo 901 del Código Civil, o cuando se entablen otras acciones con relación a cosa mueble determinada y haya motivo de temer que se pierda o deteriore en manos de la persona que, sin ser poseedora de dicha cosa, la tenga en su poder"*.

Como se aprecia, dos son los supuestos que contempla el artículo recién visto que hacen procedente esta medida cautelar; el primero previsto en el artículo 901 del CC y el segundo, en la propia disposición transcrita. Con todo, cuando analicemos el peligro que esta medida pretende remediar, esto es, el concreto *periculum in mora* que habilita su concesión, veremos que es el mismo en ambas hipótesis.

8.14. a) El primer supuesto que hace procedente el secuestro judicial se encuentra regulado en el artículo 901 del Código Civil: "Si reivindicándose una cosa corporal mueble, hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, podrá el actor pedir su secuestro; y el poseedor será obligado a consentir en él, o a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir". Por tanto, bajo esta primera hipótesis el legislador ha subordinado la emanación del secuestro a los siguientes requisitos: (i) En primer término, a la existencia de una concreta pretensión, en este caso la reivindicatoria o acción de dominio que, de acuerdo con el artículo 889 del CC, es la que tiene "el dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela". En este primer supuesto no se admite más que esta pretensión. No es admisible ni siquiera otra acción real como sería, por ejemplo, la que tiene el acreedor prendario para recuperar la cosa dada en prenda en conformidad con el art. 2393 del CC.

Lógicamente no es indispensable que la concreta pretensión hubiese sido ya entablada. No se olvide que el art. 279 del CPC autoriza para pedir como prejudiciales las medidas cautelares contempladas en el art. 290, entre ellas, el secuestro de la cosa. (ii) En segundo lugar, el bien cuyo secuestro se pide debe constituir precisamente el objeto que se reivindica o que se va a reivindicar. No existe en este supuesto la posibilidad de secuestrar otro u otros bienes diversos de los que el solicitante está demandando. En otras palabras, la cosa

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

que se pretende recuperar es la misma cuyo secuestro se solicita, en caso contrario no será procedente esta medida cautelar. (iii) En tercer lugar, debe tratarse de la reivindicación de una cosa *corporal mueble*. Las *cosas corporales*, según dispone el inc. 2º del artículo 565, son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa o un libro. Las mismas se dividen, según señala el artículo 566 del CC, "en muebles e inmuebles. Son *muebles* las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales, sea que sólo se mueven por una fuerza externa, como las cosas inanimadas" (art. 567 del CC). Por tanto, en relación con este tercer requisito no cabe el secuestro de las cosas incorporales, esto es, de aquellas que consisten en meros derechos como los créditos y las servidumbres activas.[768] No cabe, por tanto, el secuestro de títulos, valores o acciones de sociedades anónimas o de los derechos en una sociedad de personas. Tampoco cabe el secuestro judicial de los bienes inmuebles, fincas o bienes raíces, que de conformidad con el artículo 568 del CC son "las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios o los árboles".[769] Sobre este particular los tribunales chilenos desde muy temprano señalaron que "teniendo presente que tratándose de reivindicar un inmueble no procede el secuestro del mismo durante el juicio, conforme a lo previsto por el artículo 902 del Código Civil; y visto, además, lo dispuesto en el artículo 283 del Código de Procedimiento Civil [actual 293 que autoriza el nombramiento de interventor], se revoca en la

[768] Sobre el concepto de cosas incorporales *vid.* JANA y MARÍN, *Recurso de protección...*, ob. cit., pp. 19-38. *Vid.*, asimismo, GUZMÁN, *Las cosas incorporales en la doctrina y en derecho positivo*, Santiago, 1995.

[769] Aquí la normativa en el derecho sustantivo civil chileno es diferente. En efecto, el art. 2251 del CC dispone que "pueden ponerse en secuestro no sólo cosas muebles, sino bienes raíces". Por su parte, el art. 2255 del mismo Código señala que "el secuestre de un inmueble tiene, relativamente a su administración, las facultades y deberes de mandatario, y deberá dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario". Más adelante explicaré cómo se resuelve esta contradicción. También en el ámbito del derecho comparado la regulación difiere de la de nuestro CPC. En el caso español se acepta expresamente la procedencia del secuestro respecto de los inmuebles. Sobre el particular, el art. 1786 del Código Civil español dispone: "El secuestro puede tener por objeto así los bienes muebles como los inmuebles". Lo mismo ocurre con el art. 2856 del Código Civil argentino. Similar situación se encuentra establecida en el art. 670 número I del Código de Procedimiento Civil italiano a propósito de secuestro judicial: "El juez puede autorizar el secuestro judicial: I) de bienes muebles o inmuebles [...]". *Codice di Procedura Civile e lleggi collegate*, Zanichelli, Bolonia, 2002.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

parte apelada la resolución [...] y se declara que no ha lugar a lo pedido [...]".[770] Sobre este punto volveré más adelante. (iv) En cuarto lugar, debe tratarse de una cosa singular, esto es, de una cosa determinada. De este modo se descarta que pueda secuestrarse una universalidad jurídica, por ejemplo, una herencia que tiene una específica acción real llamada petición de herencia. Respecto de las denominadas universalidades de hecho, los bienes muebles que la integren sí pueden ser objeto de reivindicación y, por tanto, sí pueden ser objeto de esta medida cautelar, pero es necesario que ellos sean determinados e individualizados perfectamente para habilitar su concesión por el tribunal.

Finalmente, el concreto *periculum in mora* que hace procedente la medida es *que exista motivo de temer que la cosa corporal mueble se pierda o deteriore en manos del poseedor.* Si nos percatamos estamos frente al típico *periculum* decimonónico. Como ha observado CLARO SOLAR, "nuestro Código para evitar que el poseedor haga desaparecer la cosa y la sustraiga a la reivindicación, o la deteriore, da al reivindicador el derecho de pedir el secuestro, o sea el depósito de la cosa en manos de un tercero que deberá restituirla al que obtenga una decisión a su favor, pero reconociendo el derecho del poseedor que es reputado como tal dueño de la cosa, le permite oponerse al depósito dando seguridad suficiente de restitución para el caso de ser condenado a restituir".[771] De este modo, por ejemplo, en un proceso ordinario en el cual el actor pidió la nulidad del contrato de compraventa sobre un determinado vehículo (*station wagon* Subaru) y la restitución del mismo, el tribunal *a quo* luego de conceder como medida prejudicial precautoria –sobre el referido vehículo– la prohibición de celebrar actos y contratos, negó el secuestro del bien solicitado posteriormente por el actor. Luego veremos que estas medidas son complementarias. La primera protege de la disposición jurídica del bien; la segunda de la física. Pues bien, frente a esta negativa

[770] RDJ, t. I, segunda parte, sec. 2ª (1903), p. 582. Del mismo modo la Corte de Apelaciones de Valparaíso, revocando un fallo de primera instancia, señaló que "del contexto de estas disposiciones [cita los arts. 901 y 902 del CC y 281 y 283 (actuales 291 y 293, respectivamente) del CPC] se deduce claramente que no procede el secuestro judicial de los bienes raíces". Ídem, p. 167. Esta sentencia fue objeto de una fuerte y documentada crítica por parte de CLARO SOLAR (ídem, pp. 167-170). Con todo, el mismo autor años más tarde rectificaría su criterio. *Vid. Explicaciones de derecho civil y comparado*, Santiago, tomo noveno, De los bienes IV, edición facsimilar (1935), 1992, p. 419: "Con respecto a los bienes raíces, el secuestro no procede". A favor de la procedencia del secuestro de inmuebles, aun cuando sin señalar argumentos, *vid.* NAVARRETE, *El embargo...*, ob. cit., p. 31.

[771] *Explicaciones de derecho civil...*, ob. cit., p. 419.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la Corte Suprema, conociendo de la apelación de un recurso de queja, señaló:

> Que como antes se dijo el actor ha solicitado en los autos ordinarios tenidos a la vista la "restitución" del vehículo en referencia, fundado en que es de temer que "se pierda o deteriore" la especie en "en manos del poseedor", por lo que en consecuencia, para asegurar el resultado de su acción, y siendo aplicable en la especie la situación prevista en el art. 291 del CPC en relación al ya indicado art. 901 del CC, ha sido procedente acceder a la medida precautoria de secuestro del aludido vehículo, por lo que el juez recurrido al no decidirlo así, ha cometido falta que la Corte de Apelaciones respectiva debió corregir por la vía disciplinaria".[772]

En el *Proyecto de 1853* se señaló en el artículo 1047 que "si se reivindica una cosa corporal mueble, podrá el actor pedir su secuestro y el poseedor ser obligado a consentir en él o a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir".[773] La norma, como se ve, originalmente reconocía el derecho del actor de solicitar el secuestro y el demandado estaba *obligado a consentir en él* o a dar seguridad suficiente de restitución, sin que tuviese que acreditarse ningún otro elemento normativo. La disposición finalmente sancionada agregó como circunstancia necesaria el hecho de que *hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor.*[774] Ya

[772] Fallos Nº 355 (1988), p. 322.

[773] *Obras completas...*, ob. cit., t. XII, p. 236.

[774] La aludida modificación ya aparece en el *Proyecto inédito.* En efecto, el art. 1047 de este *Proyecto* señaló: "Si se reivindica una cosa corporal mueble, y *hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor,* podrá el actor pedir su secuestro; y el poseedor será obligado a consentir en él, o a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir". *Obras completas de don Andrés Bello,* v. XIII, Santiago, 1890, pp. 229 y 230. El origen de este concreto *periculum* se encuentra en la labor de la comisión encargada de revisar el *Proyecto de 1853* –concretamente en la primera revisión– que sesionó desde junio de 1853 hasta septiembre de 1855. Como se sabe, el *Proyecto de 1853* fue objeto de estudio por parte de la denominada Comisión revisora. El presidente de esta comisión fue Manuel Montt, presidente de la República en aquellos años y la misma estuvo integrada por los señores José Alejo Valenzuela, José Gabriel Ocampo, Manuel Antonio Tocornal, José Miguel Barriga, Ramón Luis Irarrázabal y Antonio García Reyes. El propio Bello asistió a todas las reuniones y participó activamente en las correcciones que se hicieron a la obra. El *Proyecto de 1853* pasó por una doble revisión. Años después de terminado el proceso codificador, Miguel Luis Amunátegui con el trabajo de la primera revisión hizo una edición del proyecto resultante que denominó *Proyecto inédito.* Nos dice este último autor: "El *Proyecto de 1853* pasó por una doble revisión. La forma en que quedó después del primer examen, fue consignada al margen del ejemplar del *Proyecto* antedicho, que cada uno de los miembros de la junta tenía para su uso personal. Este *Proyecto* manuscrito, que ha llegado a ser una verdadera curiosidad bibliográfica y cuya existencia era aun desconocida, es el que ahora se publica en

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

hemos visto que en la regulación de las Partidas el juez podía ordenar el secuestro, entre otros casos, cuando siendo mueble la cosa que se litigaba, *se temía que el demandado la transportara o empeorara.* Como vemos, las causales que en definitiva recogió BELLO en el artículo 901 del CC no difieren en sustancia de las ya contempladas en el viejo derecho castellano y, por tanto, de las que se aplicaban en el foro nacional en los años en que se redactó nuestro Código Civil.[775]

este volumen". Miguel Luis Amunátegui, *Obras completas...*, ob. cit., v. XIII, p. XLI. *Vid.*, asimismo, GUZMÁN, *La codificación civil en Iberoamérica,* ob. cit., pp. 364-368. Este autor, refiriéndose al *Proyecto inédito,* expresa: "Este, pues, fue el despachado por dicha comisión [la Comisión revisora] antes de la segunda revisión; y viene a ser un intermedio entre el Proyecto de 1853 y aquel de 1855". Ídem, p. 367.

[775] No debe extrañar que BELLO hubiese tomado directamente este elemento del Código Alfonsino. Sobre el particular, GUZMÁN ha observado: "A través de este material [hace alusión a una serie de notas que Bello escribió al CC] podemos conocer parte apreciable de las fuentes usadas por Bello para la redacción de sus textos. Su examen permite comprobar que la fuente que predominó en modo incontrastable fue el Código de las Siete Partidas [...]". *La codificación...*, ob. cit., p. 370. Esta parece ser, en todo caso, una situación común en los ordenamientos decimonónicos de Iberoamérica. Así, por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil para México y el territorio de Baja California de 1872 dispuso en esta materia: "Art. 479: Las providencias precautorias podrán dictarse: [...] II. *Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real* [...]". Se reafirma cuanto hemos dicho del viejo derecho castellano. Si bien sus normas fueron formalmente derogadas con la sanción y publicación de un derecho nacional (chileno, mexicano, argentino, etc.), ellas renacieron en las diversas leyes y Códigos que cada país independiente sancionó. CLARO SOLAR, por su parte, encuentra el origen del art. 901 del CC en POTHIER, observando al respecto: "Pothier, de quien está tomada la doctrina que sanciona el art. 901, recordaba que en el antiguo derecho nacional francés, para reivindicar una cosa corporal mueble se procedía primero a la vía judicial del embargo y retención de la cosa para su secuestro en manos de una tercera persona, *voie de l'entiercement,* a que podía oponerse el poseedor y pedir el levantamiento de este embargo y secuestro, dando por ella caución, y aun si era persona solvente, comprometiéndose a presentar la cosa cuando el juez lo ordenare, pero la cosa se consideraba estar bajo la mano de la justicia hasta el fin del proceso sin que se pudiera disponer de ella entre tanto". *Explicaciones de derecho civil...*, ob. cit., tomo noveno, p. 419. CLARO SOLAR cita: *Pothier, Propriété, nº 109 y siguientes.* Con seguridad se refería a *Traité du droit de propriété* contenido en: *Oeuvres de Pothier, nouvelle édition,* tome dixième, Paris, MDCCCXL, pp. 173 y ss. Lo que sí resulta palmario es que el origen de nuestro art. 901 del CC no se halla en su homónimo francés que, en esta materia, no siguió al ilustre jurista. En Francia, nos dicen LÉVY y CASTALDO PRÉCIS, desde el siglo XVII hasta el XVIII la reivindicación de los muebles corpóreos fue sometida a restricciones crecientes, ella desapareció casi por completo. Esta situación fue obra de la jurisprudencia principalmente de la de París, que iba a ser retomada por el Código Civil. Bourjun, en su obra *Droit común de la France* (1747) recoge el proverbio "en cuestión de muebles la posesión vale título". Pothier, por su parte, si

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Si el actor acredita los elementos recién analizados (y, por cierto, los demás que hacen procedentes, las medidas cautelares, especialmente el *fumus boni iuris* en los términos ya vistos), el tribunal debe conceder el secuestro de la cosa mueble que es objeto de la reivindicación, a menos que el poseedor dé seguridad suficiente de entregar la cosa para el evento de ser en definitiva condenado a restituirla. "Esta *seguridad suficiente* de restitución es una fianza u otra caución aceptada por el actor o por resolución judicial si entre las partes no se produjere acuerdo".[776] Pero, ¿es razonable que en esta hipótesis el demandado pueda oponerse al secuestro dando seguridad suficiente de restitución? Lo relevante de esta situación, como hemos adelantado, es que la petición de la medida cautelar recae sobre la especie misma que se litiga, es decir, lo que el demandante busca con esta providencia es, por una parte, garantizar que durante el transcurso del juicio la cosa no sea abandonada, lo que sin duda podría dificultar enormemente su posterior localización, y, por la otra, que la cosa que se reivindica no sufra ningún quebranto, lo que lógicamente haría disminuir su valor comercial y menguar considerablemente la utilidad de la ulterior sentencia.

En ambas hipótesis, en definitiva, lo que se busca es asegurar la integridad material de la cosa secuestrada. De allí que en estos casos el tribunal debe ser especialmente exigente al momento de analizar la *seguridad suficiente* que ofrezca el demandado para oponerse a la concesión de la medida, porque pareciera que la mejor garantía que puede otorgarse al actor consiste precisamente en privar al demandado de la disponibilidad física del bien a efectos de su debido resguardo.

Recordemos que en el derecho chileno la ejecución en naturaleza tiene un fuerte resguardo legal (véase el art. 438 Nº 1 del CPC); de allí

bien consideraba que el poseedor de un mueble se presumía propietario, agregaba que esta era una presunción simple que cedía frente a la prueba en contrario, por ejemplo cuando se intentaba una acción reivindicatoria fundada. Sus explicaciones se basaban principalmente en las costumbres de Orleáns (fue abogado y profesor en esa ciudad), las que no fueron tenidas en consideración en la redacción del CC francés. Este dispuso en el art. 2279 que en materia de muebles la posesión vale título. *Histoire du droit privé,* Paris, 2002, pp. 626 y ss. (Agradezco a mi amigo Mauricio Tapia la recomendación de este libro y la referencia a la obra de Pothier.)

[776] CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil...*, ob. cit., tomo noveno, p. 419. Esta situación, como se comprenderá, no es más que una concreción de lo sancionado en el art. 301 del CPC: "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*".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

que si lo que se demanda es la entrega de una cosa mueble singular, no parece del todo razonable que frente al extravío o detrimento de la misma (por no haberse ordenado su secuestro), se entregue una suma de dinero. La norma, en todo caso, existe y no desconozco que puede ser útil en algunos supuestos, por ejemplo, si el bien produce beneficios que se verían disminuidos o anulados con el secuestro. Situaciones como la relatada, y actuaciones de mala fe del actor que busque lisa y llanamente dañar al poseedor de la cosa, muestran lo práctico que puede ser en ocasiones esta facultad, pero –insisto– el tribunal debe actuar con especial celo. Finalmente, la regla parece dar a entender que el poseedor puede ofrecer la garantía antes que la medida sea concedida por el tribunal, esto es, no sólo operaría como un remedio *ex post* (para intentar alzar la medida ya otorgada) sino, principalmente, como un remedio *ex ante*. Con todo, esta situación está en estricta relación con la forma como se tramitan las medidas precautorias y, más importante, como nuestros tribunales entienden que se deben tramitar. Sobre este último punto volveré al tratar el segundo supuesto.

8.15. b) La segunda situación que hace procedente la medida cautelar en estudio se encuentra prevista en el propio art. 291 del CPC y ocurre cuando se entablan otras acciones con relación a cosa mueble determinada y haya motivo de temer que se pierda o deteriore en manos de la persona que, sin ser poseedora de dicha cosa, la tenga en su poder.

En este último caso las acciones que se ejercen también dicen relación con cosas muebles determinadas, por lo que bajo este segundo supuesto el legislador descarta, una vez más, la procedencia del secuestro judicial respecto de bienes inmuebles. En esta segunda situación el demandado es, en todo caso, un mero tenedor de la cosa y no el poseedor de la misma. ¿Cuáles son estas *otras acciones* a que alude la disposición transcrita? Parece relativamente claro que el precepto se está refiriendo a acciones diferentes de la reivindicatoria, toda vez que hace referencia a "otras acciones con relación a cosa mueble" y ya sabemos que la primera parte de la disposición en estudio alude exclusivamente a la acción de dominio. Por lo demás, la acción reivindicatoria no procede en contra del mero tenedor de la cosa.[777] Pero, ¿se refiere este precepto sólo a acciones reales

[777] Dispone el art. 895 del CC que "la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor". Por su parte, el art. 896 del aludido Código señala que "el mero tenedor de la cosa que se reivindica es obligado a declarar el nombre y residencia

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

como la primera hipótesis, o se pueden incluir también acciones personales? La historia del precepto nada aclara sobre el particular. Tampoco la jurisprudencia ha dado al respecto mucha luz. En cualquier caso estas otras acciones no pueden ser las posesorias, toda vez que estas protegen la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, y ya sabemos que en la regulación del art. 291 del CPC el secuestro judicial sólo procede respecto de cosas muebles determinadas. La redacción de la disposición es lo suficientemente amplia como para limitar su alcance sólo a las acciones reales (por ejemplo, la del acreedor prendario para que se le reconozca la prenda permitiéndole ejercer las facultades que a él corresponden, o la del usufructuario que no tiene en su poder la cosa fructuaria).

También podemos incluir en estas *otras acciones* a las personales que persiguen la restitución de una cosa. Son acciones que por regla general tienen su origen en un contrato y, por lo tanto, sólo generan derechos personales o créditos; por ejemplo, la acción que tiene el depositante para que el depositario le restituya la cosa dada en depósito (arts. 2215 y 2226 del CC), o la de comodante para obligar al comodatario a restituir la especie mueble entregada en comodato una vez vencido el plazo estipulado (arts. 2180 y ss. del CC). En otras palabras, entre estas "otras acciones" se encuentran tanto las reales, con la excepción de la de dominio y las personales cuyo objeto sea la entrega de una cosa corporal mueble de manos del actual tenedor de la misma.[778]

8.16. En relación con el concreto *periculum in mora* que hace procedente esta medida, el art. 291 señala que habrá lugar al secuestro

de la persona a cuyo nombre la tiene". ROJAS observa en relación con estos requisitos que "la acción entablada sea cualquiera, a excepción de la reivindicatoria". *Las medidas...*, ob. cit., p. 98.

[778] De hecho en el *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas*, t. II, Santiago, 1983, p. 38 se cita un caso tomado de "Las últimas noticias" de fecha 31 de agosto de 1918, en el cual la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que "procede el secuestro judicial, cuando se pida la entrega de una cosa mueble que ha sido objeto de un contrato de venta, cuyo cumplimiento es resistido por el vendedor demandado". De acuerdo con la legislación civil chilena, el comprador a quien no se le ha hecho la tradición del bien no tiene acción real para reivindicar dicho bien, sino sólo una acción personal para exigir la ejecución del contrato de compraventa. *Vid.* CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil...*, ob. cit., tomo noveno, p. 386. Asimismo, se ha aceptado por los tribunales chilenos el secuestro de un camión cuya devolución había sido ordenada en un proceso por apropiación indebida en manos de un supuesto heredero. Fallos, Nº 60 (1963), p. 277.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

judicial cuando se entablen otras acciones con relación a cosa mueble determinada y *haya motivo de temer que se pierda o deteriore en manos de la persona que, sin ser poseedora de dicha cosa, la tenga en su poder.* Ya hemos advertido que esta situación no difiere de la que estudiamos en la primera hipótesis prevista en el art. 901 del CC por lo que allí remitimos al lector, con una precisión: en este caso el peligro de pérdida o deterioro no proviene del poseedor de la cosa, sino del mero tenedor de la misma.

8.17. Una última cuestión a tratar, en esta segunda situación tiene relación con la posibilidad que tiene el demandado de dar alguna garantía suficiente a efectos de oponerse a la concesión de la medida cautelar. En la primera hipótesis vimos que esta posibilidad se encuentra expresamente prevista en el art. 901 del CC. En cambio en esta segunda situación el art. 291 del CPC nada prevé al respecto. Con todo, ya sabemos que en esta materia existe una norma general que permite al demandado solicitar el alzamiento de la medida otorgando una caución suficiente (art. 301 del CPC). Dos comentarios surgen de esta situación: el primero es que en este caso el demandado sólo puede presentar la caución una vez que la medida ya ha sido ordenada, esto es, no puede oponerse a la concesión de la medida ofreciendo una garantía de restitución –como pareciera desprenderse de la redacción del art. 901 del CC para el caso analizado bajo la letra a) precedente–, sino que sólo puede proponer dicha garantía con la finalidad de que el tribunal, estudiando la petición y caución propuesta, ordene alzar la medida cautelar ya concedida. Esta es la situación que da a entender la redacción del aludido art. 301 del CPC. Lógicamente, según dijimos, esto está en estricta relación con la forma como entienden nuestros tribunales que debe tramitarse la solicitud de una medida cautelar. Si seguimos a la jurisprudencia casi uniforme de los últimos cuarenta años en esta materia –que asevera que la tramitación de una medida cautelar debe ser resuelta de plano por el tribunal– no hay otro camino que reconocer que la posibilidad de oponerse a la medida proponiendo la respectiva caución en los dos casos estudiados sólo se produce *ex post*, esto es, una vez que la medida ha sido ya otorgada por el juez. El segundo comentario es que al igual que en la primera hipótesis el tribunal debe ser muy celoso con esta facultad porque –repito– la mejor garantía para el demandante sigue siendo el secuestro de la cosa sobre la que se litiga. ¿No sería conveniente invertir en estos casos la regla y permitir que el demandante sea quien otorgue una garantía de indemnizar todos los perjuicios que sufra el demandado si en definitiva este último tuviese la razón?

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

2.1.3. Función del secuestro

8.18. Lo que debemos establecer es si esta medida cautelar cumple la función de privar al demandado de la disponibilidad física del bien secuestrado, o si también impone alguna limitación de carácter jurídico sobre dicho bien. En el derecho argentino el secuestro cumple ambos fines. "El apoderamiento de la cosa tiene aquí como propósito específico su puesta fuera de todo uso y disponibilidad física y jurídica para toda persona [...]".[779] En el derecho italiano el secuestro judicial también parece cumplir ambas finalidades. Al respecto, PROTO PISANI observa que "Problemático resulta decir si el secuestro judicial comprende la función de cautelar exclusivamente en contra de actos de disposición material del bien, o si por el contrario, tiene la función de cautelar también contra actos de disposición jurídica". Inclinándose el aludido autor por ambas posibilidades.[780]

8.19. En el derecho chileno, sin embargo, la función específica del secuestro judicial es proteger y garantizar la integridad material de la cosa que es objeto de la demanda a través de su conservación por parte del depositario. Sobre este punto existe relativo consenso en la doctrina chilena.[781] Esta posición debe ser compartida pero con dos precisiones: la primera, el art. 1464 del CC dispone: "Hay objeto ilícito en la enajenación: [...] 3º. De las cosas *embargadas* por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello". Más adelante veremos que parte de la doctrina y de la jurisprudencia nacional están contestes en que la expresión *embargo* que emplea el numeral recién transcrito no sólo alude a la figura del

[779] VVAA, ARAZI (director) *Medidas cautelares*, Buenos Aires, 1997, p. 149.

[780] *Lezioni di diritto...*, ob. cit., pp. 674 y 675.

[781] ROJAS, sobre este particular, observa que "la función específica del secuestro judicial es la de proteger y garantizar la integridad material de la cosa que es objeto de la demanda, a través de su conservación por parte del secuestre. Luego, descartamos la posibilidad de que tal medida cautelar diga relación con la disposición o enajenación del bien afecto a ella, esto es, de que tienda a impedirla, ya que, a nuestro juicio, son otras las providencias cautelares que tienen por objeto cumplir dicha finalidad: prohibición de enajenar e incluso retención". *Las medidas...*, ob. cit., p. 110. QUEZADA, por su parte, indica que la finalidad del secuestro es "conservar y mantener, en la mejor forma posible, la cosa litigiosa para ser entregada al vencedor. Tiene, luego, facultades administrativas y no de disposición del bien. El dueño del bien puede enajenar o disponer del bien, porque el secuestro no es embargo ni limita esa facultad dispositiva". *Medidas prejudiciales...*, ob. cit., p. 136.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

embargo que opera dentro del juicio ejecutivo por obligación de dar, sino también a cualquier otra medida cautelar incluyendo el secuestro de la cosa.[782]

Lo que esta doctrina no ha explicado es por qué este artículo no sería aplicable al secuestro judicial si se da a la palabra embargo una acepción tan amplia que –repito– incluiría cualquier medida precautoria entre ellas, por cierto, el secuestro. Para ser consecuente con esta interpretación habría que concluir que los efectos que produce el secuestro bajo la legislación nacional no sólo tienen relación con la indisponibilidad física del bien –cuestión que no está en debate– sino también una suerte de indisponibilidad jurídica por adolecer la enajenación de la cosa embargada (*rectius* secuestrada) objeto ilícito de acuerdo con el art. 1464 Nº 3. ROJAS descarta esta posibilidad, observando que "tampoco puede darse al secuestro judicial el carácter de 'embargo', ni a la cosa secuestrada, el de 'cosa embargada', ya que esta última idea presupone siempre una limitación a los derechos del propietario en cuanto a la disposición misma que se refiere, característica que no se hace presente, como hemos visto, en la medida precautoria que nos ocupa".[783] Pero, como se comprenderá, lo anterior es una petición de principios. Lo que se trata de dilucidar es por qué el secuestro no estaría incluido en la disposición. ROJAS simplemente constata el hecho pero no explica el motivo de ello. La solución pasa por reconocer que el número 3 del art. 1464 cuando nos habla de *cosas embargadas* por decreto judicial no se está refiriendo a todo tipo de medidas cautelares o a *cualquier medida cautelar* como lo afirma parte de la doctrina nacional, sino principalmente a la de retención de bienes y a la prohibición de celebrar actos y contratos. ¿Por qué? Porque en la legislación nacional la medida que hace las veces del embargo cautelar (esto es, el embargo preventivo del derecho español o argentino) es la retención de bienes y no el secuestro de los mismos. Sobre esto me extenderé cuando trate específicamente de la retención como medida cautelar.

[782] LEÓN HURTADO señala al respecto: "En un sentido amplio, se entiende por embargo no sólo la institución propia del juicio ejecutivo [...] sino cualquiera prohibición de enajenar, *secuestro*, retención o medida precautoria en general". *El objeto en las actas jurídicas*, Santiago, 1983, p. 91. *Vid.*, en la misma página, la abundante bibliografía y jurisprudencia con las cuales el autor respalda esta posición. En el mismo sentido *vid.* Marcela TAVOLARI, "Algunas reflexiones sobre el artículo 1464 Nº 3 del CC", en *Instituciones modernas de derecho civil* (Homenaje al profesor Fernando Fueyo), Santiago, 1996, p. 388.

[783] *Las medidas...*, ob. cit., p. 115.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

8.20. La segunda precisión dice relación con lo dispuesto en el Nº 4º del art. 1464 del CC, a saber: "Hay objeto ilícito en la enajenación: [...] Nº 4. De especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio". No hay, en principio, un supuesto que encuadre mejor en esta materia que el del secuestro referido en el art. 901 del CC, esto es, cuando se reivindica una cosa corporal mueble. Esta situación precisamente alude al secuestro de una *especie cuya propiedad se litiga*. Por lo tanto, tratándose de este supuesto podría argumentarse que el secuestro sí produce la indisponibilidad jurídica del bien secuestrado porque él recae justamente sobre un bien cuya propiedad está en litigio. En otras palabras, la indisponibilidad jurídica vendría dada no por el Nº 3 del art. 1464 del CC, sino por el Nº 4 de dicho precepto legal.[784] Sin embargo esto no es así, no al menos desde la entrada en vigor del CPC. En efecto, el inc. 2º del art. 296 –norma que tiene carácter general aun cuando se encuentra localizada a propósito de una concreta medida cautelar como es la prohibición de celebrar actos o contratos– dispuso: "Para que los objetos que son materia del juicio se consideren comprendidos en el número 4º del artículo 1464 del Código Civil, será necesario que el tribunal decrete prohibición respecto de ellos".[785] Es decir, no basta con el secuestro del bien que se reivindica para producir su indisponibilidad jurídica, sino que es necesario que el tribunal decrete expresamente la prohibición respecto de él, esto es, es necesario que otra medida cautelar, la de prohibición de celebrar actos o contratos, acuda en su auxilio y le entregue un efecto del que el secuestro carece por sí solo.

En definitiva, bajo la legislación procesal civil chilena el secuestro no protege de los actos de disposición jurídica del poseedor del bien. Son otras las medidas cautelares que en el derecho chileno resguardan de este peligro. El poseedor podría, en consecuencia, celebrar cualquier acto o contrato sobre el bien secuestrado; así, podría asignarlo en una disposición testamentaria, podría donarlo, arrendarlo, venderlo, gravarlo con alguna prenda, etc. Todos estos

[784] Como se comprenderá, en todo caso la indisponibilidad jurídica no sería un efecto del secuestro propiamente tal, sino del hecho que se esté litigando sobre un bien. Es esta última situación la que produciría el objeto ilícito y no el secuestro. En otras palabras, independientemente de que se ordene el secuestro de la cosa habría objeto ilícito en la enajenación del bien en disputa, esto es, la ilicitud vendría dada por la causal que hace procedente el secuestro (reivindicación de una...) y no por el secuestro mismo.

[785] El origen de este precepto lo encontramos en la segunda comisión, por lo que no hay mayores antecedentes históricos del mismo.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

actos quedan, en todo caso, sujetos a lo que resuelva el tribunal en la sentencia definitiva en relación con la concreta pretensión que hubiere hecho valer el actor. Así, por ejemplo, en la primera hipótesis, esto es, cuando se demanda la reivindicación del bien mueble, el poseedor-demandado puede vender el bien secuestrado pero no puede hacer tradición del mismo, no al menos la tradición real –físicamente la cosa se encuentra en manos del depositario–. Tendrá, en todo caso, que esperar el resultado final del proceso para saber si en definitiva vendió un bien que le pertenecía o si, por el contrario, vendió una cosa ajena. En la segunda hipótesis puede ocurrir algo parecido. Así, frente a la disputa entre dos meros tenedores, por ejemplo, un arrendatario en contra de un comodatario, en la cual el primero pide el secuestro del bien que se encuentra en manos del segundo, el dueño de la cosa puede en principio venderla sin perjuicio del resultado final del proceso.[786] Lo que sí puede ocurrir es que el depositario venda y entregue el bien secuestrado.[787] En este evento deben aplicarse las normas relativas a la venta de cosa ajena previstas en nuestro CC y las correspondientes normas de prescripción.

[786] *Vid.* ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 112 y ss.

[787] Precisamente el art. 2231 del CC dispone que "si los herederos, no teniendo noticias del depósito, han vendido la cosa depositada, el depositante (no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria o siendo esta ineficaz) podrá exigirles que le restituyan lo que hayan recibido por dicha cosa, o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competen". Por su parte, el art. 898 señala que la acción de dominio también procede en contra del que enajenó la cosa, para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que por enajenarla se haya hecho imposible o difícil su persecución. Ya sabemos que el secuestro del bien no evita esta enajenación pero puede perseguirse el dinero que el enajenante obtuvo por la cosa. En el viejo derecho castellano, Ley 19, tít. 2. P. 3ª, se encuentran las raíces de esta disposición. Observaba la doctrina española del siglo XIX que "si fuese demandado el poseedor por ficción del derecho, en lugar de la restitución de la cosa será condenado a pagar su estimación, pudiendo comprenderse en esta hasta el precio de afección, mediante el juramento del demandante [...]. Por este medio le ley ha ocurrido a los efectos de la mala fe del poseedor de la cosa, quien previendo que se le va a pedir, pudiera con dolo venderla, donarla, destruirla, etc.; de manera que la regla del derecho, según la cual *dolus pro possessione habetur*, de la cual procede la doctrina que acabamos de exponer, es una sanción eficacísima del derecho de propiedad, sin la cual la mala fe del injusto poseedor pudiera a su arbitrio hacerlo completamente ilusorio". DOMINGO DE MORATÓ, *El derecho civil español con las correspondencias del derecho romano*, 2ª ed., 2 tomos, Valladolid, 1877, reimpresión facsímil en 1 tomo, Navarra, 2002, tomo 1, pp. 308 y 309.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

2.1.4. Materialización y administración

8.21. Una vez que el tribunal ordena el secuestro del bien debe procederse a la ejecución del mismo. Para ello el tribunal debe designar al respectivo depositario, esto es, a la persona bajo cuya responsabilidad quedará la cosa mientras se sustancia el proceso (art. 2249 del CC). Este efecto es de la esencia de esta medida cautelar. El secuestre necesariamente es un tercero distinto del actor y del demandado.[788] Esta es precisamente la mejor garantía que tiene el actor que acciona para obtener la devolución de la cosa que se le debe. No puede designarse al propio poseedor o tenedor como el secuestre de la cosa. Ya sabemos que en esta materia no hay mayor innovación y, por tanto, tampoco podría nombrarse depositario a quien demanda la entrega del bien. En relación con las facultades del secuestre y la manera como se materializa la administración del bien secuestrado, se aplican las disposiciones pertinentes del párrafo 2º del título I del libro III del CPC, relativas al juicio ejecutivo por obligación de dar (artículos 479 al 517).[789] De estos artículos se desprende que el secuestre que hubiese designado el tribunal puede trasladar la cosa al lugar que crea más conveniente. Con todo, si el bien objeto de la medida fuese dinero, alhajas o especies preciosas el depósito deberá hacerse en un Banco a la orden del juez de la causa y el certificado del depósito se agregará a los autos (art. 479 en relación con el inc. 4º del art. 454, ambos del CPC).

8.22. Toda cuestión relativa a la administración del bien secuestrado que se suscite entre el actor, el demandado y el secuestre (por ejemplo, petición de remoción del secuestre, cuentas que tuviese que rendir, renuncia del secuestre, responsabilidad que

[788] El art. 2254 dispone que "perdiendo la tenencia, podrá el secuestre reclamarla contra toda persona, incluso cualquiera de los depositantes, que la haya tomado sin el consentimiento del otro, o sin decreto del juez, según el caso fuere".

[789] Decimos disposiciones *pertinentes* porque no todas las normas del aludido párrafo 2º debieran recibir aplicación. Así, por ejemplo, el art. 479 del CPC efectúa una remisión al inc. 1º del art. 450 del mismo Código que dispone que mientras el juez no designe el depositario "hará las veces el propio deudor hasta tanto se designe un depositario distinto". Esta es una de las disposiciones que precisamente no debiera aplicarse a propósito del secuestro porque el efecto –el único según hemos visto– que produce esta medida cautelar es privar al poseedor o tenedor de la disponibilidad física del bien. Tratándose del secuestro, el tribunal debe necesariamente designar un secuestre diferente del deudor en el proceso.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

asume, gastos en que hubiere incurrido, etc.) se substanciará en audiencias verbales que tendrán lugar sólo con la parte que asista (art. 480 del CPC). A este respecto, el art. 2256 del CC dispone que "mientras no recaiga sentencia de adjudicación pasada en autoridad de cosa juzgada, no podrá el secuestre exonerarse de su cargo, sino por una necesidad imperiosa, de que dará aviso a los depositantes, si el secuestro fuere convencional, o al juez en el caso contrario, para asegurar que disponga su relevo. [inc. 1º]. Podrá también cesar, antes de dicha sentencia, por voluntad unánime de las partes, si el secuestro fuere convencional, o por decreto del juez, en el caso contrario".[790]

Las disposiciones del aludido párrafo 2º relativas a la ejecución de los bienes muebles, los efectos de comercio y los bienes inmuebles (arts. 481 al 511) no reciben aplicación tratándose del secuestro en cuanto medida cautelar. La razón es lógica, en esta materia no hay realización ejecutiva del bien secuestrado. Simplemente existe la obligación del secuestre de tener la cosa litigiosa y una vez que se dicte la sentencia definitiva entregarla al vencedor.[791]

Luego que expire por cualquier causa el cargo de secuestre deberá este rendir cuenta de su administración en la forma que establece la ley para los tutores y curadores. Presentada la cuenta final tendrán las partes el plazo de seis días para examinarla. Si hubiere reparos se tramitarán como incidente (art. 514 del CPC). Al pronunciarse el tribunal sobre la aprobación de la cuenta, fijará la remuneración del secuestre si hubiere lugar a ella, teniendo presente la responsabilidad y trabajo que el cargo le haya impuesto (art. 516 del CPC).

[790] Por su parte, el art. 2253 del CC dispone: "Los depositantes contraen para con el secuestre las mismas obligaciones que el depositante respecto del depositario en el depósito propiamente dicho, por lo que toca a los gastos y daños que le haya causado el secuestro".

[791] Nuestra Corte Suprema sobre el particular ha dicho: "Que, 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, según el artículo 290 del CPC, 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 [...]". RDJ, t. XLVIII (1951), segunda parte, sec. 1ª, p. 2. Si bien la resolución se refiere a las medidas de retención y de prohibición de celebrar actos y contratos, es tal su generalidad que resulta plenamente aplicable al secuestro judicial.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

2.1.5. Alzamiento

8.23. En relación con el alzamiento del secuestro, ya hemos comentado que en los dos casos genéricos en que procede esta medida puede el deudor solicitar su alzamiento ofreciendo la correspondiente garantía de resultas (art. 901 del CC y 301 del CPC, respectivamente). También sabemos que el art. 301 del CPC señala que estas medidas son esencialmente provisionales por lo que deben hacerse cesar tan pronto desaparezca el *peligro* que se ha procurado evitar. Para saber, por tanto, en qué casos opera este supuesto debemos referirlo precisamente al concreto *periculum* que el tribunal tuvo en vista al conceder la medida, esto es, al temor de pérdida o deterioro de la cosa en manos del poseedor o tenedor de la misma. De este modo, si durante el proceso desaparece el riesgo de pérdida o deterioro antes aludidos, el tribunal debe ordenar el cese de la medida cautelar. Si, por el contrario, el deudor no pide que se deje sin efecto el secuestro judicial o si, demandándolo, el tribunal rechaza su reclamación (porque, por ejemplo, la garantía que propuso no fue suficiente en opinión del juzgador o porque el riesgo de pérdida o deterioro se mantiene) la medida permanecerá en vigor durante toda la sustanciación de la causa. Ya sabemos que esta última situación no significa, en todo caso, que la medida no se extinguirá en algún momento. Como toda medida cautelar, el secuestro concluirá cuando quede ejecutoriada la sentencia definitiva que ponga fin al litigio de acuerdo con la naturaleza instrumental que revisten estas medidas. Si la resolución es favorable a la pretensión del actor, el secuestre debe entregar la cosa a su legítimo propietario.[792] Si por el contrario, el juicio favorece la resistencia del demandado el secuestre debe entregar la cosa que fue objeto de la acción judicial. En ambas situaciones se debe alzar la medida decretada. Sobre esta situación dispone el art. 2257 del CC: "Pronunciada y ejecutoriada dicha sentencia [sentencia de adjudicación pasada en autoridad de cosa juzgada], debe el secuestre restituir el depósito al adjudicatario".[793]

[792] Dispone el art. 512 que si el embargo (secuestro) se ha trabado sobre la especie misma que se demanda, una vez ejecutoriada la sentencia de pago (*reictus* una vez ejecutoriada la sentencia definitiva del juicio declarativo), se ordenará su entrega al ejecutante.

[793] Nos dice DOMINGO DE MORATÓ respecto del viejo derecho castellano que "del secuestro nacen las acciones, sequestrarias directa y contraria: la primera se da al que haya vencido en el pleito contra el secuestrador; y la segunda a este contra aquél, y también se dan en favor y contra los herederos". *El derecho civil...*, ob. cit., p. 362.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

2.1.6. *Ex cursus* ¿secuestro sobre inmuebles?

8.24. Hemos explicado que de conformidad con el art. 291 del CPC el legislador procesal chileno acotó la procedencia del secuestro sólo a los bienes corporales muebles. La historia del precepto avala esta limitación,[794] de tal suerte que es visible que en la mente de nuestros legisladores procesales –al menos en la de la mayoría de ellos– el secuestro quedaba acotado respecto de los bienes muebles y para los inmuebles se contemplaba inmediatamente otra medida cautelar, a saber, el nombramiento de uno o más interventores. Pero esta no fue la postura que consagró cincuenta años antes nuestro Código Civil, ni tampoco la que regía de acuerdo con el derecho de Castilla, ni la que consagraron otros ordenamientos jurídicos como, por ejemplo, el italiano.

El art. 2251 del CC es palmario al respecto. Dispone que "pueden ponerse en secuestro no sólo cosas muebles, sino bienes raíces". En el art. 22 del *Proyecto de 1841-1845* se decía: "El secuestro puede

[794] La historia completa de esta disposición es la siguiente. En el Proyecto de Código de enjuiciamiento civil de 1871, libro II, en el primer artículo en que se regulaba esta materia se señaló: "Puede el demandante, para asegurar el resultado de la acción que entabla, solicitar separada o conjuntamente las siguientes providencias precautorias: [...] 3º. Secuestro de la *cosa mueble* que se reclama". En la parte final del segundo artículo del título II, libro II, se dispuso que "El secuestro es el depósito de la *cosa mueble* disputada en manos de un tercero". *Proyecto...*, ob. cit., pp. 4 y 5. Por su parte, el proyecto de Código de enjuiciamiento civil de 1874, libro II, señalaba en el art. 225: "Para asegurar el resultado del juicio puede el demandante pedir: Nº 1: El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda". Y en su artículo 226 expresaba que: "Hay lugar al secuestro judicial solo en el caso del art. 901 del Código Civil". *Proyecto de Código...*, ob. cit., pp. 7 y 8. La primera comisión (1874-1884) no introdujo modificaciones a esta disposición, con lo cual en ambos proyectos quedaba claro que el secuestro sólo procedía respecto de bienes muebles. Del trabajo de la segunda comisión sabemos que no hay actas. El tema se debatió finalmente en la Comisión mixta de diputados y senadores a propósito del *Proyecto de 1893;* en efecto, el señor BALLESTEROS observó a este respecto que para evitar dudas sería oportuno consignar expresamente que las acciones a que alude la segunda parte del art. 281 deben referirse a cosas muebles. Contestando esta indicación, el señor RICHARD señaló que, por el contrario, él no divisaba razón para que se limitara el secuestro a las cosas muebles, ya que también podía necesitarse esta medida cautelar para asegurar las resultas de las acciones que se ejerciten respecto de propiedades raíces. El comisionado BALLESTEROS replicó que en cuanto a los bienes raíces, el siguiente artículo autorizaba el nombramiento de interventores, lo que a su juicio bastaba para resguardar los derechos ejercidos sobre un bien inmueble. La comisión fue de esta misma opinión y así se aprobó la indicación. *Actas de la comisión mixta...*, ob. cit., p. 99.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ser de cosa mueble o raíz".[795] Si bien en el *Proyecto de 1846-1847* se suprimía esta disposición, ella reaparece en el *Proyecto de 1853* (art. 2399) con idéntica redacción con la que finalmente fue aprobado y publicado.[796] Por su parte, el art. 2255 del CC dispone que el "secuestre de un inmueble tiene, relativamente a su administración, las facultades y deberes del mandatario, y deberá dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario". Respecto del derecho de Castilla señalaban los autores que si bien la materia propia del depósito eran las cosas muebles, tratándose del secuestro convencional o judicial, "debe generalizarse la doctrina de modo que comprenda como capaces de él tanto las cosas muebles como las raíces. Así lo establece la ley en conformidad con la naturaleza y objeto de este acto".[797] Es nítido, en consecuencia, que con anterioridad a la vigencia del CPC en el derecho chileno se autorizaba el secuestro de los bienes inmuebles. ¿Derogó, por tanto, el art. 291 del CPC al art. 2251 del CC? No lo creo, pienso que es posible encontrar algún acomodo a este artículo en el orden jurídico nacional. A continuación expondré algunos argumentos de texto que avalan esta postura.

El mencionado art. 2251 se ubica inmediatamente después del art. 2250 que menciona que "las reglas del secuestro son las mismas que las del depósito propiamente dicho, salvas las disposiciones que se expresan en los siguientes artículos y en el Código de enjuiciamiento"; esto es, que es procedente el secuestro sobre inmuebles salvo lo que dispongan sobre el particular las normas que tratan del secuestro en cuanto medida precautoria en el CPC. Y ya sabemos que el art. 291 restringió el secuestro a las cosas muebles. Pero, y es aquí donde viene el acomodo, el artículo que sigue al 2251 del CC, esto es, el art. 2252 nos dice que el secuestro puede ser de dos tipos: convencional o judicial. "El *convencional* se constituye por el solo consentimiento de las personas que se disputan el objeto litigioso. El *judicial* se constituye por decreto del juez, y no ha menester otra prueba". Por tanto, una interpretación plausible es entender que desde la entrada en vigor del CPC el secuestro respecto de los bienes inmuebles es factible pero sólo tratándose del *secuestro convencional.* Respecto del judicial, rigen plenamente las disposiciones del CPC que ya sabemos no permiten el secuestro de los inmuebles en cuanto medida cautelar.

[795] *Obras completas...*, v. XI, ob. cit., p. 301.
[796] *Obras completas...*, v. XII, ob. cit., p. 571.
[797] DOMINGO DE MORATO, *El derecho civil...*, ob. cit., pp. 357 y 358.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Hasta aquí, es una interpretación que representa más bien un *caso fácil* en terminología de la teoría del derecho. Pero veamos una situación más difícil. Analicemos si es posible con auxilio de otras disposiciones del CC y del CPC solicitar el secuestro judicial de un inmueble. A este respecto pueden ser de utilidad los artículos 294 inc. 2º, que entrega una amplia facultad al tribunal y 298, a propósito de las medidas indeterminadas, ambos del CPC; y el artículo 902 del CC.

Creo que puede ayudar a este respecto el que volvamos a los efectos que produce el secuestro al amparo de la legislación nacional, que consisten en privar al deudor de la tenencia material del bien a fin de garantizar que este físicamente no lo oculte o destruya. ¿Cuál sería, entonces, la utilidad de secuestrar un bien raíz? Lógicamente no podría ser evitar que el deudor lo haga desaparecer porque ello es casi imposible respecto de estos bienes. Pero ¿qué ocurre con un eventual detrimento o menoscabo? No puede desconocerse que respecto de un inmueble, piénsese, por ejemplo, en una casa o en una finca dedicada al cultivo de frutas y hortalizas o en predios forestales, ganaderos, etc., sí pueden realizarse actos que quebranten considerablemente la propiedad, especialmente tratándose de los denominados inmuebles por destinación según los términos del art. 570 del CC. Y en relación con este peligro, ¿no podría observarse, acaso, que no es más útil que se decrete como medida cautelar el nombramiento de uno o más interventores?, ¿no fue esta la idea que tuvieron nuestros legisladores al redactar las disposiciones del CPC?, ¿no es más proporcional para el deudor que se decrete esta última medida que privarlo de la tenencia física de la propiedad con todos los perjuicios económicos que esto puede generar? Es muy probable que en la generalidad de las situaciones la respuesta a estas interrogantes sea afirmativa; pero téngase presente, en primer término, que el secuestro es la única medida cautelar de las enumeradas en el art. 290 del CPC que efectivamente priva de la tenencia física del bien al deudor. Cuando estudiemos las demás, particularmente la prohibición de celebrar actos y contratos, veremos que en ninguna de ellas el desapoderamiento físico es esencial para su constitución, y, en segundo lugar, el propio CPC autoriza al tribunal para que una vez ordenada la intervención judicial decrete "otras medidas más rigurosas". No diviso ningún elemento normativo que impida decretar entre estas *otras medidas más rigurosas*, si ello fuese necesario, el secuestro del inmueble, sobre todo si el deudor está desmantelando y consumiendo las instalaciones del mismo y el interventor se muestra más bien pusilánime, indiferente

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

o incapaz frente a esta actuación.[798] A la misma conclusión podría llegarse aplicando directamente el art. 902 del CC que permite al actor solicitar *las providencias que eviten todo deterioro del inmueble* (y no sólo la intervención), entre ellas por qué no el secuestro del bien, y el art. 298 del CPC que faculta al juez a adoptar cualquier medida cautelar no prevista expresamente por el legislador.[799]

2.2. *El interventor judicial*

2.2.1. Planteamiento

8.25. La intervención judicial es una medida cautelar por medio de la cual el juez, previa instancia del interesado, designa una o

[798] En una sentencia se ha resuelto que "si bien en virtud de lo dispuesto en los artículos 290 Nº 1º y 294 inciso 2º de este Código y artículos 2251 y 2252 del Código Civil, procede el secuestro de bienes raíces, ello es a condición de que, decretado el nombramiento de interventor, esta medida resulte ineficaz por abusos del demandado que denuncie el interventor". Gaceta de los Tribunales (1912), Nº 830, p. 1.175, citada bajo el número III en el Repertorio de legislación..., ob. cit., t. II, p. 38.

[799] Radicalmente en contra de esta posibilidad *vid.* ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 98-106. Quien sí acepta el secuestro sobre inmuebles aun cuando no señala argumentos es NAVARRETE, *Embargo...*, ob. cit., p. 31. "En efecto, el secuestro u ocupación de bienes inmuebles puede otorgarse en ciertos casos como medida cautelar de aseguramiento de bienes litigiosos (arts. 2250 y 2251 del Código Civil, y 290 y 291 del Código de Procedimiento Civil)". En el derecho español, SERRA observa que "aun cuando doctrinalmente resulte difícil concebir el secuestro de un bien inmueble, es lo cierto que el artículo 1786 del CC contempla expresamente la hipótesis al disponer que "el secuestro puede tener por objeto así los bienes muebles como los inmuebles". Creemos no obstante que el artículo sustantivo citado debe ponerse en relación con el art. 1428 LEC [que regulaba las medidas cautelares indeterminadas], que al limitar su alcance, tanto en lo que respecta al título justificativo del derecho, cuanto a su carácter necesario para asegurar la efectividad de la sentencia, lo deja prácticamente reducido a una administración judicial de la finca". *Las medidas cautelares...*, ob. cit., pp. 62 y 63. En el derecho argentino se ha observado que "[...] en cuanto a los inmuebles, se ha entendido que su secuestro deviene innecesario, ya que se logra idéntico efecto mediante la anotación del embargo y el nombramiento de interventor que, en el caso, desempeñe a su respecto alguna de las funciones del secuestratario de cosas muebles. Cabe mencionar, sin embargo, que en el art. 2856 y en la nota al art. 3157 del Cód. civil VÉLEZ SARSFIELD se refiere al secuestro de inmuebles. Por otra parte, no se advierte un impedimento a la medida por la naturaleza inmueble de una cosa, y aunque no resulta usual, nada impediría utilizar esta diligencia cuando sea necesario o conveniente sustituir la tenencia del deudor sobre el bien, exclusivamente para mantener el estado de conservación del mismo". VVAA, ARAZI (director), *Medidas...*, ob. cit., pp. 141 y 142.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

más personas que deben vigilar determinados bienes del deudor, debiendo, además, informar al tribunal y al solicitante de la medida de toda malversación o abuso que note en la administración de los mismos. La medida pudo perfectamente haberse denominado la intervención judicial de bienes litigiosos. En efecto, al analizar los distintos supuestos que hacen procedente esta medida veremos que en todos ellos se juega con la idea de una intervención respecto de algún bien en disputa.

Sin perjuicio de que sobre este tema profundizaré más adelante, debe aclararse que las facultades del interventor judicial al amparo de la legislación procesal civil chilena son limitadas. En ningún caso estamos en presencia de un administrador judicial. El interventor es simplemente una especie de veedor que carece de facultades de dirección o de gobierno respecto del manejo de los bienes intervenidos. Sus facultades se circunscriben a examinar libros y papeles y a dar cuenta de todo hecho que pudiere repercutir en la situación económica del bien intervenido. De allí que en la práctica judicial chilena esta medida suele ir acompañada de otra u otras medidas cautelares, por ejemplo, de la retención del bien o de la prohibición de celebrar actos y contratos sobre el mismo, que añaden el importante efecto de acotar jurídicamente la disponibilidad por parte del deudor.[800] Ya he argumentado que en caso de abusos por parte del poseedor podría, incluso, desapoderárselo físicamente del inmueble a través de la figura del secuestro judicial.

Gran parte de lo anterior encuentra su explicación en el origen histórico de esta regulación. En efecto, esta medida se remonta al *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil de 1875,* que en su art. 225 dispuso: "Para asegurar el resultado del juicio puede el demandado pedir: 2º El nombramiento de uno o más interventores".[801] Por su parte, el art. 228 de aquel proyecto señaló: "Hay lugar al nombramiento de interventor: 1º En el caso del inc. 2º del art. 902 del CC; 2º En el del que reclama una herencia ocupada por otro, si tuviere el justo motivo de temor que el citado inciso expresa; 3º En el del comunero o socio que demanda la cosa común o de la sociedad que no posee, o que pide cuentas al comunero o socio que administra; 4º. En los demás casos expresamente señalados por

[800] *Vid.*, por ejemplo, Gaceta Nº 106, 1989, pp. 42-45. También en RDJ, segunda parte, sec. 1ª, t. LXXXVI, 1989, pp. 17-21. Con todo, también veremos que los tribunales nacionales, precisamente por los limitados efectos que acarrea la intervención, en muchas ocasiones la prefieren a las otras medidas cautelares que suelen causar mayores perjuicios en el patrimonio del deudor.

[801] *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. 7.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

las leyes".[802] Finalmente, el art. 229 del aludido proyecto dispuso en el inc. 1º que "las facultades del interventor judicial se limitan a llevar cuenta de las entradas y gastos de los bienes a que se refiere la intervención";[803] agregando en el inc. 2º que "está además obligado a dar al interesado noticia de toda malversación o abuso de que notare en la administración de dichos bienes". Como vemos, muy parecido a la actual regulación.

La primera comisión o comisión revisora discutió los artículos relativos al nombramiento del interventor básicamente en la 3ª sesión (14 de mayo de 1875), aprobándolos sin modificación alguna, con excepción de una adición al inc. 2º del art. 229 en el sentido que el interventor también debía dar noticia sobre la malversación o abuso de los bienes administrados al tribunal.[804] La segunda comisión (1884-1889) sólo agregó una causal más en que era procedente esta medida,[805] y precisó las facultades entregadas al interventor. Ya sabemos que del trabajo de esta comisión no se hicieron actas o –en el mejor de los casos– ellas no fueron conservadas. Con todo, del análisis del *Proyecto de 1875* y del *Proyecto de 1889* podemos concluir que la regulación específica de la medida tuvo lugar en el primero

[802] Ídem, p. 8.

[803] Ídem, p. 8. Puesto en debate este artículo el comisionado Zegers notó que "esta materia ha sido siempre motivo de dudas y litigios. El interventor va a una propiedad o establecimiento ajeno, en que todo depende del dueño y en que, por lo general, todo concurre a hostilizar al primero. De aquí la necesidad de fijar con precisión las atribuciones del interventor: con los términos del artículo podría creerse que este no puede ver y vigilar los actos de la administración. Los comisionados Huneeus y Lira dicen que tales facultades se hallan implícitamente comprendidas en los términos de la disposición. Quien tiene derecho al fin, lo tiene a los medios necesarios para llegar a él: si el interventor ha de llevar cuentas; si ha de observar y noticiar los abusos y malversaciones que se cometan, como dice el artículo, es incuestionable que puede vigilar la administración y tomar los datos necesarios para ejercer su cometido". Conformes con estas ideas fue aprobado el inc. 1º, acordándose dejar constancia en el acta el alcance que según lo dispuesto se otorga a las facultades del interventor". "Actas de la comisión revisora...", ob. cit., p. 108.

[804] En el inc. 2º propuso el señor Alfonso que la noticia de las malversaciones o abusos pueda darse también al tribunal. "Habrá casos en que, por la distancia o por cualquiera otra eventualidad, no se pueda dar conocimiento oportuno al interesado. En tal situación la responsabilidad del interventor debe quedar a salvo por el hecho de comunicar lo que ocurre al tribunal, para que este pueda tomar las medidas convenientes". Fue aceptada la idea, debiendo en consecuencia agregarse las palabras "o al tribunal" después del interesado. "Actas de la comisión revisora...", ob. cit., p. 108.

[805] Una causal genérica en todo caso: "Siempre que hubiere 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".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de los proyectos mencionados. La comisión mixta, por su parte, sólo intercambió el orden de las dos últimas causales de procedencia de la medida. En definitiva, en esta materia el pensamiento de Lira fue determinante en la concepción que subyace a esta providencia. Y este pensamiento estaba condicionado por la legislación vigente en esa época. Si bien las distintas comisiones efectuaron algunas adiciones al articulado del proyecto de Lira, ellas en rigor no alteraron la idea que el autor tenía sobre esta medida cautelar y los contornos con los cuales la había diseñado en 1875. La influencia de la Novísima Recopilación es manifiesta. El libro XI, título XXV se denominaba *De los sequestros, y administración de bienes litigiosos.*[806] La coincidencia se aprecia en que ambas apuntan a una intervención judicial en la *administración de bienes litigiosos.* Cuando analicemos los casos que hacen procedente la intervención en el derecho procesal chileno, veremos que prácticamente todas las causales parten de la idea de resguardar la administración de un bien en litigio.

2.2.2. Presupuestos

8.26. Esta medida se encuentra contemplada en el artículo 290, Nº 2 del CPC, que a la letra dispone: "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: [...] 2ª. El nombramiento de uno o más interventores". Se prevé, como se aprecia, la posibilidad de solicitar la designación de un número plural de interventores, esto es, dependiendo de la mayor o menor gravedad del *periculum* que se quiera evitar es posible, incluso, que se designen dos o más interventores judiciales.

[806] Incluso el libro XI, título XXIV, que trataba *De los juicios y pleitos de tenuta,* en la ley VIII precisamente regulaba el incidente de administración durante la sustanciación del juicio principal, según auto acordado de 20 de junio de 1750. Obsérvese que los problemas en más de doscientos cincuenta años no han cambiado significativamente. "Teniendo presente lo dilatado y costoso de los pleytos de tenuta, ocasionado principalmente de la forma en que se substancian y determinan los artículos de administración, durante el juicio principal que introducen las partes, y deseando dar nuevas reglas con que se eviten aquellos perjuicios; mandamos, que en adelante se observen las siguientes: 1. El artículo de administración, que en los pleytos de tenuta se introduce por los litigantes, se substanciará en el término perentorio de cuarenta días, que han de correr desde el día, en que el que hubiere puesto la demanda presente en la Escribanía de Cámara del Consejo los despachos o provisiones de emplazamiento, con las notificaciones hechas a los interesados, sin que por ningún caso se suspenda ni prorrogue".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

El artículo 293 del CPC, por su parte, indica los casos que hacen procedente esta medida cautelar. Previene la aludida disposición: "Hay lugar al nombramiento de interventor: 1º. En el caso del inciso 2º del artículo 902 del Código Civil; 2º. En el del que reclama una herencia ocupada por otro, si hay el justo motivo de temor que el citado inciso expresa; 3º. En el del comunero o socio que demanda la cosa común, o que pide cuentas al comunero o socio que administra; 4º. 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; y 5º. En los demás casos expresamente señalados en las leyes".

8.27. Como se aprecia, cinco son los supuestos que hacen procedente esta medida cautelar; el primero previsto en el artículo 902 del CC, los tres siguientes en la propia disposición procesal, y el último mediante una remisión general a los demás casos que puedan contemplarse en las leyes. En relación con el peligro que esta medida pretende remediar, esto es, el concreto *periculum in mora* que hace procedente su aplicación veremos que si bien cada hipótesis –con excepción de la última que dependerá de la concreta regulación de la ley que regule su procedencia– discurre con uno propio, entre ellos existe una notable similitud. También veremos que una de las hipótesis, la prevista bajo el número 3, no exige ningún *periculum* como elemento normativo que deba acreditarse por el demandante.

8.28. a) El primer supuesto que hace procedente el nombramiento de interventor se encuentra regulado en el inc. 2º del artículo 902 del Código Civil: "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" (inc. 1º). "*Pero el actor tendrá derecho de provocar las providencias para evitar todo deterioro de la cosa, y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía*" (inc. 2º).

Por tanto, bajo esta primera hipótesis el legislador ha subordinado la emanación de esta medida cautelar a los siguientes requisitos: (i) En primer lugar, a la existencia de una concreta pretensión en que se demande el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble. Concentrémonos en la acción de dominio. La norma es diáfana en cuanto a que la demanda judicial no produce un cambio en la posesión del inmueble objeto de la reivindicación, el cual permanece en manos del poseedor del mismo; pero sí permite que

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

el actor *provoque las providencias para evitar el deterioro de la cosa,* entre ellas en lo que en este momento nos interesa, el nombramiento de uno o más interventores. Es decir, si bien el inmueble continúa bajo el dominio y administración de quien tiene la posesión física del mismo, el legislador no permanece impasible frente a la pretensión que se ha entablado y faculta al demandante para pedir el nombramiento de uno o más interventores, a efectos de prevenir que durante el transcurso del proceso el inmueble sufra algún detrimento o menoscabo. Frente a la nueva situación que enfrenta el demandado, el legislador no desconoce que este pueda intentar dañar o deteriorar el inmueble objeto de la acción judicial, o que busque afectar su normal explotación o producción.

Acciones mal intencionadas o negligentes del poseedor del bien raíz son fácilmente realizables, máxime si él conoce la veracidad de la pretensión entablada en su contra y es consciente de que en definitiva será condenado a restituir el inmueble. En esta hipótesis, el demandante, frente a la eventual ruina o mella del bien que se reivindica está facultado para instar esta concreta medida cautelar. Ahora bien, en este supuesto el legislador no ha limitado –como en el caso del secuestro– la procedencia de este instrumento procesal sólo al ejercicio de la acción de dominio, sino que también es posible su súplica cuando se pretenda el reconocimiento de otro derecho real sobre un inmueble, por ejemplo, el de usufructo, habitación, servidumbre o el de hipoteca. Así, si el usufructuario busca la reivindicación de su derecho de usufructo para que el poseedor sea condenado a restituirle el inmueble, y teme algún quebranto en el mismo o alguna deficiente o irregular explotación, puede requerir al tribunal la designación de un interventor judicial. Al igual que el caso del secuestro no es indispensable que la pretensión hubiese sido ya entablada. Ya sabemos que el art. 279 del CPC autoriza para pedir como prejudiciales las medidas cautelares contempladas en el art. 290, entre ellas, el nombramiento de uno o más interventores.

(ii) En segundo lugar, el nombramiento de uno o más interventores se produce en relación con la disputa judicial sobre un determinado bien raíz, esto es, respecto de un bien sobre el cual existe una controversia producto del ejercicio en contra del poseedor de una concreta pretensión, la de dominio o de otro derecho real según lo hemos explicado previamente. Sobre esta idea algo ya hemos adelantado. La intervención judicial en la configuración del art. 293 del CPC no está prevista, por regla general, respecto de una empresa o de una compañía en la cual el interventor sustituya al directorio o al gerente que tienen bajo su mando la administración

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de la entidad. Es mucho más concreta y acotada. Se reduce a los casos en que hay disputa sobre un bien y es en relación con este bien que el interventor puede desplegar sus facultades de veedor y de auxiliar de la labor del tribunal, dándole oportuna noticia de todo aquello que pueda afectar al bien raíz o menguar su producción.

(iii) En tercer lugar, debe tratarse de la reivindicación del dominio o de otro derecho real de una cosa *inmueble.* Los bienes inmuebles, fincas o bienes raíces son, de acuerdo con el art. 568 del CC, "las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios o los árboles". Este supuesto ha sido, precisamente, uno de los argumentos esgrimidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para limitar la procedencia del secuestro sólo a los bienes muebles (art. 291 del CPC en relación con el art. 901 del CC), ya que respecto de los bienes inmuebles el legislador contempló expresamente la figura del interventor judicial (art. 293 del CPC en relación con el art. 902 del CC).[807]

(iv) Finalmente, el concreto *periculum in mora* que hace procedente la medida en los términos del inc. 2º del art. 902 del CC es evitar *todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía.* Si bien lo vemos, estamos una vez más frente al típico *periculum* decimonónico. Se quiere evitar mientras se desarrolla el proceso que el poseedor haciendo (ab)uso de la ventaja que precisamente le otorga la posesión del inmueble lo deteriore, a través de actuaciones dolosas o negligentes de él o de sus dependientes. También queda comprendido en este *periculum* el eventual detrimento que puedan sufrir los bienes muebles y/o los animales anexos al inmueble (*vid.* arts. 566 y ss. del CC). Para lo anterior se exige como elemento normativo habilitador una de estas dos circunstancias: que exista *justo motivo* de temer el deterioro del bien o, que las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía. CLARO SOLAR al respecto observa que "el justo motivo de temer los deterioros de la heredad y de sus accesorios resultará de la conducta observada por el poseedor en su goce, del abandono de los cuidados que debe prestar para su

[807] *Vid.* CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil...*, tomo noveno, ob. cit., pp. 419-422. *Vid.*, asimismo, RDJ, t. I, segunda parte, sec. 2ª (1903), p. 582. Del mismo modo la Corte de Apelaciones de Valparaíso revocando un fallo de primera instancia señaló que "del contexto de estas disposiciones [cita los arts. 901 y 902 del CC y 281 y 283 del CPC (actuales 291 y 293, respectivamente)] se deduce claramente que no procede el secuestro judicial de los bienes raíces". Ídem, p. 167.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

conservación, de los abusos que cometa en el mismo goce, de su intención de enajenarlos, etc.".[808]

En el *Proyecto de 1853* del CC se señaló en el artículo 1048 que "si se demanda una cosa raíz o incorporal, el poseedor seguirá gozando de ella, hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada. Pero el actor tendrá derecho de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa y para que se secuestren los muebles pertenecientes a la heredad, no siendo los frutos ordinarios de ella, o los utensilios necesarios para su cultivo".[809] Como se ve, la norma originalmente reconocía el derecho del actor para solicitar las providencias necesarias como un derecho absoluto, esto es, bastaba la presentación de una demanda requiriéndose la reivindicación del inmueble sin que tuviese que acreditarse ningún otro elemento normativo. La disposición finalmente sancionada agregó como circunstancia necesaria el hecho de que *hubiere justo motivo de temerlo, o que las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía.*[810] En tales términos, el demandado puede oponerse al nombramiento del interventor (o mejor, pedir su alzamiento) si no existe el justo motivo de temor al que alude la disposición

[808] *Explicaciones...*, ob. cit., p. 421.

[809] *Obras completas...*, ob. cit., t. XII, p. 236.

[810] A diferencia de lo que vimos en cuanto al origen del art. 901 del CC, tratándose del art. 902 del CC esta parte no figura en el *Proyecto inédito*. En efecto, el art. 1048 de este proyecto, con algunas diferencias con su homónimo del *Proyecto de 1853*, y mucho más cercano a la redacción definitiva del art. 902 del CC, dispuso: "Si se demanda una cosa raíz o incorporal, el poseedor seguirá gozando de ella, hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada. Pero el actor tendrá derecho de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa, y de los muebles o semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación". *Obras completas...*, ob. cit., v. XIII, p. 230. El origen de este concreto *periculum* se encuentra, por tanto, en el segundo examen que se realizó al *Proyecto de 1853*. Ya hemos dicho que este proyecto fue objeto de una doble revisión. El primer estudio dio origen al *Proyecto inédito*, el segundo al *Proyecto de 1855* que fue presentado al Congreso Nacional. Con seguridad, en este segundo análisis BELLO adicionó el elemento que ahora comentamos. "En tal período [junio de 1853 y poco antes de octubre de 1855] el proyecto editado en 1853 recibió observaciones de los tribunales de justicia y fue sometido a dos exámenes completos de la Comisión y con seguridad a varios de Bello directamente, en su calidad de secretario. [...] Sobre la nueva versión total, integrada por los artículos no modificados del *Proyecto de 1853* y los artículos nuevos transcritos como se ha dicho, se operó una segunda revisión, que constituyó un nuevo proyecto completo, que se editó en cuatro volúmenes a fines de 1855 en Santiago, por lo cual lo conocemos como *Proyecto de 1855*. Él estaba destinado a ser presentado al Congreso Nacional". GUZMÁN, *La codificación...*, ob. cit., p. 367. El Congreso Nacional, por su parte, sancionó el *Proyecto de 1855* como Código Civil de la República de Chile, sin introducir ninguna modificación.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

transcrita y/o si sus facultades económicas ofrecen suficiente garantía. En otras palabras, el actor debe acreditar uno de estos dos supuestos para que la medida sea otorgada: el justo motivo por el cual peligra la propiedad, esto es, debe convencer al tribunal *prima facie* que bajo la tenencia física del inmueble el poseedor puede arruinar o averiar el bien raíz y/o los muebles anexos al mismo; o que las facultades económicas del demandado no ofrecen suficiente garantía (por ejemplo, porque son notorias las dificultades en el pago de sus deudas, porque ya no es sujeto de crédito, porque el número de protestos de documentos mercantiles ha crecido en los últimos meses, porque la situación patrimonial muestra un franco deterioro, porque ha dejado de pagar intereses, etc.) y que, por lo tanto, puede presumirse que intentará enajenar el bien que se reivindica y/o los muebles y animales comprendidos en la acción judicial. En estas circunstancias el juez debiera conceder la medida; en caso contrario, debiera rechazarla. Debe dejarse en claro que el *periculum* se conforma con cualquiera de las situaciones previstas. Es suficiente que el actor acredite una u otra. No es indispensable que justifique ambas conjuntamente. La redacción del precepto es nítida al respecto, utiliza la conjunción "o" para señalar que puede demostrarse el justo o motivo de temor, o que las facultades económicas del demandado no dan garantía suficiente.

8.29. b) La segunda situación que se contempla en el art. 293 del CPC, es respecto de aquel que reclama una herencia ocupada por otro, si hay el justo motivo de temor que el citado inciso expresa [inc. 2º del art. 902 del CC, el cual ya hemos considerado extensamente].

Como sabemos, el derecho de herencia da nacimiento a la denominada *acción de petición de herencia*, que tiene el heredero a quien pertenece la sucesión –por ley o por testamento– en contra del que la ocupa bajo esa misma calidad de sucesor, para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias (art. 891 en relación con el art. 1264 del CC). A diferencia de la acción reivindicatoria que tiene el dueño en contra del poseedor de una cosa singular, por la acción de petición de herencia se solicita el reconocimiento de la calidad de heredero de una determinada persona fallecida y, por tanto, tiene como objeto el conjunto de bienes y derechos que constituyen la sucesión, dirigiéndose por ello no en contra de uno o más poseedores de los bienes que la conforman, sino en contra de quien posea la herencia a título de heredero.

En estas circunstancias es fácil comprender que el poseedor de la herencia, quien al igual que en el caso de la reivindicación no ve

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

afectada su calidad de poseedor por la existencia de un proceso judicial, puede intentar enajenar o deteriorar las cosas hereditarias esté de buena o mala fe en su posesión, con lo cual es evidente el perjuicio que esta situación puede llevar al legítimo beneficiario. De allí que si este logra acreditar el justo motivo de detrimento o menoscabo de los bienes que conforman el patrimonio del causante, el tribunal debiera nombrar uno o más interventores que vigilen la actuación del poseedor y que den pronto aviso de toda actividad anormal de este último. Destaco que en este evento el *periculum* sólo se conforma a través del *justo motivo* de deterioro sin que la disposición hubiese hecho alusión a la segunda posibilidad contemplada en el inc. 2º del art. 902, esto es, que las garantías del poseedor no ofrezcan suficiente garantía de restitución. Lo anterior, en verdad, no se entiende ¿por qué si las facultades económicas del demandado no ofrecen garantía suficiente no puede el actor pedir el nombramiento de uno o más interventores y sí cuando reivindica una cosa singular?, ¿no es más necesario en este segundo caso que en el primero? La restricción no encuentra mayor justificación y sería deseable su ampliación a los dos supuestos que reglamenta la norma sustantiva.

8.30. c) La tercera situación que se prevé en el art. 293 del CPC, dice relación con el comunero o socio que demanda la cosa común o que pide cuentas al comunero o socio que administra.

Analicemos, en primer lugar, la situación del comunero que demanda la cosa común o que pide cuentas al comunero que administra. Como sabemos, nuestro CC regula en los arts. 2304 y ss. la figura de la comunidad bajo la forma de un cuasicontrato. Al efecto, dispone el art. 2304 que "la comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato". Por lo tanto, el primer elemento que debe analizarse a los efectos de ver la procedencia de esta medida cautelar es que la demanda o la petición de cuentas sea efectuada por alguien que tenga la condición de comunero, esto es, de propietario de una cosa universal o singular conjuntamente con otra u otras personas. En otras palabras, la demanda debe ser respecto de una cosa que esté indivisa, pues si ya se hubiere producido la división del haber común, no estaríamos frente a una comunidad sino simplemente frente a una cosa singular respecto de la cual no concurriría este primer elemento. Además, el sujeto pasivo de la acción debe ser precisamente el o los demás comuneros que están usando la cosa común, o el o los comuneros en quienes

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

recayó la administración de la comunidad. Esto es lógico ya que la cosa común sólo puede demandarse de los demás comuneros que tienen derecho al uso de la misma, o de quien detenta la administración de la comunidad. Si no concurre este primer elemento no es procedente el nombramiento de uno o más interventores, no al menos bajo el número en estudio.

El segundo elemento plantea una interrogante: ¿a qué situación se refiere el legislador al decir que hay lugar al nombramiento de uno o más interventores cuando el comunero demanda la cosa común?, ¿qué significa *demandar la cosa común*? ROJAS[811] argumenta que la disposición alude a la situación en la que los demás comuneros han desconocido el derecho que a todos les concede al art. 2081 Nº 2 del CC en relación con el art. 2305 del mismo Código. La situación, en su opinión, apunta a los casos en que no se ha conferido la administración de la cosa común a uno o más de los comuneros y, por tanto, cada uno puede usar la cosa perteneciente a la comunidad, siempre que la emplee según su destino natural y sin perjuicio del derecho de los demás comuneros. Esta explicación debe ser compartida, pero ¿es la única en la que puede demandarse la cosa común y que habilita el nombramiento de un interventor judicial? ROJAS responde afirmativamente esta pregunta: "El derecho que se reclama, entonces, es el de usar la cosa común".[812] Este criterio no debe compartirse. ¿Por qué habría de limitarse a esta única situación? No he encontrado mayores elementos que justifiquen esta restricción. Por ejemplo, ¿por qué no podría entenderse que también demanda la cosa común el comunero que decida reivindicar su cuota de dominio? El art. 892 del CC precisamente señala que "se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular". En esta situación el nombramiento de un interventor puede mostrarse muy útil y no necesariamente el comunero que acciona desea servirse de la cosa común.

Veamos, ahora, la situación del socio que demanda la cosa común o que pide cuentas al socio que administra. El art. 2053 del CC señala que "la sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados". Por lo tanto, el primer elemento que debe analizarse a efecto de ver la procedencia de esta medida cautelar es que la de-

811 *Las medidas...*, ob. cit., p. 125.
812 Ídem, p. 125.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

manda o la petición de cuentas sea efectuada por alguien que tenga la condición de socio, esto es, por quien haya suscrito un contrato de sociedad en los términos previstos en la legislación común y que mantenga dicho carácter al tiempo de solicitar la medida cautelar. En relación con el tipo de sociedad la norma procesal está pensando principalmente en las denominadas sociedades de personas, esto es, en la colectiva (arts. 2053 y ss. del CC) y en la de responsabilidad limitada (Ley Nº 3.918). El sujeto pasivo de la acción debe ser precisamente el o los demás socios que están usando la cosa común, o el o los socios en quienes recayó la administración de la sociedad. Estos son los socios que pueden ser demandados. De no concurrir este primer elemento no será procedente el nombramiento de uno o más interventores bajo el número en estudio.

Analicemos la primera situación, esto es, la del socio que demanda la cosa común. ROJAS observa que el socio demanda la cosa común cuando se desconoce por los demás socios el derecho que a cada uno de ellos otorga el artículo 2081 Nº 2 del Código Civil.[813] La aludida disposición señala a propósito de la administración de la sociedad colectiva que "no habiéndose conferido la administración a uno o más de los socios se entenderá que cada uno de ellos ha recibido de los otros el poder de administrar con las facultades expresadas en los artículos precedentes y sin perjuicio de las reglas que siguen: [...] 2ª Cada socio podrá servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber social, con tal que las emplee según su destino ordinario, y sin perjuicio de la sociedad y del justo uso de los otros". Por tanto, respecto de esta primera situación podrá solicitarse la designación de uno o más interventores cuando uno de los socios se sirva de la cosa común apartándola de su destino ordinario, cuando se prive o restrinja el uso de la cosa común a alguno de los socios, o cuando se afecte el uso que la sociedad debe tener del bien social.

Respecto de la segunda situación, esto es, del socio que pide cuentas al socio que administra, el artículo 2071 del Código Civil autoriza para que se confíe la administración de la sociedad colectiva a uno o más socios, y en tal caso, el art. 2080 de ese cuerpo legal señala que "el socio administrador es obligado a dar cuenta de su gestión en los períodos designados al efecto por el acto que le ha conferido la administración, y, a falta de esta designación, anualmente". Por tanto, en este caso procede la designación de un interventor judicial cada vez que, por ejemplo, el socio administrador no dé cuenta de

[813] *Las medidas...*, ob. cit., p. 125.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

su gestión en el período pactado para ello, o cuando alguno de los socios tema que se esté llevando una administración descuidada que sea lesiva de los derechos sociales y de los suyos como socio no administrador, o cuando hayan desaparecido documentos o libros sociales, y, en general, cada vez que un socio no administrador pida cuentas al que administra porque *prima facie* ha logrado acreditar una serie de anomalías en la administración de la sociedad.[814]

En cuanto al concreto *periculum in mora* que habilita el nombramiento de interventor en las dos situaciones analizadas, debemos tener presente que el legislador no contempló, a diferencia de los otros números del art. 293, ningún elemento normativo adicional. Es decir, existiendo una acción del comunero o socio que demanda la cosa común, o que pide cuentas al comunero o socio que administra y concurriendo los requisitos generales de procedencia de las medidas cautelares, en especial la existencia de comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama, el tribunal debe conceder la medida en estudio. ¿Cuál es el funda-

[814] La jurisprudencia argentina, a propósito de la figura del interventor judicial en materia de sociedades, ha señalado que procede su designación en los siguientes casos: ante la falta de presentación oportuna del balance respectivo; frente al evidente enfrentamiento personal de los dos socios agravado por el vínculo familiar; en caso de retraso de la inscripción de la sociedad; cuando se ha negado acceso al socio a la documentación societaria que se encuentra en poder de un tercero fuera del domicilio social; en la etapa de liquidación para resguardar los derechos del socio excluido; ante la ausencia del socio administrador conjunto de la sociedad colectiva; en el caso de que se niegue la existencia de la sociedad de hecho no corresponde la remoción del pretendido socio administrador sino la designación de un contralor que vigile la conservación del activo y la gestión del administrador; cuando de la compulsa de los libros de comercio de la sociedad resulta que habían sido alterados algunos y extraviados otros, para resguardar los derechos del socio excluido que vio restringido su derecho de ingresar al ente y controlar los libros sociales, cuando está acreditada la irregularidad en la contabilidad social. *Vid.* ARAZI (director), *Medidas...*, ob. cit., p. 197. Cada una de estas situaciones puede ser *mutatis mutandi* aplicable al caso de la regulación chilena, si bien podría objetarse que no todas encuadran en el numeral en estudio ellas sí pueden incorporarse en la regulación genérica del art. 293 Nº 4 del CPC, esto es, cuando haya temor de que los derechos del demandado puedan quedar burlados. Así, por ejemplo, los tribunales chilenos han resuelto que no procede la medida precautoria de intervención en la gestión sobre nombramiento de liquidador de una sociedad disuelta. "Teniendo presente que no se trata en autos de alguno de los casos contemplados en el artículo 283 [293 actual] del CPC en que proceda al nombramiento de interventor solicitado, sino de la liquidación de una sociedad disuelta por muerte de uno de los socios". Resolución citada por OTERO ESPINOSA, *Código de Procedimiento Civil*, ob. cit., p. 391. Comparto el criterio del tribunal en cuanto a que no proceda el nombramiento de interventor bajo el Nº 3 del art. 293, pero no veo inconveniente para que proceda bajo el Nº 4 del mismo artículo.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

mento de esta situación?, ¿por qué en este evento no hay ninguna exigencia adicional?, ¿qué es lo que hace a este caso diferente de los ya analizados? El legislador parte de la base que tratándose de una sociedad colectiva o de una comunidad, las relaciones que surgen entre sus integrantes son eminentemente personales y muy cercanas. Lo anterior no ocurre necesariamente en las demás hipótesis en las que el proceso judicial puede darse entre sujetos completamente extraños. En el caso de la sociedad y la comunidad al existir una estrecha relación entre sus integrantes el legislador no exige que se acredite algún concreto *periculum* para hacer procedente la medida, lo cual no deja de ser censurable toda vez que el elemento que siempre debiera habilitar la concesión de este tipo de medidas es un concreto peligro de daño a los intereses del acreedor.

8.31. d) La cuarta situación en la que es procedente el nombramiento de interventor en conformidad con el art. 293 del CPC, es 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.

Esta es una causal genérica que habilita al actor a solicitar y al tribunal a decretar la medida cautelar de nombramiento de interventor judicial. En la primera parte de este artículo aparece, una vez más, el típico *periculum* en el que pensaba el legislador del siglo XIX y que prácticamente es común a todo este tipo de medidas cautelares. Pero en la segunda parte de la disposición aparece un *periculum* amplísimo que al menos en teoría entrega una vasta facultad discrecional al juzgador. Ya hemos observado que esta hipótesis fue incorporada por la segunda comisión y de ella no tenemos mayores antecedentes. Al ser una causal genérica procede respecto de cualquier tipo de pretensión o proceso y no está limitada al ejercicio de una concreta acción real (como la de dominio). De allí que también proceda cuando se entablen acciones personales por medio de las cuales se busque el reconocimiento de algún derecho en la cosa sobre la que versa el juicio (entrega de la cosa comprada, arrendada, permutada, etc.).

La primera situación a la que hemos aludido, esto es, *que haya justo motivo de temer que se destruya o deteriore la cosa sobre que versa el juicio* no difiere sustancialmente de la analizada en la letra a) precedente cuyo desarrollo, en consecuencia, es plenamente aplicable con las siguientes observaciones: la disposición habla genéricamente de la cosa sobre la que versa el juicio y al menos en teoría no hay elemento para limitar esta causal sólo a los inmuebles como expresamente lo prevé el inc. 2º del art. 902 del CC, por lo que bajo esta hipótesis también podría solicitarse el nombramiento de un interventor judicial cuando la cosa sobre la que versa el juicio sea un bien mueble.[815] Como situación adicional en este número, no sólo se habla de un justo motivo de temer el *deterioro* de la cosa sino también de *destrucción* de la misma. No creo, en todo caso, que sea una diferencia relevante. El deterioro del bien habilita para pedir la intervención judicial, con mayor razón lo hará su destrucción. La destrucción de la cosa, esto es, su desolación, ruina, devastación o aniquilamiento lleva consigo también su deterioro. Según el Diccionario de la Lengua Española, destruir es deshacer, arruinar o asolar una cosa material (primer significado); o malgastar, malbaratar la hacienda (cuarto significado). El mismo diccionario nos dice que deteriorar es estropear, menoscabar, poner en inferior condición una cosa (primer significado).[816] En definitiva, no creo que exista alguna diferencia sustancial entre los dos supuestos que las normas contemplan separadamente.

La segunda situación en que se concreta el *periculum in mora* y que hace procedente esta medida cautelar es que exista *justo motivo de temer que los derechos del demandante puedan quedar burlados.* Causal amplia y genérica que no aparece en los otros números del art. 293 del CC. Ya sabemos que el inc. 2º del art. 902 del CC exige como elemento normativo para la procedencia de esta medida el que las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía. La causal ahora en análisis es más extensa que la consagrada en el aludido inc. 2º. En efecto, no se centra sólo en la situación patrimonial del sujeto demandado, sino que toma como punto de análisis los derechos del demandante, esto es, los derechos de quien ha entablado una acción judicial y respecto de esa concreta acción habilita la procedencia

[815] En una actuación de oficio la Corte Suprema, con motivo de sendas apelaciones de dos recursos de queja, señaló que "[...] Y dentro de este criterio imparcial respecto al derecho de demandantes y demandados, faltó el juez de letras al decretar el depósito o retención de las mercancías que constituían el giro ordinario del comerciante Schiavetti, paralizando o entorpeciendo innecesariamente la marcha de su negocio, y exponiéndolo, además, a las pérdidas provenientes de los cambios de precios de las mercaderías retenidas o a su menoscabo o deterioro por el mero transcurso del tiempo; todo lo cual se habría podido evitar con el nombramiento de un interventor en la casa de comercio de Schiavetti [...]". RDJ, segunda parte, sec. 1ª, t. XVII (1919), p. 159. El fallo lo cito simplemente como un ejemplo de la utilidad que puede tener el nombramiento de un interventor cuando se discute sobre las mercancías objeto de un contrato de compraventa entre dos compañías. El caso referido es, en todo caso, mucho más complejo que lo aquí expuesto.

[816] Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de esta medida. Así, por ejemplo, si se demanda la separación de bienes y la mujer tiene un justo motivo de preocupación de que sus derechos puedan ser burlados por la administración que está llevando adelante su cónyuge, aun cuando esta no sea fraudulenta o de mala fe, y logra acreditar esta circunstancia *prima facie*, el tribunal debiera acceder al nombramiento de un interventor. Lo mismo –repito– respecto de cualquier otro proceso o pretensión en que el actor tema que sus derechos puedan verse burlados.

Al respecto, en un proceso en el que un banco comercial demandó el pago de un crédito por un mutuo que había concedido a una cadena de supermercados, se designó precisamente un interventor judicial para resguardar los derechos del acreedor:

> Que, habiéndose designado un interventor a desempeñarse en las bodegas de propiedad de la Sociedad [...], quien se encuentra en funciones, para supervigilar y asegurar la explotación regular de dichos establecimientos, en cuanto a la renovación de stocks de mercancías no perecibles, objeto de la medida precautoria ya concedida, debiendo el interventor conforme lo previene el artículo 295 del Código de Procedimiento Civil cumplir con la obligación de dar cuenta al tribunal de toda malversación o abuso que notase en la administración de los bienes sujetos a intervención, que signifiquen burla de los derechos del acreedor [...].[817]

En definitiva, no hay más límites al respecto que la propia realidad de cada proceso y, por cierto, la que derive del material probatorio que logre aportar el actor junto con su solicitud. Desde un punto de vista de técnica legislativa lo más recomendable sería señalar los casos que hacen procedente esta medida y al final establecer una causal genérica que habilite la concesión de todos ellos. La regulación nacional no hace sino mostrar los distintos criterios que tuvieron los legisladores que intervinieron en la redacción de este artículo. Los tres primeros numerales corresponden a la idea que LIRA tenía de esta figura jurídica; el cuarto, por el contrario, se relaciona con la idea que los comisionados de 1889 tenían sobre ella. Lo anterior hace aparecer a este cuarto elemento sin conexión lógica con los demás. Incluso esta última causal debió ser la genérica que hubiese habilitado a todas las demás situaciones en que se prevé el nombramiento de uno o más interventores, incluyendo, por cierto, el caso del comunero o socio.

8.32. e) Finalmente, el art. 293 del CPC en su número cinco efectúa una remisión genérica a las demás situaciones señaladas por las leyes

[817] *Fallos*, Nº 412 (1993), p. 29.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

que hacen procedente esta medida cautelar. Entre estos "demás" casos tenemos los siguientes:

8.33. Juicio ejecutivo. Dentro del propio CPC a propósito del juicio ejecutivo por obligación de dar y referente al embargo de empresas o establecimientos de comercio, el art. 444 inc. 1º dispone: "Si la ejecución recae sobre una empresa o establecimiento mercantil o industrial, o sobre cosa o conjunto de cosas que sean complemento indispensable para su explotación, podrá el juez, atendidas las circunstancias y la cuantía del crédito, ordenar que el embargo se haga efectivo, o en los bienes designados por el acreedor, o en otros bienes del deudor, o en la totalidad de la industria misma, o en las utilidades que esta produzca, o en parte de cualquiera de ellas". Agregando en el inc. 2º que "Embargada la industria o las utilidades, el depositario que se nombre tendrá las facultades y deberes de interventor judicial; y para ejercer las que correspondan al cargo de depositario, procederá en todo caso con autorización del juez de la causa".

Como sabemos, decretado el embargo en el juicio ejecutivo este se tiene por cumplido mediante la entrega real o simbólica de los bienes al depositario que se designe. El depósito del bien es una de las formas de garantizar la traba del embargo. Ahora bien, en este caso particular el depositario que se designe tendrá las facultades y deberes de un interventor judicial. El origen de esta disposición (art. 466 en su numeración primitiva, con sólo dos incisos) se encuentra en la comisión mixta. En efecto, en la sesión Nº 25, de 29 de noviembre de 1901, el comisionado Ballesteros a propósito de la discusión del art. 465 sugirió ampliar el número de bienes inembargables contenidos en el art. 1618 del Código Civil, proponiendo que se redactase un artículo a continuación del 465 en los términos que allí expuso.[818] La comisión aceptó en general la idea presentada pero resolvió dejarla para nueva discusión. Esta continuó en la sesión Nº 26, el 3 de diciembre de 1901, sin que se hubiere alcanzado algún

[818] *Actas de la comisión mixta...*, ob. cit., pp. 175-177. La disposición propuesta fue la siguiente: "Art... No son embargables los bienes que las leyes prohíben embargar, ni los sueldos, gratificaciones y pensiones que paguen el Estado o las municipalidades. Tampoco lo son los bienes destinados al servicio público, como ferrocarriles, empresas de gas o de agua potable: pero lo son las rentas líquidas que produzcan. *El acreedor podrá pedir el nombramiento de un interventor que lleve cuenta detallada de las entradas y gastos, y que haga depositar en un banco y a la orden judicial, los fondos sobrantes al fin de cada mes.* Esta diligencia producirá los mismos efectos que el embargo" (el destacado es nuestro).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

acuerdo al respecto.[819] Finalmente, en la sesión Nº 27, de fecha 6 de diciembre de 1901, la comisión se ocupó nuevamente de la reforma propuesta por el señor Ballesteros, en orden a la inembargabilidad de sueldos, pensiones y de las empresas destinadas al servicio público. Hubo otra indicación en orden a ampliar la reforma propuesta a otras materias. A propósito de esta segunda indicación de inmediato se estudió por la comisión "la forma en que puede hacerse el embargo de las empresas industriales o mercantiles; como las imprentas, por ejemplo, las panaderías, establecimientos de aprensar pasto, o de carruajes de servicio público, hoteles, compañías de teatro, etc. Se acordó a este respecto agregar a continuación del [artículo] 465 el siguiente artículo propuesto por el señor Urrutia: "Art... [inc. 1º]. Si la ejecución recayere sobre una empresa o establecimiento mercantil o industrial, o sobre cosa o conjunto de cosas que sean complemento indispensable para su explotación, podrá el juez, atendidas las circunstancias y la cuantía del crédito, ordenar que el embargo se haga efectivo, o en los bienes designados por el acreedor, o en otros bienes del deudor, o en la totalidad de la industria misma, o en las utilidades que esta produjere, o en parte cualquiera de ellas [inc. 2º]. Embargada la industria o las utilidades, el depositario que se nombre tendrá las facultades y deberes de interventor judicial, y para ejercer las que correspondan al cargo de depositario, procederá en todo caso con autorización del juez de la causa".[820]

La finalidad de esta disposición aparece en la justificación que de ella dieron los comisionados: "El artículo adoptado evita inútiles perjuicios a las empresas referidas sin menoscabo de los derechos del acreedor que, en conformidad a él, puede embargar todos o

[819] *Actas de la comisión mixta...*, ob. cit., pp. 190 y 191. El señor Valdés aceptó en general la idea de legislar, pero estimó que "entre los servicios públicos pueden comprenderse muchos que sin duda, no se ha querido declarar inembargables. Los teatros, las empresas industriales destinadas a la confección de artículos de primera necesidad, etc., están destinados al servicio público y sin embargo no se ha pretendido tal vez incluirlas en el caso de excepción que consigna la indicación en estudio. Juzga, por lo tanto, definir lo que se entiende por servicios públicos para los efectos de este artículo o enumerar taxativamente los que deben estimarse comprendidos en sus disposiciones [...]. El señor Urrutia cree que, tratándose de empresas industriales, el embargo no puede comprender las máquinas y útiles aislados sino la empresa misma para hacerse pago con sus rentas. El señor presidente observa que hay empresas industriales destinadas al servicio público, como las de carruajes, por ejemplo, en que sería preferible el embargo de un coche al de las rentas de la empresa misma. Estima que sería ventaja en estudiar una nueva disposición que consultara las opiniones que se dejan apuntadas". Ídem, pp. 190 y 191.

[820] *Actas de la comisión mixta...*, ob. cit., pp. 199 y 200.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

parte de los bienes del deudor dejando sólo al juez de la causa la facultad de fijar los que deben ser objeto de la traba, pero tomando siempre en cuenta las circunstancias y la cuantía del crédito para no inferir tampoco un perjuicio al acreedor. En cuanto al depositario si se trata de una empresa o de las rentas que produzca, se le exige como garantía que proceda en el ejercicio de las funciones propias de su puesto, con expresa autorización judicial, y se le dan al mismo tiempo las facultades que correspondan a un interventor".[821]

La figura del interventor surge a propósito del inciso segundo del art. 444 que contempla la situación del embargo de un establecimiento industrial o de las utilidades que este produzca. Como sabemos, la administración de los bienes embargados corresponde al depositario (art. 479 del CPC). Pero en este caso el legislador permite el embargo de todo un establecimiento industrial y no de un simple inmueble, por lo que en principio no es fácil establecer cuáles son las facultades que el depositario puede desarrollar como administrador de dicho establecimiento. Aquí es donde la figura del interventor adquiere relevancia. Debemos entender que en este caso la empresa continúa bajo la administración del ejecutado y, por tanto, seguirá con sus actividades comerciales, industriales, fabriles, etc., evitando de esta manera "inútiles perjuicios a las empresas referidas", pero bajo la supervisión del depositario, quien en esta materia desplegará las facultades que el art. 294 entrega al interventor judicial; entre otras, llevar cuenta de las entradas y gastos del ejecutado, revisar sus papeles, libros de contabilidad, informar al ejecutante de las utilidades que el negocio esté produciendo y retenerlas en el caso de que el embargo haya recaído sobre ellas. La escasa jurisprudencia sobre este particular ha señalado que "si se embarga una finca, el depositario que se nombre deberá tener el carácter de interventor respecto de la industria proveniente de la explotación proveniente de su viña, por cuanto ella no puede paralizarse".[822] Como vemos, los tribunales también han entendido

[821] Ídem, p. 200. Si bien no hay antecedentes en la discusión parlamentaria que nos permitan conocer con exactitud las fuentes que el comisionado Urrutia tomó para la redacción del artículo que propuso, algún parecido tiene la disposición con el art. 1419 de la LEC de 1881, que disponía al efecto: "El que, presentando los documentos justificativos de su derecho demandare en juicio la propiedad de minas, la de montes cuya principal riqueza consista en arbolado, la de plantaciones o de establecimientos industriales y fabriles, podrá pedir que se intervenga judicialmente la administración de las cosas litigiosas".

[822] Gaceta de los Tribunales (1932), Nº 120, p. 466, citada bajo el número 1 en el *Repertorio de Legislación...*, ob. cit., t. III, p. 78.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

que la actividad de la industria, empresa o establecimiento mercantil no puede detenerse por el embargo que le afecta, pues la paralización de sus faenas sí puede producir enormes menoscabos al ejecutado (probablemente también al ejecutante), y por ello resuelven que el depositario que se nombre tendrá las facultades propias del interventor judicial. Debemos observar, finalmente, que técnicamente la figura del depositario-interventor no es una medida cautelar, por lo que no cabe a su respecto exigir el *fumus*, el *periculum* o la caución de resultas. Simplemente estamos en presencia de un embargo ejecutivo en el cual el ejecutante presenta un título indubitado que habilita el que se despache mandamiento de ejecución y embargo. Lo que ocurre es que por la especial característica que reviste el bien embargado se le entregan al depositario las facultades propias del interventor judicial, y es en relación con estas facultades que hay una remisión a las que se contienen en el art. 294 del CPC. [823]

8.34. Ley 20.720 sobre reorganización y liquidación de empresas y personas. Una segunda situación en la que aparece la figura del interventor judicial la encontramos en materia concursal de conformidad con la regulación prevista en la Ley Nº 20.720, sobre reorganización y liquidación de empreas y personas. Esta ley, como se sabe, derogó la anterior normativa sobre quiebras prevista en la Ley Nº 18.175. Se recordará que bajo este último ordenamiento había dos situaciones genéricas en las que se acudía a la figura del interventor judicial. La primera era a propósito de lo que la referida ley denominaba *Del Convenio*. La segunda era en relación con determinados bienes del fallido que no quedaban comprendidos en la declaración de quiebra. En la primera situación la antigua Ley de Quiebras regulaba dos tipos de convenios: el judicial, por un lado, y el extrajudicial, por el otro. El primero podía, por su parte, ser preventivo o simplemente judicial. La proposición del convenio judicial preventivo debía hacerla el deudor ante el tribunal correspondiente acompañando todos los antecedentes que exigía la ley. Una vez presentada la proposición el tribunal disponía, entre otras cosas, que el deudor quedara sujeto a la intervención de un síndico de quiebras. En caso de aprobarse este convenio por la junta de acreedores –lo que evitaba la declaración de quiebra– el síndico debía aceptar la designación y asumir de

[823] Habría que ver, en todo caso, la viabilidad de esta figura de acuerdo con la nueva normativa que rige en materia concursal en el país luego de la publicación de la Ley Nº 20.720 –9 de enero de 2014–, en vigor desde el 10 de octubre de 2014.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

inmediato las funciones de interventor judicial. Una vez aprobado el convenio simplemente judicial –que permitía alzar la quiebra– el deudor quedaba sujeto a la intervención del síndico hasta el cumplimiento íntegro del convenio.

Pues bien, la nueva normativa concursal "eliminó la diferente denominación entre el convenio preventivo y el simplemente judicial que se arrastraba desde la Ley Nº 4.558. Hoy los convenios, sean preventivos o resolutorios, se denominan acuerdos de reorganización judicial. El acuerdo en tanto acto jurídico es siempre el mismo, las diferencias entre uno y otro son solo procedimentales". [824]

Enfocándonos en el denominado *procedimiento concursal de reorganización* debemos tener presente que él se encuentra previsto en el capítulo III, arts. 54 y ss. de la Ley Nº 20.720. [825] Este procedimiento solo se aplica a la empresa deudora según lo dispone el art. 54 de la ley: "El Procedimiento Concursal de Reorganización Judicial será aplicable sólo a la Empresa Deudora, que para efectos de este capítulo se denominará indistintamente Empresa Deudora o Deudor". [826]

Este procedimiento se inicia mediante una solicitud que hace el deudor ante el tribunal competente (art. 54 inc. 2º). En opinión de PUGA la ley ha hecho bien en denominar a esta presentación con la palabra "solicitud" y no demanda "para dejar en evidencia de que este acto procesal da comienzo a un procedimiento judicial no contencioso". [827] Una copia de esta solictud, con el sello del tribunal, se debe entregar a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, a efectos de que esta proceda a la nominación

[824] PUGA, JUAN ESTEBAN, *El acuerdo de reorganización*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed., Santiago, 2014 (reimpresión 2015), p. 181.

[825] Téngase presente, en todo caso, que las normas que veremos sobre el interventor también se aplican al denominado acuerdo de reorganización extrajudicial o simplificado, según lo señala el art. 106 de la Ley Nº 20.720: "Normas aplicables. Serán aplicables al Acuerdo Simplificado, cuando corresponda y siempre que no contravengan lo dispuesto en el presente Párrafo, los Títulos 1 y 2 de este Capítulo, en lo relativo a los acuerdos por clases o categorías de acreedores, determinación del pasivo, propuestas alternativas, diferencias entre acreedores de igual clase o categoría, condonación o remisión de créditos, constitución de garantías, cláusulas de arbitraje, *nombramiento del interventor* y designación de la Comisión de Acreedores". (Énfasis añadido).

[826] De acuerdo con el art. 2 Nº 13 de la Ley Nº 20.720 Empresa Deudora es "Toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2) del artículo 42 del decreto Ley Nº 824, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta.

[827] PUGA, JUAN ESTEBAN, *El acuerdo de reorganización*, ob. cit., p. 194.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

de un veedor titular y de otro suplente.[828] Una vez que el veedor titular acepta el cargo la referida Superintendencia emite el certificado de nominación del veedor, que se debe remitir al juez competente para que este designe al veedor (art. 55 en relación con el 22). En paralelo a estos trámites el deudor debe acompañar al tribunal una serie de antecedentes que dan cuenta de su situación patrimonial[829] (art. 56). Estos antecedentes son los que debe sopesar el tribunal a efectos de proceder a nombrar al veedor titular y suplente. En este punto el art. 57 de la ley señala lo siguiente:

> "Dentro del quinto día de efectuada la presentación señalada en el artículo anterior, el tribunal competente dictará una resolución designando a los veedores titular y suplente nominados en la forma establecida en el artículo 22. En la misma resolución dispondrá lo siguiente: 1) Que durante el plazo de treinta días contado desde la notificación de esta resolución, prorrogable de conformidad a lo dispuesto en el artículo 58, el Deudor gozará de una Protección Financiera Concursal en virtud de la cual: a) No podrá declararse ni iniciarse en contra del Deudor un Procedimiento Concursal de Liquidación, ni podrán iniciarse en su contra juicios ejecutivos, ejecuciones de cualquier clase o restituciones en juicios de arrendamiento. Lo anterior no se aplicará a los juicios laborales sobre obligaciones que gocen de preferencia de primera clase, suspendiéndose en este caso sólo la ejecución y realización de bienes del Deudor, salvo que se trate de juicios laborales de este tipo que el Deudor tuviere en tal carácter a favor de su cónyuge, de sus parientes, o de los gerentes, administradores, apoderados con poder general de administración u otras personas que tengan injerencia en la administración de sus negocios. Para estos efectos, se entenderá por parientes del Deudor o de sus representantes legales los ascendientes, descendientes, y los colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y afinidad, inclusive. b) Se suspenderá la tramitación de los procedimientos señalados en la letra a) precedente y los plazos de prescripción extintiva. c) Todos los contratos suscritos por el Deudor mantendrán su vigencia y condiciones de pago. En consecuencia, no podrán terminarse anticipadamente en forma unilateral, exigirse anticipadamente su cumplimiento o hacerse efectivas las garantías contratadas, invocando como causal el inicio de un Procedimiento Concursal de Reorganización. El crédito del acreedor que contraviniere esta prohibición quedará pospuesto hasta que se pague a la totalidad de los acreedores a quienes les afectare el Acuerdo de Reorganización Judicial, incluidos los acreedores Personas Relacionadas del Deudor. Para hacer efectiva la postergación señalada en el inciso anterior, deberá solicitarse su declaración en forma incidental ante el tribunal que conoce del Procedimiento Concursal de Reorganización. d) Si el Deudor formare parte de algún registro público como contratista o prestador de cualquier servicio, y siempre que se encuentre al día en sus obligaciones contractuales con el respectivo mandante, no podrá ser eliminado ni se le privará de participar en procesos de licitación fundado en el inicio de un Procedimiento Concursal de Reorganización. Si la entidad pública lo elimina de sus registros o discrimina su participación, fundado en la apertura de un Procedimiento Concursal de Reorganización, a pesar de encontrarse al día en sus obligaciones con el respectivo mandante, deberá indemnizar los perjuicios que dicha discriminación o eliminación le provoquen al Deudor. [...]".

Como se aprecia la resolución judicial que designa al veedor titular y al suplente –denominada resolución de reorganización– produce importantes efectos sustantivos y procesales. En lo inmediato, entrega al deudor una protección financiera concursal que para él es un importante alivio económico temporal.[830] Durante treinta días

[828] De acuerdo con la nueva normativa concursal el veedor es la persona natural sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, cuya misión principal es propiciar los acuerdos entre el deudor y sus acreedores, facilitar la proposición de acuerdos de reorganización judicial y resguardar los intereses de los acreedores (art. 2 Nº 40).

[829] Dispone al efecto el art. 56 de la ley en estudio: "Antecedentes que deberá acompañar el Deudor. Aceptada la nominación por el Veedor titular y suplente, la Superintendencia remitirá al tribunal competente el Certificado de Nominación correspondiente. Paralelamente, el Deudor acompañará lo siguiente: 1) Relación de todos sus bienes, con expresión de su avalúo comercial, del lugar en que se encuentren y de los gravámenes que los afecten. Deberá señalar, además, cuáles de estos bienes tienen la calidad de esenciales para el giro de la Empresa Deudora; 2) Relación de todos aquellos bienes de terceros constituidos en garantía en favor del Deudor. Deberá señalar, además, cuáles de estos bienes tienen la calidad de esenciales para el giro de la Empresa Deudora; 3) Relación de todos aquellos bienes que se encuentren en poder del Deudor en una calidad distinta a la de dueño; 4) El certificado a que hace referencia el artículo 55, para la determinación del pasivo afecto a los Acuerdos de Reorganización Judicial. El pasivo que se establezca en este certificado deberá considerar el estado de deudas del Deudor, con una fecha de cierre no superior a cuarenta y cinco días anteriores a esta presentación, con indicación expresa de los créditos que se encuentren garantizados con prenda o hipoteca y el avalúo comercial de los bienes sobre los que recaen las garantías. Este certificado servirá de base para determinar todos los quórum de acreedores que se necesiten en la adopción de cualquier acuerdo, hasta que se confeccione la nómina de créditos reconocidos, conforme al procedimiento establecido en el Párrafo 2 del Título 1 del Capítulo III de esta ley, con sus respectivas ampliaciones o modificaciones, si existieren, y 5) Si el Deudor llevare contabilidad completa, presentará el balance correspondiente a su último ejercicio y un balance provisorio que contenga la información financiera y contable, con una fecha de cierre no superior a cuarenta y cinco días anteriores a esta presentación. Si se tratare de una persona jurídica, los documentos referidos serán firmados por sus representantes legales".

[830] En opinión de PUGA "la denominación de este fenómeno como "protección financiera concursal" es impropia, porque nada tiene de financiera esta protección. Esencialmente la protección es contra medidas de agresión del patrimonio del deudor, sea por acciones ejecutivas individuales o colectivas o medidas de apremio o realización de bienes y en general acciones que embaracen la posibilidad de reorganizar la empresa deudora" –v. gr., juicios de arrendamientos–. Sus efectos son análogos al del anterior art 177 bis de la Ley Nº 18.175, pero con el gran añadido de que durante ese período los proveedores de bienes, servicio o numerario

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

la ley le otorga una serie de beneficios, por ejemplo, no puede iniciarse en su contra un proceso concursal de liquidación, ni pueden dirigirse en su contra juicios ejecutivos, ni ejecuciones de cualquier clase, según la enumeración precedente. De este modo, el deudor, por intermedio del veedor, podrá concentrar sus esfuerzos a fin de lograr que los acreedores aprueben la reorganización propuesta. El plazo de treinta días parece, en todo caso, muy breve.[831]

Ahora bien, junto con esta protección el art. 57 en su número 2º añade que en la misma resolución en que el juez designa a los veedores titular y suplente, es decir, en la resolución de reorganización, dispondrá que se apliquen al deudor "las siguientes medidas cautelares y de restricción:

> a) *Quedará sujeto a la intervención del Veedor titular designado en la misma resolución, el que tendrá los deberes contenidos en el artículo 25;* b) No podrá gravar o enajenar sus bienes, salvo aquellos cuya enajenación o venta sea propia de su giro o que resulten estrictamente necesarios para el normal desenvolvimiento de su actividad; y respecto de los demás bienes o activos, se estará a lo previsto en el artículo 74, y c) Tratándose de personas jurídicas, estas no podrán modificar sus pactos, estatutos sociales o régimen de poderes. La inscripción de cualquier transferencia de acciones de la Empresa Deudora en los registros sociales pertinentes requerirá la autorización del Veedor, que la extenderá en la medida que ella no altere o afecte los derechos de los acreedores. Lo anterior no regirá respecto de las sociedades anónimas abiertas que hagan oferta pública de sus valores". (Énfasis añadido).

Como se puede ver, por un lado, la ley concede una protección temporal al deudor a efectos de que el proceso de reorganización tenga las mayores posibilidades de tener éxito, pero, por el otro, la ley toma algunas precauciones de tal manera de evitar que el deudor que se encuentra en una situación delicada vaya a tomar, durante el período de resguardo que le entrega la ley, decisiones que puedan agravar su situación financiera y, de este modo, empeorar la posición de sus acreedores. El legislador, por lo tanto, lo somete a la intervención del veedor titular y a otras medidas precautorias que se indican en el referido numeral 2º.

pueden ser beneficiados por una preferencia legal de pago por los créditos que anticipen durante su vigencia. Tal vez por este efecto secundario es que se le agregó el adjetivo "financiera" a esta protección concursal". *El acuerdo de reorganización,* ob. cit., pp. 233 y 234.

831 La posibilidad de extender este plazo está sujeta a la condición de que el deudor cuente con el apoyo de un número plural de acreedores que representen un determinado porcentaje del total del pasivo. Véase art. 58 de la Ley Nº 20.720.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

En relación con las facultades del interventor el art. 25 de la Ley Nº 20.720 señala que el veedor en el ejercicio de sus funciones deberá especialmente: "[...] 1) Imponerse de los libros, documentos y operaciones del Deudor. 2) Incorporar y publicar en el Boletín Concursal copia de todos los antecedentes y resoluciones que esta ley le ordene. 3) Realizar las inscripciones y notificaciones que disponga la Resolución de Reorganización. 4) Realizar las labores de fiscalización y valorización que se le imponen en los artículos 72 y siguientes, referidas a la continuidad del suministro, a la venta necesaria de activos y a la obtención de nuevos recursos. 5) Arbitrar las medidas necesarias en el procedimiento de determinación del pasivo establecido en los artículos 70 y 71. 6) Realizar la calificación de los poderes para comparecer en las Juntas de Acreedores e informar al tribunal competente sobre la legalidad de estos, cuando corresponda. 7) Impetrar las medidas precautorias y de conservación de los activos del Deudor que sean necesarias para resguardar los intereses de los acreedores, sin perjuicio de los acuerdos que estos puedan adoptar. 8) Dar cuenta al tribunal competente y a la Superintendencia de cualquier acto o conducta del Deudor que signifique una administración negligente o dolosa de sus negocios y, con la autorización de dicho tribunal, adoptar las medidas necesarias para mantener la integridad de los activos, cuando corresponda. 9) Rendir mensualmente cuenta de su actuación y de los negocios del Deudor a la Superintendencia, y presentar las observaciones que le merezca la administración de aquel. Esta cuenta será enviada, además, por correo electrónico a cada uno de los acreedores. 10) Ejecutar todos los actos que le encomiende esta ley".

Cuando analicemos las facultades que la legislación procesal civil ha entregado al interventor podremos ver que ellas son más limitadas que las que la legislación concursal proporciona el veedor-interventor. En términos positivos las facultades que este último puede desempeñar en resguardo de los intereses de los acreedores son más completas que las que tiene el interventor en el CPC. En la normativa concursal, incluso, el veedor puede impetrar las medidas precautorias y de conservación de los activos del deudor que sean necesarias para resguardar los intereses de los acreedores. En este caso el veedor no solo vigila y da cuenta al tribunal de lo que ocurre en el patrimonio de la empresa deudora, sino que desarrolla un papel activo en el resguardo de los intereses de los acreedores del deudor.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

Ahora bien, en caso de que el procedimiento de reoganización llegue a buen puerto y se logre el Acuerdo[832] entre el deudor y sus acreedores (o la mayoría de estos), la Ley Nº 20.720 dispone en el art. 69 que "El Acuerdo de Reorganización Judicial deberá estipular el nombramiento de un interventor por al menos un año contado desde el Acuerdo, el que recaerá en un Veedor vigente de la Nómina de Veedores. El interventor nombrado tendrá las atribuciones, deberes y remuneración que el mismo Acuerdo señale. Si ellas no se especifican, se entenderá que tendrá las señaladas en el artículo 294 del Código de Procedimiento Civil. El Veedor tendrá la obligación de poner en conocimiento, de forma fundada, el incumplimiento del Acuerdo a la Superintendencia y a los acreedores que les afecte, mediante notificación por Correo Electrónico. Sin perjuicio de lo anterior, en el Acuerdo de Reorganización Judicial podrá designarse a una Comisión de Acreedores para supervigilar el cumplimiento de sus estipulaciones, con las atribuciones, deberes y remuneración que, en su caso, señale el Acuerdo".

Refiere PUGA que la Ley Nº 20.720 "ha constituido la intervención del convenio en un elemento de la esencia del mismo".[833] Claro que para el referido autor esta intervención tiene la naturaleza de un mandato privado, en que los mandantes son el deudor y los acreedores.[834] La figura del interventor se prevé, como se aprecia, tanto en el procedimiento de reorganización concursal, como en el Acuerdo que se hubiere alcanzado para reestructurar los activos y pasivos de la empresa deudora. La diferencia entre ellos se produce en el nombramiento de uno y otro; en el tiempo por el cual son nombrados; y en las facultades de que están revestidos. Tratándose del interventor nominado durante el procedimiento de reorganización él lo es en la misma sentencia que designó al veedor oficial y al suplente *(resolución de reorganización);* por el tiempo de treinta días que dura la protección financiera concursal amén de las eventuales prórrogas, y tiene las facultades que señala el art. 25 de la Ley Nº 20.720. En cambio el que es nombrado en el Acuerdo lo es por el deudor y los acreedores que aprobaron el referido Acuerdo, por

[832] El art. 2 de la Ley Nº 20.720 dispone que "Para efectos de esta ley, se entenderá, en singular o plural, por: 1) Acuerdo de Reorganización Judicial: Aquel que se suscribe entre una Empresa Deudora y sus acreedores con el fin de reestructurar sus activos y pasivos, con sujeción al procedimiento establecido en los Títulos 1 y 2 del Capítulo III. Para los efectos de esta ley, se denominará indistintamente "Acuerdo de Reorganización Judicial" o "Acuerdo".

[833] PUGA, *El acuerdo de reorganización*, ob. cit., p. 389.

[834] PUGA, *El acuerdo de reorganización*, ob. cit., pp. 390 y 391.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

el plazo de al menos un año y con las atribuciones y deberes que en el propio Acuerdo se le otorguen. En caso de omitirse estas facultades y deberes la ley se remite a las que el art. 294 del CPC entrega al interventor judicial. Lo recomendable, en todo caso, es consensuar un listado de facultades y deberes parecidos a los que mencionaba la Ley Nº 18.175 o a los que refiere el art. 25 de la Ley Nº 20.720, a efectos de no constreñirse a las se indican en el art. 294 del CPC.[835]

8.35. Avío en materia minera. Por último, en materia minera a propósito del contrato de avío también encontramos la figura del interventor judicial. En efecto, el art. 215 del Código de Minería en su inc. 1º dispone que "el aviador o el minero que no tenga la administración de la pertenencia podrá visitarla, inspeccionar los trabajos, revisar los libros de contabilidad y sus documentos justificativos y hacer las observaciones y reparos que la contabilidad y el sistema de trabajo le sugieran, pudiendo ejercer estas facultades cuando lo crea conveniente por sí o por representante". En el inciso segundo agrega: "Tendrá también el derecho de pedir judicialmente el nombramiento de un interventor, con la facultad de percibir el producto líquido que corresponda a quien solicitó la medida".

El avío es un contrato en virtud del cual una persona se obliga a dar o hacer algo en beneficio de la explotación de una pertenencia para pagarse sólo con sus productos, o con una cuota de ella (art. 206 del Código de Minería). En este contrato son partes, por un lado, el *aviador,* que es la persona que se obliga a dar o hacer algo en beneficio de la explotación de una pertenencia, y por la otra *el minero,* que es la persona encargada de administrar la pertenencia e invertir los dineros o efectos del avío en la explotación de la pertenencia minera. Con todo, hay situaciones en las cuales el minero puede quedar privado de esta administración y radicarse en el aviador. En primer término, la ley autoriza para que las propias partes así lo convengan. El inc. 1º del art. 213 del Código de Minería dispone a este respecto que "*salvo estipulación en contrario,* la administración de la pertenencia durante el avío estará a cargo del minero". Por lo tanto, si las partes en uso de su autonomía privada pactan que el aviador sea la persona encargada de administrar la pertenencia minera, a ello habrá que sujetarse. En segundo lugar, el minero puede perder la administración cuando sin el consentimiento del

[835] Pareciera, en todo caso, que el interventor que es nombrado en el Acuerdo no constituye una medida cautelar, por cuanto en su designación no hay intervención de la judicatura nacional.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

aviador invierte en otro destino el dinero o efectos del avío (art. 213 inc. 2º). En este caso, frente al incumplimiento de las obligaciones que el contrato de avío impone al minero, la ley lo sanciona con la pérdida de la administración de la pertenencia. Finalmente, el minero puede perder esta administración cuando la lleve adelante de manera descuidada o dispendiosa, de tal forma que ponga en peligro los intereses del aviador (art. 214 inc. 3º). Al igual que en el caso anterior, frente a la desidia o despilfarro con la que el minero desarrolla la administración y el peligro que esta situación entraña para los intereses del aviador, la ley le entrega a este último la facultad de tomar la pertenencia bajo su administración.

Pues bien, ya sea que la administración esté en manos del minero, lo cual como hemos visto debiera ser la regla general, o en manos del aviador, en los casos recién analizados, el inc. 2º del art. 215 del Código de Minería faculta a aquel que no tenga la administración de la pertenencia para pedir judicialmente el nombramiento de un interventor, con la facultad de percibir el producto líquido que corresponda a quien solicitó la medida. OSSA nos recuerda que a propósito del inc. 2º del art. 190 del proyecto de 1930, del cual deriva la facultad que estamos analizando, "sus autores dejaron testimonio de que el interventor tiene las facultades que en dicho inciso se indican, además de las ordinarias propias de todo interventor, señaladas por el Código de Procedimiento Civil".[836] Con el propósito de resguardar los derechos e intereses de la parte que no tiene a su cargo la administración de la pertenencia minera, la ley le entrega la facultad de pedir el nombramiento de un interventor judicial. Este interventor, además de las facultades que indica el inc. 1º del art. 294 del CPC, podrá percibir el producto líquido que corresponda a quien solicitó la intervención, sea este el aviador o el minero. Esta situación excluye la aplicación del inc. 2º del art. 294 del CPC. RUIZ descarta que esta intervención sea una medida precautoria que tenga por objeto asegurar los resultados del juicio. Se trata simplemente de un derecho del aviador (o del minero según corresponda) que se tramita en juicio sumario.[837] En verdad, para determinar si se trata de una medida precautoria debemos analizar el contexto en el cual es requerida. Si lo es en los estrictos términos del inc. 2º del art. 215 pareciera que tiene razón RUIZ, porque en este caso no existe un proceso principal al cual la medida accede. Se trata simplemente de una petición para que la justicia nombre

[836] *Derecho de minería*, 3ª ed, Santiago, 1999, p. 483.

[837] *Vid. Instituciones de derecho minero chileno*, Santiago, 1949, pp. 110 y 111.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

un interventor con las facultades que la propia disposición indica, y en este sentido no habría ninguna acción que asegurar. Pero no veo mayor inconveniente para que esta petición se sustancie en un contexto más general en el cual, por ejemplo, se haya solicitado la nulidad del contrato de avío. En este último caso sí estaríamos frente a una verdadera medida cautelar.

Finalmente, el art. 216 del Código de Minería dispone que si el aviador que tiene la administración de la pertenencia no la trabaja cuidando de mantenerla en buen estado, si se le prueba fraude en la administración, o que esta resulta descuidada o dispendiosa, perderá el derecho de administrarla sin perjuicio de su responsabilidad penal; y sólo podrá colocar en ella un interventor y con la facultad que se indica en el artículo anterior. Esto es, frente a la negligencia o mala fe del aviador cuando a él le corresponda llevar adelante la administración de la pertenencia, la ley contempla la posibilidad de que sea sancionado y se lo prive de esta administración, sólo permitiéndole el nombramiento de un interventor en los términos y con las facultades analizadas en los párrafos precedentes.

2.2.3. Facultades del interventor

8.36. Al comenzar el estudio de esta medida cautelar adelantábamos que las facultades del interventor judicial al amparo de la legislación procesal civil chilena son limitadas. En parte esto se debe al origen histórico de la medida, al cual ya hemos aludido, y en parte al eminente carácter conservativo que ella cumple en nuestra legislación. Se trata simplemente de resguardar que el demandado no realice una administración descuidada, negligente o fraudulenta del bien sujeto a intervención y en el evento de producirse esta situación, que se tenga oportuno conocimiento para que el actor pueda pedir –si así lo desea– otras medidas más enérgicas que resguarden mejor sus intereses. El artículo 294 del CPC en su inc. 1º dispone al efecto que "las facultades del interventor judicial se limitarán a llevar cuenta de las entradas y gastos de los bienes sujetos a intervención, pudiendo para el desempeño de este cargo imponerse de los libros, papeles y operaciones del demandado". Por su parte, el inc. 2º del art. 294 señala que estará además obligado a "dar al interesado o al tribunal noticia de toda malversación o abuso que note en la administración de dichos bienes; y podrá en este caso decretarse el depósito y retención de los productos líquidos en un establecimiento de crédito o en poder de la persona que el tribunal designe, sin perjuicio de

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

las otras medidas más rigurosas que el tribunal estime necesario adoptar".[838]

Como se aprecia, el interventor judicial es una especie de veedor e informante que carece de facultades de dirección o gobierno respecto del manejo de los bienes intervenidos. Sus facultades se circunscriben a examinar libros y papeles y a dar cuenta de todo hecho que pudiere repercutir en la situación económica del bien intervenido. La función que corresponde al interventor consiste en velar por la legalidad de las operaciones que se realicen, denunciando al tribunal cualquier anomalía que en el desempeño de su cargo detecte.

De acuerdo con lo anterior es diáfano que la designación de interventor no tiene por objeto privar al demandado de ninguna de las facultades que como propietario ejerce sobre los bienes intervenidos. No hay ni siquiera una sustitución provisoria en la administración del bien intervenido. Eventualmente, las facultades del deudor podrán verse afectadas, previa orden judicial, si el interventor informa que el deudor está ejecutando una administración descuidada o, peor, una malversación o abuso de ella. En definitiva, por regla general el deudor mantiene todas las facultades de administración y disposición del bien.[839] Ahora bien, desde esta perspectiva, esto es, desde la posición del deudor –situación que nunca debe ser desatendida por el juzgador– la intervención se muestra como una de las medidas que menos detrimentos causa a su patrimonio. Esta es la razón por la cual en la práctica los tribunales chilenos, atendiendo a la naturaleza de la controversia, la prefieran a otra u otras que pueden producir mayores deterioros y quebrantos en el deudor. Así, han señalado:

> Que debido a la naturaleza de la acción deducida, deben considerarse como improcedentes las medidas precautorias de prohibición de celebrar actos y contratos sobre los bienes muebles existentes en las propiedades rurales porque para casos que guardan cierta semejanza con el presente –los mencionados en los números 3º y 4º del artículo 283 del CPC– se ha previsto el nombramiento de un interventor, lo que, por otra parte, aparece racional y de más conveniencia para los litigantes, ya que tratándose de fincas agrícolas es evidente que sólo pueden resultar perjuicios de la paralización de labores que traería consigo la prohibición de celebrar actos y contratos sobre tales objetos; Que, en cambio, en consideración a lo que se acaba de manifestar, es ventajoso, no sólo para la demandante, sino también para el demandado, el nombramiento de una persona que ejerza las facultades de interventor judicial, ya que junto con cautelarse así los intereses de la actora, la contraria contará con un medio conveniente para acreditar la bondad de su gestión al ser esta acuciosa y diligente.[840]

También nuestra Corte Suprema, desde muy temprano, sostuvo que "por otra parte, el propósito claro del legislador, dentro de la institución jurídica de las medidas precautorias, es sólo el de asegurar prudentemente, pero sin ocasionar la ruina del deudor, los resultados de una acción seria y fundada, como puede serlo en este caso la de los demandantes; lo que significa que el juez, para conceder tales medidas, debe fijarse en cuáles son las que mejor cuadran con esos fines de la ley para escoger entre ellas, aunque no sean las propuestas por los solicitantes, las que racionalmente basten para el objeto que se tuvo en vista al dictarlas. Y dentro de este criterio de imparcial respeto al derecho de demandantes y demandados, faltó el juez de letras al decretar el depósito o retención de las mercaderías que constituían el giro ordinario del comerciante [...] paralizando o entorpeciendo así innecesariamente la marcha de su negocio, y exponiéndolo, además, a las pérdidas provenientes de los cambios de precio de las mercaderías retenidas o a su menoscabo y deterioro por el mero transcurso del tiempo; todo lo cual habría podido evitarse con el nombramiento de un interventor en la casa de comercio de [...], completando además esta medida, si no se la hubiera considerado suficiente, con la prohibición de enajenar o gravar sus bienes raíces, como reiteradamente lo solicitó aquél".[841]

838 Así, en el proceso seguido entre un banco comercial y una cadena de supermercados se habían decretado, entre otras medidas cautelares, la designación de interventor a desempeñarse "en las bodegas de propiedad de la sociedad [...], quien se encuentra en funciones, para supervigilar y asegurar la explotación regular de dichos establecimientos, en cuanto a la renovación de stocks de mercaderías no perecibles, objeto de la medida precautoria ya concedida, debiendo el interventor conforme a lo que previene el artículo 295 [*sic*, debió decir 294] del CPC, cumplir con la obligación de dar cuenta al tribunal de toda malversación o abuso que notase en la administración de los bienes sujetos a intervención, que signifiquen burla de los derechos del acreedor [...]". Fallos, Nº 412 (1993), p. 29.

839 Este es otro argumento para concluir que el art. 1463 Nº 3 del CC cuando habla de *embargo* no se está refiriendo genéricamente a cualquier medida cautelar sino principalmente a la retención de bienes.

840 RDJ, t. XXXVI (1939), segunda parte, sec. segunda, pp. 4 y 5. La resolución es muy interesante porque a renglón seguido resuelve que "por el contrario, por no ser necesario para ese fin que haya libertad de comerciar sobre los bienes que guarnecen la casa habitación [...] no se divisa daño alguno de que se ordene la prohibición de celebrar actos y contratos sobre esos muebles, lo que es compatible con la naturaleza del litigio". Ídem, p. 5. En la primera situación, el tribunal descarta la procedencia de la prohibición de celebrar actos y contratos por los estragos que acarrea (paralización de las labores de la finca agrícola) y ordena la intervención judicial. En cambio, en la segunda situación, esto es, allí donde la prohibición no produce ninguno de los perjuicios aludidos, accede a ella.

841 RDJ, t. XVII (1919), segunda parte, sec. primera, p. 159. Nótese que nuestro máximo tribunal llega, incluso, a señalar que el juez en esta búsqueda del

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Ahora bien, de acuerdo con el aludido inciso 1º del art. 294, el interventor judicial está facultado expresamente por la ley para llevar cuenta de las entradas y gastos de los bienes sujetos a intervención. Para llevar dicha cuenta puede imponerse de los libros, papeles y operaciones del demandado. Evidentemente estas facultades deben verse a la luz de los casos en los cuales el legislador ha previsto la procedencia de esta medida cautelar. Así, en la primera situación ya analizada, esto es, en la del inc. 2º del art. 902 del CC es en relación con el inmueble que se reivindica, o respecto del cual se reclama otro derecho real, que el interventor debe desplegar sus facultades de veedor y de auxiliar de la labor del tribunal, analizando, por ejemplo, la explotación del inmueble, los ingresos que se obtienen por este rubro, la producción del mismo, los pagos que se realizan a los proveedores y al personal que en él labora y los gastos que se realizan en reparaciones y en nuevas inversiones; en definitiva, todo lo que diga relación con los aspectos patrimoniales del inmueble objeto de la intervención. Ahora bien, para ejecutar de manera adecuada sus actividades el interventor se encuentra expresamente facultado para imponerse de los balances, de los libros de contabilidad, de los libros de ingresos y gastos, de las facturas de compras y ventas, y de los demás papeles y operaciones que tenga en su poder el demandado. Los mismos poderes y facultades tendrá el interventor judicial que se designe respecto de los demás casos contemplados en el art. 293 del CPC, esto es, cuando se reclama una herencia ocupada por otro; cuando el comunero o socio demanda la cosa común o pide cuentas al comunero o socio que administra,[842] en el caso del fallido respecto

equilibrio que toda medida cautelar requiere, puede escoger una que no hubiere sido propuesta por el solicitante.

[842] En el derecho argentino fue la jurisprudencia la que creó el instituto del interventor judicial a partir de la figura del administrador judicial que contempla el art. 1684 del Código Civil de ese país. Dentro de este instituto los tribunales crearon la figura del "interventor veedor" que es el "funcionario que tiene facultades de examinar libros y papeles de la entidad, informar al tribunal sobre la situación económica y dar cuenta de todo hecho que pudiere repercutir en la marcha y desenvolvimiento de los negocios sociales". Refiriéndose a esta figura la doctrina trasandina ha señalado que el "veedor no cambia al órgano de administración de la sociedad; sólo tiene por finalidad el control de dicha administración y la información al tribunal de las circunstancias que comprobare. Se ha establecido que las funciones del interventor veedor no obstan al normal desenvolvimiento de la empresa, ya que sus facultades se circunscriben a la fiscalización y contralor diario de las operaciones comerciales. No integra el órgano de administración, sólo fiscaliza y, para ello, tiene acceso a la documentación de la sociedad. Asiste a las reuniones, y

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de los bienes adquiridos en el futuro a título oneroso, o en el del procesado al que se le permite la administración de los bienes que se le han embargado.

En esta parte tiene razón SERRA cuando a propósito de la antigua regulación de la LEC de 1881 observaba que "la intervención judicial actúa, por consiguiente, en forma negativa. No pretende coartar en forma alguna las facultades de uso del intervenido; sino que tiende únicamente a evitar el mal uso que pueda hacer de estas facultades y el perjuicio que de dicho mal uso derive para el demandante o los acreedores. Obsérvese que el término "mal uso" es más amplio y comprensivo que el "abuso". La intervención judicial tiende certeramente a prevenir y evitar abusos, pero con ello no cumple su fin. Es preciso además que el uso, administración y disposición que de sus bienes o del bien concreto designado efectúe el intervenido sea conforme a las reglas de una buena administración; que el intervenido actúe con máxima diligencia.[843]

8.37. Pero de acuerdo con la legislación nacional el interventor judicial tiene además la obligación de asumir un papel positivo. No es suficiente con que desarrolle una actividad negativa. De conformidad con el inc. 2º del art. 294 debe asumir un papel de informante, esto es, avisar al interesado o al tribunal de todo abuso que note en la administración de los bienes intervenidos. Así, por ejemplo, en la situación prevista en el inc. 2º del art. 902 del CC, deberá dar oportuna noticia de todo aquello que pueda afectar al bien raíz o que pueda menguar su producción. Es esta actuación activa del interventor la que precisamente puede lograr plenamente los fines precautorios que esta medida busca. Del oportuno aviso que él dé sobre el comportamiento abusivo que está desarrollando el deudor se podrán adoptar otras medidas cautelares, por ejemplo, el depósito y retención de los frutos que produzca el bien.

Desde esta perspectiva, tiene razón MATURANA cuando observa que "sin embargo, esas facultades de administración del demandado podrán verse afectadas en caso de que se dé noticia por el interventor

los administradores naturales le deben suministrar la información y documentación que solicita en orden a cumplir con su misión de control [...]. La jurisprudencia ha expresado, con respecto a sus funciones, que los veedores no toman el manejo y dirección de la sociedad, actúan solamente para el cuidado y custodia de bienes, intereses o derechos controvertidos y sus atribuciones se limitan a vigilancia, control y fiscalización. ARAZI (director), *Medidas cautelares*, ob. cit., pp. 194-197.

[843] *Las medidas cautelares...*, ob. cit., p. 226.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

al tribunal de malversación o abusos en su administración por parte del demandado, puesto que en tal caso el tribunal puede de oficio o a petición de parte, decretar el depósito y retención de los productos líquidos en un establecimiento de crédito o en poder de la persona que el tribunal designe, sin perjuicio de otras medidas más rigurosas que el tribunal estime necesario adoptar, como podría ser la prohibición de celebrar actos y contratos respecto de la totalidad o parte de los bienes sobre los cuales recae la intervención".[844] Entre estas medidas más rigurosas a que alude el inc. 2º del art. 294 del CPC no hay inconveniente normativo para que si la situación así lo amerita se llegue, incluso, a una especie de coadministración en la cual el deudor nada pueda hacer sin la presencia y consenso del interventor judicial.[845]

[844] *Las medidas cautelares*, ob. cit., p. 94. De allí que se haya señalado por la Corte de Apelaciones de Temuco que "además, debe señalarse que en el supuesto de que el demandado malverse o abuse de los bienes sujetos a intervención, se producirá el caso contemplado en el inc. 2º del art. 284 [actual 294] del CPC, y podría decretarse entonces el depósito y retención de los productos líquidos, lo que es diferente de entregar desde luego los bienes y no tales productos líquidos, a un depositario, y permite continuar el giro de los negocios, como ha sido el propósito del legislador cuando las precautorias inciden en actividades industriales [...]". RDJ, t. XXXVI (1939), segunda parte, sec. segunda, p. 5. Cabe señalar que entre estas medidas más rigurosas no se han adoptado, que yo sepa al menos, aquellas que tanto temor produjeron al diputado FELIÚ. Recuérdese la discusión en el Congreso relativa a este artículo; así, en la sesión del 7 de junio de 1902 en la que se puso en discusión el título IV "Medidas cautelares", el Sr. FELIÚ tomó de inmediato la palabra y señaló: "Voy a objetar el art. 284 que dice [...]. Ya hemos visto que este proyecto es muy profuso en materia de multas y arrestos, pero el artículo al que me refiero pasa de los límites que es posible imaginarse en materia de procedimiento civil. No me explico que haya podido estamparse la frase final del artículo leído "sin perjuicio de las otras medidas más rigurosas que el tribunal estimare necesario adoptar". Dentro de esta redacción se comprenden o caben el tormento y hasta el fusilamiento. ¿Qué otras medidas puede adoptar un tribunal en contra de una persona cuyos bienes están sujetos a intervención? No se pueden conceder estas facultades omnímodas e ilimitadas. Estas facultades deben precisarse y detallarse, porque de otro modo se procede contra toda justicia, equidad y conveniencia. Por esto pido la supresión de la frase final a que me he referido 'sin perjuicio de las otras medidas, etc.'". Ya sabemos que la indicación no prosperó. "Sesión de la Cámara de Diputados del 7 de junio de 1902", en Boletín de las sesiones ordinarias de la Cámara de Diputados, Santiago (Chile), 1902, pp. 66 y 67.

[845] NOVELINO, refiriéndose a la figura del interventor judicial en el derecho argentino, observa que "Tiene ingerencia [sic] en la actividad y administración de la firma intervenida, pero se limita a cuestiones muy concretas. Su función consiste en la vigilancia y control de la gestión social debiendo informar al órgano jurisdiccional sobre los extremos que le hayan sido encomendados, sin perjuicio de que posteriormente pueda transformarse en interventor coadministrador si las circunstancias del caso lo hicieren aconsejable". *Embargo...*, ob. cit., p. 257.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

2.2.4. Nombramiento y materialización

8.38. El artículo 290 Nº 2 del CPC señala que el demandante puede pedir al tribunal la designación, como medida cautelar, de uno o más interventores. El número de interventores que puede designar el tribunal dependerá, en todo caso, de la cantidad, ubicación e importancia de los bienes sobre los cuales debe ejercer sus funciones.

Al amparo de la legislación nacional el nombramiento del interventor judicial debe hacerlo el órgano jurisdiccional. Sobre este punto existe consenso en la doctrina nacional.[846] No hay inconveniente normativo para que el actor acompañe a su petición el nombre de una o más personas que puedan desempeñar el cargo. Ya hemos visto en la parte general de esta obra que desde hace un tiempo a la fecha existe relativa uniformidad en la jurisprudencia nacional en cuanto a que la concesión de las medidas cautelares debe realizarse sin dar traslado de la solicitud al demandado. Si esto es así y se accede a la petición del actor, el tribunal puede nombrar como interventor a uno o más de los que figuren en la lista –si la hubiere– que el actor acompañe, o a la o las personas que el tribunal considere más idóneas, teniendo para ello presente las particularidades del caso en el cual recaerá el nombramiento. No existe en esta materia una nómina formal de interventores a los que los tribunales puedan acudir como sí ocurría, por ejemplo, con el síndico en materia de quiebra según lo disponía el art. 14 de la derogada ley de quiebras, por lo que el margen de maniobra del tribunal es muy amplio. Una vez que el tribunal ha designado a la persona que debe desempeñar el cargo deberá ordenar su notificación para que esta manifieste si lo acepta o lo rechaza. Si acepta debe tomar posesión oficial del mismo. Así, por ejemplo, si la petición fue realizada por el socio en contra del que administra la sociedad, deberá el interventor apersonarse en el domicilio de la sociedad, dar noticia de su nombramiento (posiblemente con un ministro de fe) y pedir al administrador que le facilite los libros de contabilidad, balances, inventarios, facturas y demás papeles y documentos oficiales de la sociedad. El intervenido está obligado a dar y a poner a disposición del interventor toda la documentación que este le solicite. Este es el momento procesal, de acuerdo con la opinión generalizada de nuestra jurisprudencia, en que el

[846] *Vid.* por todos ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 119-122.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

demandado puede oponerse a la medida cautelar y para ello debe formular incidente pidiendo el alzamiento de la misma o, en su caso, el cambio de interventor.[847]

Toda cuestión relativa a esta medida cautelar que se suscite entre el actor y/o el demandado y/o el interventor designado (por ejemplo, petición de remoción, cuentas que tuviese que rendir, renuncia del interventor, gastos y remuneración del interventor, los deberes y responsabilidad del mismo, etc.) deben sustanciarse incidentalmente y ser resueltas por el juez que conoce de la causa (arts. 82 y ss. del CPC). Lo anterior confirma, en todo caso, lo deficiente que es la regulación de nuestra ley procesal. Las situaciones descritas, y muchas otras que aquí no detallamos, son muy importantes como para quedar entregadas a la simple labor del intérprete. Tratándose de las remuneraciones del interventor, ¿quién debe asumir su pago?, ¿cuál es el procedimiento para determinar tales remuneraciones?, ¿influirá en las respuestas el hecho de que en la sentencia definitiva se condene en costas a alguna de las partes? Tratándose de la remoción del interventor, ¿quién puede pedirla?, ¿cuáles son los motivos que pueden llevar a remover al interventor designado?, ¿se puede designar un nuevo interventor pendiente la remoción del primero?

2.2.5. Alzamiento

8.39. En relación con el alzamiento de esta medida cautelar debemos tener presente que en ninguno de los artículos propios de ella (293 y 294 del CPC) se prevé la posibilidad de que el demandado pueda pedir el levantamiento de la intervención durante el transcurso del proceso. Rige, por tanto, íntegramente lo dispuesto en el art. 301 del CPC y lo que en su momento expresamos de esta disposición, con las siguientes observaciones. En relación con la facultad de hacer cesar esta medida proponiendo una caución de resultas hay que analizar cada una de las hipótesis ya estudiadas. Así, en el supuesto regulado en el inc. 2º del art. 902 del CC el

[847] Existe una jurisprudencia que ha señalado que "en cuanto a los interventores solicitados, su nombramiento no se ha producido, en mérito a la oposición de la demandada a las personas propuestas por el actor, quedando el juez en resolver la incidencia producida". Gaceta Nº 106, p. 44. Este fallo plantea alguna duda en relación con la forma como la jurisprudencia y doctrina nacionales argumentan que deben tramitarse las medidas cautelares.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

poseedor del inmueble puede ofrecer una caución que garantice el pago de los eventuales deterioros del bien raíz y de los muebles y semovientes anexos. El tribunal debe, en todo caso, ser muy celoso en esta materia y analizar cuidadosamente dos elementos para conceder o desechar la petición del demandado: en primer término, debe estudiar si la intervención ha producido algún perjuicio (por ejemplo, porque de hecho ha paralizado las actividades del deudor) y en caso afirmativo cuál es la magnitud de los mismos (no se olvide que en principio esta medida no debiera producir daños de consideración debido a limitadas facultades que despliega el interventor en el orden procesal civil chileno), y en segundo lugar, si la caución ofrecida garantiza adecuadamente los derechos del actor. Lo mismo podemos argumentar respecto de aquel que reclama la herencia ocupada por otro y del comunero o socio que demanda la cosa común o que pide cuentas al comunero o socio que administra. En los demás casos en que las leyes prevén la figura del interventor, con excepción del embargo en materia penal, tampoco está prevista la sustitución de la intervención por una fianza y, en verdad, no creo que ello sea posible. Respecto del interventor-depositario del juicio ejecutivo ya hemos dicho que técnicamente no es una medida cautelar y, por tanto, no se rige por sus disposiciones. La designación de un interventor tratándose del convenio judicial no es potestativa para el tribunal sino obligatoria. Por lo demás, si el deudor pudiera ofrecer una caución lo lógico sería alzar directamente el convenio y no sólo la figura del interventor. Lo mismo respecto de aquellos bienes que el fallido administra y que no quedan sujetos a la declaración de quiebra. Si pudiese ofrecer alguna caución lo razonable sería revisar nuevamente su situación patrimonial y ver la posibilidad de alzar el estado general de quiebra que lo afecta. Tratándose del embargo contemplado en el CPP hay normas expresas que regulan su alzamiento. El art. 394 del CPP señala que "se omitirán o alzarán el embargo o la prohibición de enajenar o gravar, siempre que el procesado caucione con fianza o hipoteca suficiente las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele en definitiva". Por tanto, si el procesado ofrece una fianza o una hipoteca y esta es calificada de suficiente por el tribunal, debe proceder a levantar el embargo decretado sobre la sementera, plantío, establecimiento industrial o mercantil, y junto con ello, ordenar el cese de la intervención que acompaña al embargo.

La segunda posibilidad que contempla el art. 301 del CPC para levantar la medida cautelar durante el transcurso del proceso, dice

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

relación, como sabemos, con la facultad que tiene el demandado de pedir su alzamiento tan pronto desaparezca el *peligro* que se ha procurado evitar con su concesión. Por tanto, para saber en qué casos opera este supuesto debemos relacionarlo precisamente con el concreto *periculum* que el tribunal tuvo en vista al conceder la intervención judicial. Así, por ejemplo, en el caso del inc. 2º el art. 902 del CC, sabemos que se quiere evitar todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, *si hubiere justo motivo de temerlo o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía.* Por tanto, si durante el desarrollo del proceso desaparece el riesgo de deterioro antes aludido o las facultades del demandado ofrecen suficiente garantía, por ejemplo porque su situación patrimonial ha mejorado durante el transcurso del pleito, el tribunal debe ordenar el cese de la medida cautelar. Lo mismo podemos predicar respecto de los demás casos que contempla el art. 293 del CPC, con la salvedad del previsto bajo el Nº 3, que, como sabemos, no requiere de un concreto peligro para conceder la medida por lo que mal podría este desaparecer. A su respecto sólo cabe la posibilidad de alzar la medida durante el transcurso del litigio si se acompaña una caución suficiente y el tribunal así lo ordena. Ahora bien, si el deudor no pide que se deje sin efecto la intervención judicial o si demandándolo el tribunal rechaza su reclamación (porque el riesgo de deterioro se mantiene presente o, porque su situación patrimonial no ha mejorado), entonces la medida permanecerá en vigor durante toda la sustanciación de la causa. Ya sabemos que esta última situación no significa en todo caso que la medida no se extinguirá en algún momento. Como toda medida cautelar, la intervención cesará cuando se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva que ponga fin al litigio de acuerdo con la naturaleza instrumental que revisten estas medidas. Así, si la resolución definitiva ordena la reivindicación del inmueble en el caso previsto en el inc. 2º del art. 902 debe procederse a hacer entrega de la propiedad al demandado y una vez que este esté en posesión del mismo la intervención ya no cumplirá ninguna finalidad. Si, por el contrario, la sentencia definitiva negare lugar a la reivindicación, entonces debe alzarse la medida porque se ha mostrado infundada la pretensión del actor. Lo mismo respecto de las demás situaciones en las que vimos es procedente esta medida cautelar.

Nuevamente la intervención prevista en el proceso penal tiene normas peculiares. Señala el art. 388 del CPP: "En los casos de los dos

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

artículos anteriores, cesará el embargo tan pronto como los frutos percibidos alcancen a una suma equivalente a la cantidad fijada por el juez en conformidad al art. 380". Si el tribunal ha establecido el monto hasta el cual debe decretarse el embargo para cubrir las responsabilidades civiles provenientes del delito, y este monto ya ha sido cubierto por los frutos que generan los bienes embargados, debe procederse a alzar el embargo y la intervención respecto de las sementeras, plantíos, establecimientos industriales o mercantiles. Finalmente, el art. 396 del CPP dispone que "en cualquier estado del juicio en que fuera reconocida la inocencia del procesado, se procederá a alzar inmediatamente el embargo trabado en sus bienes, o a cancelar las fianzas o levantar la prohibición de enajenar, que le hubieren sido impuestas". Esta es una situación peculiar del proceso penal y no creo que requiera mayores explicaciones. Olvidó el legislador mencionar que también debe procederse a alzar de inmediato la intervención que se hubiere decretado junto con el embargo de sementeras, plantíos, establecimientos industriales o comerciales.

2.3. *La retención de bienes*

2.3.1. Planteamiento

8.40. La retención de bienes, al igual que el secuestro judicial, es una de las medidas cautelares más tradicionales del ordenamiento jurídico nacional y comparado. Su regulación en el derecho chileno se remonta, como lo hemos visto, a las Partidas, a la Novísima Recopilación y al Proyecto de Código de enjuiciamiento civil de 1871. En la práctica judicial chilena es la segunda en importancia.

La retención chilena es el embargo preventivo o embargo precautorio de otras legislaciones como la española o la argentina. La confusión entre ambos términos fue patente en la legislación decimonónica española.[848] De esta confusión no escapó la doctrina procesal chilena del siglo XIX. También es patente la confusión que ha habido entre el embargo precautorio o retención y el secuestro judicial. En el primer caso se trata de una simple confusión de nombres; en el segundo, de una confusión de ámbitos. Respecto de la legislación trasandina refiriéndose a la figura del embargo preventivo

[848] *Vid.* sobre el particular la parte relativa a la evolución de la tutela cautelar en España.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

PODETTI expresa: "Es, entre nosotros, la medida cautelar de mayor uso y aquella a la cual mayor atención han prestado nuestras leyes procesales. Pero no resulta fácil su adecuada sistematización, por dos razones: 1º) la confusión entre embargo preventivo y secuestro [...]".[849] Más adelante observa el autor trasandino: "Una diferencia fundamental es que el secuestro recae sobre bienes motivos del litigio y el embargo preventivo sobre cualesquier bien del deudor o presunto deudor que puedan ser ejecutados".[850] La confusión en el derecho procesal civil chileno es aun mayor. En primer término, porque no se habla de embargo sino directamente de retención lo cual obliga al intérprete a una explicación adicional; en segundo lugar, porque en virtud de la reforma efectuada el año 1953 al art. 295 del CPC, en buena medida se equiparó la retención al secuestro judicial al permitir la procedencia de aquella medida también respecto del bien objeto del litigio, lo que en principio era peculiar sólo del secuestro judicial. Lo anterior es importante tenerlo presente porque en buena medida explica la casi nula aplicación del secuestro judicial en el foro chileno.

8.41. En cuanto medida cautelar específica, la retención se encuentra prevista en los artículos 290 Nº 3 y 295 del CPC. El primero de ellos estipula 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: [...] 3) La retención de bienes determinados"*. Esta disposición nos recuerda una de las principales características que presenta la retención en el ordenamiento jurídico nacional. Ella puede afectar a un número plural de bienes del deudor; no se circunscribe necesariamente como el secuestro judicial a la cosa misma sobre la cual se acciona, o se va a accionar judicialmente. La retención constituye en el orden procesal chileno –lo mismo ocurre con el embargo en el derecho comparado– una medida cautelar genérica que permite retener en principio cualquier bien mueble que pertenezca al deudor y que no haya sido declarado inembargable por el legislador.[851]

[849] *Tratado...*, ob. cit., p. 219.

[850] Ídem, p. 274.

[851] Antes de la modificación introducida por la Ley Nº 11.183, de 10 de junio de 1953, al inc. 1º del art. 295 del CPC, cuestión a la que nos vamos a referir *in extenso* más adelante, la configuración doctrinal de esta medida cautelar se ajustaba perfectamente a la construcción legal que había efectuado el CPC. Después de la reforma dejó de hacerlo. Por ello, con anterioridad a la mencionada reforma, la Corte de Apelaciones de Temuco haciendo un contraste entre el derecho legal

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

2.3.2. Presupuestos

8.42. Dentro de las normas relativas a las medidas cautelares, el artículo 295 del CPC nos indica los casos en los cuales procede la retención de bienes determinados. Previene el inc. 1º que "la retención de dineros o cosas muebles podrá hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero, *con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado,* cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes, y en los demás casos determinados por la ley".

Si tomamos como elemento de análisis los bienes sobre los cuales puede decretarse esta medida, podemos distinguir dos supuestos que hacen procedente la retención: (i) el primero en relación a los *bienes que son materia del pleito* y (ii) el segundo en relación con *otros bienes determinados del demandado.* El primer supuesto fue incorporado por la Ley Nº 11.183 de 10 de junio de 1953. Explica ROJAS que en el informe de la Comisión de constitución, legislación y justicia del Senado, se introdujo la reforma al inciso 1º del art. 295. En el aludido informe se señaló: "Para salvar una omisión del Código y mediante la correspondiente modificación al art. 295, se establece que la retención, de dineros o cosas muebles, podrá decretarse en relación a los bienes que son materia del juicio, aunque las facultades del demandado ofrezcan suficiente garantía, disposición que actualmente existe con respecto a la medida precautoria de prohibición de celebrar actos o contratos".[852]

No creo que haya sido una omisión del legislador que redactó el CPC. Lo que sí creo es que con esta reforma en cierto modo se desnaturalizó esta institución. En teoría cuando se pretende resguardar el bien que *es materia del juicio* hay dos medidas cautelares aplicables. Si el bien es mueble opera el secuestro; si es inmueble, el nombramiento de uno o más interventores judiciales. Ambas pueden adicionarse con la prohibición de celebrar actos y contratos. Si en cambio, lo que se pretende asegurar es el pago de una suma de dinero (por ejemplo, una indemnización de daños y perjuicios),

de retención y la medida cautelar de retención de bienes, pudo decir que, entre otras diferencias, "el derecho legal de retención se ejerce sobre ciertos bienes determinados por la ley, sean muebles o inmuebles; *mientras que la medida precautoria de retención puede hacerse efectiva sobre cualquiera de los bienes muebles del deudor*". RDJ, t. XXXV (1938), segunda parte, sec. 2ª, p. 78 (el destacado es nuestro).

[852] ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 167 y 168.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la medida que procede es la retención (léase embargo) de dinero o de bienes muebles determinados del deudor o la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes raíces. Pues bien, la reforma alteró esta situación e hizo procedente la retención también respecto de los bienes que son materia del juicio. Lo anterior, unido a los efectos que como veremos despliega esta medida en el orden procesal chileno, es el principal motivo por el cual el secuestro ha caído completamente en desuso en la práctica judicial nacional. Aclarado este punto, ahora nos centraremos en el análisis de los elementos comunes a los dos supuestos mencionados, para luego examinar las diferencias específicas entre cada uno de ellos.

8.43. Elementos comunes: (i) La retención recae sobre bienes determinados.[853] Así lo dispone expresamente el art. 290 Nº 3. De este modo se descarta que pueda ordenarse la retención de una universalidad jurídica, por ejemplo, una herencia. Sí puede solicitarse la retención de alguno o de todos los bienes muebles que conformen la masa hereditaria, pero debidamente individualizados.[854] La misma regla se aplica respecto de las denominadas universalidades de hecho.[855] (ii) En segundo lugar, de acuerdo con el art. 295 primera parte, la retención recae sobre *dineros* o *cosas muebles*. Lo propio de esta medida cautelar es que recaiga sobre dineros. Ella pretende garantizar

[853] Así, se ha señalado que "con relación a la acción sobre cobro de frutos, es sólo procedente la medida decretada de retención de bienes, cuando se solicita sobre bienes determinados y que se limite a los necesarios para asegurar el resultado de la acción, y en el presente caso ni se litiga sobre la especie y montos de los frutos, ni el solicitante expresa la cantidad determinada y concreta que haya de retenerse, y que baste para asegurar el resultado de la acción que, por otra parte, es a la vez indeterminada en su monto". Gaceta de los Tribunales (1918), Nº 477, p. 1.483.

[854] Así, en un proceso en que se pidió la nulidad de un testamento abierto, el juez *a quo* informó que "la demandante pidió como medida prejudicial precautoria y después como precautoria la prohibición de celebrar actos y contratos sobre los bienes que componen la herencia que discute; el nombramiento de un interventor y la retención de los mismos bienes que componen la herencia discutida. El juzgado accedió y decretó las medidas prejudiciales precautorias pedidas y las precautorias antes señaladas". Gaceta Nº 134 (1991), p. 33.

[855] Al respecto se ha resuelto que "[...] en atención a que la medida de 'retención' decretada en general sobre todas las especies no perecibles del negocio de abarrotes de la demandada, sin duda han de significarle una inmovilidad parcial relevante a su patrimonio mercantil y perjuicio a su actividad comercial, resulta que el señor juez recurrido, al conceder la citada medida de retención de bienes perecibles del negocio, sujetos ya al control de un interventor, ha cometido una falta que agravia al recurrente y que este tribunal está en el deber de enmendar por la vía del presente recurso de queja". Fallos, Nº 412 (1993), p. 29.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

principalmente el cumplimiento de obligaciones pecuniarias, por ejemplo, aquellas que tienen su origen en la denominada responsabilidad civil extracontractual, o las que emanan del incumplimiento de una obligación contractual.[856] Los bienes muebles, ya lo sabemos, son los que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellos a sí mismos, como los animales, sea que sólo se mueven por una fuerza externa, como las cosas inanimadas (art. 567 del CC). Por tanto, se descarta que la retención afecte a fincas o bienes raíces.[857] (iii) La existencia de un proceso judicial en el cual se haya ejercido una pretensión real (como la reivindicatoria o la del acreedor prendario) o una personal, como la que tiene el comprador para que le paguen el precio de la cosa mueble vendida, o la del prestamista en una operación de crédito de dinero para la devolución de los dineros entregados. Una vez más no es indispensable que el proceso judicial hubiese comenzado. El art. 279 del CPC autoriza para pedir como prejudiciales las medidas cautelares contempladas en el art. 290, entre ellas, la retención de bienes.[858]

8.44. Examinemos, ahora, las diferencias específicas que existen entre los dos supuestos. Si se trata de bienes que son materia del proceso la retención, al igual que el secuestro, sólo puede decretarse respecto de esos bienes. No existe en este supuesto la posibilidad de ordenar la retención de bienes diversos de los que son objeto de la pretensión. En cambio, en la segunda hipótesis la retención puede recaer sobre cualquier bien mueble que forme parte del patrimonio del deudor y que no haya sido declarado inembargable. Ahora bien, esta situación produce –en opinión de nuestra doctrina y jurisprudencia– la

[856] De este modo se ha concedido "la medida precautoria de retención del dinero solicitada por el actor en lo principal del escrito de fojas 1 hasta por la suma de tres mil escudos en la cuenta corriente del tribunal". RDJ, t. LIX (1962), segunda parte, sec. 1ª, p. 204.

[857] Al respecto se ha señalado por la Corte de Apelaciones de Temuco, haciendo un contraste entre el derecho legal de retención y la medida cautelar de retención de bienes, que entre otras diferencias "el derecho legal de retención puede versar indistintamente sobre bienes muebles o inmuebles, según se desprende del artículo 698 [del CPC]; en cambio, tratándose de la retención como medida precautoria, ella sólo puede recaer sobre dinero o cosas muebles (art. 285) [entiéndase 295]". RDJ, t. XXXV (1938), segunda parte, sec. 2ª, p. 78.

[858] De esta manera se ha señalado que "las medidas precautorias de que trata el Nº IV del libro II del CPC pueden decretarse con el carácter de prejudiciales cuando se comprueben para ello motivos graves y calificados, debiendo en todo caso concurrir las demás circunstancias que expresamente determinan los artículos 285 y 288 del mismo Código, cuando se trata de la retención de dineros o cosas muebles". RDJ, t. XXXII (1935), segunda parte, sec. 1ª, p. 70.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

segunda diferencia a propósito del concreto *periculum in mora* que habilita su concesión. En efecto, se indica que en el primer supuesto no habría necesidad de acreditar *periculum* alguno,[859] es decir, sería suficiente con pedir la retención respecto de la cosa misma sobre la que se litiga, para que el tribunal esté en condiciones de acceder a la solicitud. En definitiva, no se requeriría de ningún elemento normativo adicional. La historia legislativa avala esta interpretación.[860] A mí estos argumentos no terminan de convencerme y *de lege ferenda* soy partidario de reformar esta situación. Entiendo perfectamente que la modificación tuvo el claro propósito de facilitar la concesión de la medida cuando ella se pide respecto de la cosa misma sobre la cual se litiga, pero el elemento que habilita la concesión de toda

[859] Así, nuestros tribunales han afirmado: "Que la medida de retención de dineros o cosas muebles puede hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero *y cuando ella se refiere a otros bienes determinados del demandado, que no son materia del juicio, para su procedencia el legislador ha exigido* tan sólo [sic] que: a) ésta se limite a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; b) que el demandante acompañe comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama; c) se acredite que las facultades del demandado no ofrecen suficiente garantía; y d) que haya motivo racional para creer que este procurará ocultar sus bienes, requisitos consignados en los artículos 295 y 298 del CPC". RDJ, t. LXXXIX (1992), segunda parte, sec. 2ª, p. 7 (el destacado es nuestro). MATURANA observa que si los bienes son objeto del juicio "el tribunal, sin calificación alguna respecto de las facultades del demandado, debe conceder la medida solicitada, ya que por ser la cosa disputada el objeto de la retención se ha constituido en causa suficiente por mandato del legislador". *Las medidas...*, ob. cit., p. 96. En el mismo sentido *vid.* ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 165 y ss.

[860] A propósito de la modificación que la Ley Nº 11.183 introdujo en el art. 295 del CPC, el diputado Correa Letelier expresó en la Cámara de Diputados: "La modificación del Honorable Senado tiene esta finalidad: En la actualidad para que se pueda obtener la medida precautoria de retención de dinero o de cosa mueble, es necesario acreditar que las facultades del demandado no ofrecen suficiente garantía. Esta prueba incumbe al que solicita la medida precautoria. Por la reforma del Honorable Senado, basta que la acción se refiera a dinero o cosa mueble para que pueda pedirse la medida precautoria de retención sin necesidad de acreditar que las facultades del demandado no ofrecen suficiente garantía. Por ejemplo, si la demanda consiste en [una] acción respecto de un automóvil, puede solicitarse la medida precautoria de retención sin mayores trámites. Basta que la acción reivindicatoria haya recaído sobre esta cosa mueble para que prospere la medida precautoria. De lo contrario, ¿qué puede ocurrir? Que durante el juicio, el objeto material del pleito sea trasladado a otras partes y que después la sentencia no pueda cumplirse, siendo de este modo burlado el demandante. En consecuencia, las disposiciones actuales del Código referentes a la prohibición de celebrar actos o contratos, contenidas en el art. 296, se han extendido a la medida precautoria de retención. O dicho de otro modo, son medidas que tienen por objeto que las resoluciones judiciales se cumplan en realidad y que los litigantes de mala fe no puedan evadirse". ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 168 y 169.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

medida cautelar es la existencia de un peligro real para el actor. En este sentido, no se entiende por qué razón tratándose del secuestro sí se exige un concreto peligro y en la retención el actor quedaría eximido de esta carga procesal.

De todos modos no se crea que en esta materia los tribunales operan automáticamente. En la práctica los jueces chilenos tienden a refugiarse en el otro elemento normativo, en una especie de compensación sicológica ante la falta de un concreto *periculum*. En efecto, sabemos que el actor siempre debe acreditar los elementos analizados en la parte general de las medidas cautelares, particularmente el *fumus* constituido por los comprobantes que constituyan una presunción grave del derecho reclamado. De este modo, si se pide la retención de bienes que son materia de la controversia judicial y el demandante no acredita el correspondiente *fumus*, la medida no será concedida y en el evento de que erróneamente lo hubiese sido deberá procederse a su alzamiento.[861]

[861] De allí que frente a la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago que desechó un recurso de queja interpuesto en contra del juez de primera instancia que había rechazado la petición de dejar sin efecto las medidas concedidas, porque, entre otros motivos, "se trata de medidas decretadas sobre los bienes que son objeto de la demanda, esto es, son bienes que componen la herencia discutida. Las cosas litigiosas deben ser retenidas si lo pide el demandante, porque respecto de ellas no se exigen los requisitos necesarios para conceder las medidas precautorias sobre bienes que no son materia del litigio" [*rectius*, no se exige ningún *periculum*], la Corte Suprema revocó dicha resolución de segunda instancia y acogió el recurso de queja ordenando el alzamiento de la retención porque "de acuerdo con lo dispuesto en el art. 298 del CPC, las medidas precautorias, aparte de limitarse a los bienes necesarios a los resultados del juicio, para decretárselas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama; Que en el juicio en que estas medidas inciden es dirigido a obtener la nulidad de un testamento que instituye heredera a doña [...] y de una escritura de venta de un bien del testador a favor de su heredera; Que el demandante acompañó como antecedente un informe pericial privado con el que se pretende probar que, tanto las firmas del testamento y escritura pública que originan el juicio, son falsas. Por su parte la demandada, a su vez, acompañó otro peritaje de la misma naturaleza que concluye que dichas firmas son verdaderas; *Que con estos elementos contradictorios no se pudo considerar por el juez que existían en autos antecedentes que constituyen a lo menos presunción grave del derecho que se reclama, más aún, si se tiene en consideración que los documentos dubitados fueron extendidos ante un ministro de fe.* Es por ello que solicitado por la parte demandada el alzamiento de las medidas referidas el juez *a quo* debió acceder a la petición". Gaceta Nº 134 (1991), pp. 34 y 35 (el destacado es nuestro). Lo mismo si, por ejemplo, la retención se solicita antes del inicio del juicio. De allí que entre otros motivos se haya ordenado el alzamiento de la medida prejudicial de retención de un saldo de precio por no haber cumplido el actor con las cargas procesales que estas medidas imponen. *Vid.* RDJ, t. LXXII (1975), segunda parte, sec. 2ª, pp. 117 y 118.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

8.45. En el segundo supuesto, en cambio, sí debe acreditarse un concreto *periculum*. En efecto, el art. 295 dispone que "la retención de dineros o cosas muebles podrá hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero [...] *también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes* [...]". Como sabemos, esta era la única hipótesis prevista al dictarse el CPC. Esta es la situación normal de procedencia de la retención, esto es, respecto de una futura pretensión de condena a pagar una suma determinada de dinero. Aquí la retención recae sobre cualquier bien mueble del deudor que sea embargable y que pueda ser ejecutado; es aquí donde la retención es sinónimo del embargo preventivo.[862] En este segundo supuesto no hay limitación en relación con los bienes que pueden retenerse.

En esta situación el concreto *periculum in mora* que hace procedente esta medida se encuentra en una de dos alternativas: (i) *que las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía* o (ii) *que haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes*. El origen de esta disposición es muy claro en Chile y en España. En Chile la fuente se encuentra en el Proyecto de Lira de 1875 en los siguientes términos: Art. 230: "Hay lugar al embargo: [...] 2º *Siempre que las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía y hubiere motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes*. En la sesión Nº 3 del 14 de mayo de 1875 el señor presidente de la comisión observó que en el número 2º se exige la concurrencia copulativa de las dos circunstancias que allí se expresan, siendo que para autorizar la retención bastaría la primera, es decir, la insuficiencia de las facultades del demandado, aun cuando faltase la segunda, esto es, el temor de la ocultación de los bienes. El señor Huneeus participa de esta manera de ver y propone que en el número 2º se cambie la

862 Observaba ORTELLS respecto de la Ley Enjuiciamiento Civil de 1881 que "de todas las características que son relevantes para precisar la obligación que puede ser presupuesto de un embargo preventivo, y que luego consideraremos, la LEC sólo se refiere a la naturaleza de la misma, a la naturaleza de la prestación: 'Procederá el embargo preventivo tanto para deudas en metálico como en especie' (art. 1399, 1). Digamos ahora, respecto de la llamada deuda en especie, solamente que el solicitante del embargo ha de computarla a metálico [...]. Que se exija como presupuesto una obligación pecuniaria es coherente, en primer término, con la eficacia de la medida cautelar del embargo preventivo, en cuanto esta asegura la ejecución de sentencia de condena a la entrega de cantidad de dinero, mediante la afección de bienes del patrimonio del demandado, para impedir los actos que imposibiliten o dificulten destinarlos a la realización forzosa". *El embargo preventivo*, ob. cit., pp. 97 y 98.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

conjunción copulativa *y* por la disyuntiva *o*, estableciendo así que cada una de las dos circunstancias dará lugar a la retención. Así fue aprobado.[863] Pero la fuente original de esta disposición se encuentra en España, en las diversas leyes de enjuiciamiento que durante el siglo XIX se sancionaron en la Península y que hemos estudiado en detalle en este trabajo.[864]

Ahora bien, si el actor acredita *prima facie* este elemento normativo y, por cierto, los demás que hacen procedente la concesión de las medidas cautelares, el tribunal debe conceder la retención de los dineros o de la cosa mueble; en caso contrario debe rechazarla. Los tribunales nacionales han sido muy estrictos en la acreditación del referido elemento normativo. Pronto afirmaron que:

> Teniendo presente que la medida precautoria de retención sólo procede cuando las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía o hubiere motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes, y que en el caso de autos no se encuentra comprendido en ninguno de los contemplados por la ley para la procedencia de la referida medida precautoria. De conformidad a lo dispuesto en el artículo 285 [actual 295] del CPC, se revoca en la parte apelada la resolución de 29 de enero del año último, que se registra a fojas 35 vuelta, y se declara que no ha lugar a la retención de fondos decretados.[865]

Asimismo, han resuelto:

> Que entre esas medidas cita la retención de las acciones que los herederos de don [...] tengan en los bancos y sociedades anónimas; Que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 285 del CPC [actual 295 pero en aquella época

863 "Actas de la comisión revisora...", ob. cit., pp. 108 y 109.

864 Baste simplemente recordar que en relación con la regulación del embargo preventivo en la Ley de enjuiciamiento civil de 1855 observaba GÓMEZ DE LA SERNA: "Para que proceda el embargo preventivo no basta el título de una deuda que dé lugar a él, es menester que sea el deudor sospechoso de querer defraudar a su acreedor, y este es un punto que necesitaba la ley formular de modo que no quedara abierta la puerta a la arbitrariedad y a la reproducción de los antiguos abusos. Estas sospechas sólo recaen contra el que no tiene domicilio conocido, lo que por sí solo le hace digno de una especial vigilancia, o que en caso de tenerlo haya desaparecido, es decir, cuando se ignora donde ha ido y no se espera su pronta vuelta, o *que exista algún motivo racional para creer que sabiendo que se trata de proceder contra él, ocultará sus bienes". Motivos...*, ob. cit., p. 174 (el destacado es nuestro). Lo mismo se consagró posteriormente en el art. 1400 de la LEC de 1881. "Para decretar el embargo preventivo será necesario: [...] Que, aun teniendo las circunstancias que acaban de expresarse, haya desaparecido de su domicilio o establecimiento, sin dejar persona alguna al frente de él; y si la hubiere dejado, que esta ignore su residencia; o que se oculte o exista motivo racional para creer que ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores".

865 Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de enero de 1919; resolución citada por OTERO ESPINOSA, *Código...*, ob. cit., p. 397.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

en su redacción original] la retención de dineros o cosas muebles podrá hacerse cuando las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía o hubiere motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes; Que sin considerar si en este caso se han acompañado o no comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama y si las medidas se han limitado a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio, que son los demás requisitos que deben concurrir para la procedencia de las precautorias, según lo prescrito en el artículo 288 [298 actual] del mismo Código, porque ello debe ser conocimiento sobre el fondo, que puede incumbir a alguna de las salas de este tribunal, se ve desde luego que la retención a la que se alude en el párrafo anterior ha sido manifiestamente injustificada, puesto que se ha decretado sin una comprobación previa de los hechos que la hacían procedente cuando, por el contrario, las facultades de los demandados atendidos los bienes que por la misma resolución se prohibió enajenar o gravar, aparece de manifiesto que ofrecían suficiente garantía y además no podía en este caso haber motivo racional para creer que procurarían ocultarlos, puesto que habrían podido hacerlo antes, ya que la demanda se había deducido cuatro años atrás [...]. La queja promovida aparece perfectamente fundada en cuanto se refiere a la medida de retención de acciones que es capaz de producir a los afectados un daño irreparable.[866]

Por su parte nuestra Corte Suprema ha señalado que:

Para decretar la medida precautoria de retención de dineros en poder del demandante –como ocurre en la especie– es necesario establecer que las facultades del demandado no ofrecen suficientes garantías o que exista motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes, circunstancias estas que en el proceso tenido a la vista no aparecen probadas, sobre todo si además se tienen en consideración la cuantía del negocio y la calidad de institución bancaria que reviste la demandada; Que los jueces recurridos, al confirmar la resolución que concede la medida precautoria de retención de dineros en la forma que lo hicieron, han incurrido en falta que corresponde corregir por esta vía.[867]

También se ha afirmado:

Que, en primer lugar, las medidas precautorias en general, para su concesión, han de estar destinadas a cumplir con el objetivo para el que fueron

[866] RDJ, t. XXVII (1930), segunda parte, sec. 1ª, pp. 740 y 741. *Vid.* en el mismo sentido: RDJ, t. XXXIV (1937), segunda parte, sec. 1ª, pp. 90-91. Igualmente se ha resuelto que "el legislador ha permitido la medida precautoria de retención de dineros o cosas muebles, según se desprende del artículo 290 número 3 en relación con el art. 295 del Código de Procedimiento Civil, cuando esta recaiga en bienes materia del juicio, cual no es la situación en estudio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado, cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional que procurará ocultar sus bienes, todo lo cual no aparece de los antecedentes traídos a la cuenta [...]". Gaceta Nº 158 (1993), p. 44.

[867] Fallos, Nº 371, 1989, p. 614.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

establecidas en la ley, esto es, asegurar el resultado de la acción, debiendo, además, acompañarse comprobantes que constituyan al menos presunción grave del derecho que se reclama; y, por otro lado, para cada una de ellas en particular deben acreditarse los requisitos que la hacen procedente y todo ello es precisamente lo que el juez debe ponderar y el requirente comprobar, respectivamente, antes de ordenarlas. Que, en el caso de autos, se ha pedido por la parte y se ha decretado por la juez la medida precautoria de celebrar actos y contratos y retención de un bien mueble determinado, *ambas para hacerse efectivas en bienes que no sean materia del juicio*, pero que pertenecen al demandado, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 290, 295, 296 y 298 del Código de Procedimiento Civil, para su procedencia el solicitante debió acreditar los requisitos que las disposiciones legales le exigen, lo que en la especie no ocurre, desde que no acompañó antecedente alguno al efecto [...].[868]

Como se aprecia, los tribunales chilenos han construido una sólida jurisprudencia en torno a la exigencia de este elemento normativo para conceder la retención, cuando se pide respecto de bienes que no son materia del juicio. El actor debe acreditar *prima facie* que las facultades económicas del demandado no ofrecen suficiente garantía (por ejemplo, que su situación patrimonial ha disminuido dramáticamente en los últimos meses, que ha dejado de cumplir con sus obligaciones, que ha propuesto a sus acreedores un convenio extrajudicial para evitar la declaración de quiebra y otras

[868] RDJ, t. XCII (1995), segunda parte, sec. 2ª, p. 112. También se ha señalado que "al acoger el señor juez recurrido la medida precautoria de retención de dineros de la demandada [...], que se encuentran en poder de la empresa [...], sin haber verificado previamente que las facultades de la demandada no ofrezcan suficiente garantía, o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes, se ha apartado de la norma contenida en el artículo 295 del CPC, por lo cual el juez a [*sic*] incurrido en faltas que esta corte está en la obligación de enmendar por la vía que se ha ejercitado para este efecto". Fallos, Nº 382 (1990), p. 516. En este proceso, la corte acogió el recurso interpuesto y dejó sin efecto la resolución de fecha 2 de marzo de 1990, que había concedido la medida de retención de dineros que se adeudaban a la demandada "por compra de trigos hasta la suma de cinco millones de pesos y se declara en su lugar que no se concede dicha medida". Ídem. También la Corte Suprema en un proceso seguido entre una compañía extranjera y el Fisco de Chile por supuestas infracciones aduaneras, en que se concedió a petición de un tercero coadyuvante del Fisco la retención y embargo de dineros pertenecientes a la Compañía hasta por la suma de $ 6.500.000 en poder de terceros o de instituciones bancarias, revocó dichas medidas ya "que según lo dispuesto en el artículo 285 [actual 295] del Código de Procedimiento Civil, las medidas precautorias de que se trata pueden decretarse cuando las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía o hubiere motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes; y de los antecedentes traídos a la vista no consta ninguna de esas circunstancias ni hay motivos graves y calificados de que puedan presentarse posteriormente". RDJ, t. XXXIX (1942), segunda parte, sec. 1ª, p. 237.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

situaciones análogas que demuestren lo justificado de su petición), o la existencia de motivos racionales para creer que procurará ocultar sus bienes. En caso contrario los tribunales nacionales desecharán su petición.

2.3.3. Efectos

8.46. La interrogante que surge al respecto es determinar cuál es la función que cumple la retención en el derecho nacional. ¿Circunscribe la capacidad de disposición jurídica del deudor respecto de los bienes afectos a la medida?, ¿acota la disponibilidad física de dichos bienes?, ¿puede abarcar ambos fines? En caso de ser afirmativa la respuesta a la primera pregunta, ¿dicha restricción lo es respecto de cualquier contrato o acto jurídico, o puede el deudor no obstante la medida ejecutar algunos válidamente? Estas preguntas son las que trataremos de dilucidar en esta sección.

A. Indisponibilidad física

8.47. Veamos la situación referente a la disponibilidad física de los bienes retenidos. Cuando examinemos un poco más adelante en poder de quién deben quedar estos bienes, veremos que el legislador nacional ha previsto una triple alternativa: los bienes pueden quedar bajo la custodia del demandante, del demandado o de un tercero (art. 295 primera parte). En la retención, a diferencia de lo que ocurre con el secuestro judicial, el deudor no queda privado *necesariamente* de la tenencia física de los bienes retenidos, pues podría perfectamente ser nombrado depositario de los mismos. La limitación en la tenencia física de los bienes no es, por tanto, un efecto necesario pero sí posible. Lo razonable en esta materia, al menos como idea general, es que si la retención recae sobre la cosa misma que se litiga el bien quede en manos de un tercero (siguiendo en esto las normas del secuestro). En cambio, si la retención recae sobre otros bienes del demandado, lo más razonable es que el bien quede en manos o del mismo deudor (con lo cual se pueden eliminar o al menos aminorar importantes costos y perjuicios), o en poder del tercero que físicamente tenga los bienes bajo su custodia (por ejemplo, dineros o valores depositados en un banco comercial, acciones depositadas en el registro de accionistas de una sociedad anónima, dineros en poder de una compañía de seguro para pagar un siniestro, dineros en poder del tribunal para pagar una indemnización de daños y

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

perjuicios, etc.).[869] Si bien la norma contempla expresamente la posibilidad de que el demandante pueda ser nombrado depositario, esta situación debiera ser más bien excepcional. Un caso plausible sería aquel en que el actor demande en un proceso declarativo la propiedad de un bien que físicamente está en su poder.[870]

Ahora bien, independientemente de quien sea designado tenedor de la cosa, la obligación que él asume es la de guardarla y conservarla. Esta persona tiene las responsabilidades propias del depositario de la cosa. De allí que si bien el deudor pudiere no quedar privado de la tenencia física del bien, la mantiene en condiciones completamente diferentes de las que tenía antes de concederse la medida. De allí, por ejemplo, que el art. 2220 del CC estipule en el inc. 1º que "por el mero depósito no se confiere al depositario la facultad de usar la cosa depositada sin el permiso del depositante". Sobre este punto volveré al tratar la materialización de la retención.

B. Indisponibilidad jurídica

8.48. La limitación o restricción jurídica es un efecto esencial de esta medida. La retención produce en el derecho chileno –al igual que el embargo en el derecho comparado– una indisponibilidad jurídica transitoria de los bienes afectos a la medida. Sobre este punto existe relativo consenso en la doctrina chilena.[871] El art. 1464

[869] ROJAS, por su parte, observa que la retención debe realizarse en manos de la persona que tiene a su disposición o bajo su custodia los bienes retenidos, sea esta el deudor, el acreedor o un tercero. *Vid. Las medidas...*, ob. cit., pp. 154-157.

[870] Así, en un proceso de demarcación y cerramiento entre dos propietarios se concedió por el juez de primera instancia, entre otras medidas cautelares, la "retención en *poder de los actores* de los árboles volteados al poniente de la línea señalada como demarcatoria en el plano adjunto y que parte desde la confluencia de los esteros Luma y Palo Seco y va en dirección a la cumbre del Cerro Las Quemas, debiendo los árboles quedar en el mismo lugar en que actualmente se encuentran y procediéndose por un ministro de fe a levantar acta en el terreno con indicación del número de árboles y trozos, calidad de los mismos y lugar en que se encuentran". RDJ, t. LIII (1956), segunda parte, sec. 1ª, p. 247 (el destacado es nuestro). Esta resolución fue confirmada por la Corte Suprema al acoger el recurso de queja que los actores interpusieron en contra de la Corte de Apelaciones de Valdivia que había ordenado alzar las medidas decretadas por el juez de primera instancia. Ídem, p. 248.

[871] ROJAS sobre este particular observa que "hicimos presente que la otra gran función que desempeña la retención origina una situación de indisponibilidad en relación con los bienes sobre que se decreta [...]. Existe, entonces, prohibición de disponer de los bienes retenidos. Así lo establece el art. 1464 del Código Civil cuando dice que "hay un objeto ilícito en la enajenación: 3º. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

del CC dispone que "Hay objeto ilícito en la enajenación: [...] 3º. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello". Ya hemos avanzado que existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia nacional en que la expresión *embargo,* empleada en el numeral recién transcrito, no sólo alude a la figura del embargo que opera dentro del juicio ejecutivo por obligación de dar, sino también a otras medidas cautelares incluyendo la retención de bienes determinados. Por nuestra parte, al tratar el secuestro y la intervención judicial, fuimos más categóricos y avanzamos que el número 3 del art. 1464 del CC al hablar de *cosas embargadas* no se está refiriendo a todo tipo de medidas cautelares (por de pronto no incluye al secuestro ni a la intervención judicial), sino principalmente a la *retención* de bienes.[872] ¿Por qué? Porque en la legislación nacional la medida que hace las veces del embargo preventivo es la retención de bienes, y no el secuestro de los mismos. Es el momento de justificar esta afirmación. Veamos el origen de esta medida cautelar.

La primera regulación de la retención en los diferentes proyectos de Código de enjuiciamiento civil la encontramos en el *Proyecto de 1871,* a propósito del libro II sobre *Juicio ordinario.* En el título II denominado *De las providencias precautorias* reglamentó cinco diferentes medidas cautelares, disponiendo en el primer artículo del mencionado título que "Puede el demandante, para asegurar el resultado de la acción que entabla, solicitar separada o conjuntamente las siguientes providencias precautorias: [...] 2ª *Retención de un crédito, o de una cosa mueble.*[873] El inc. 2º del segundo artículo señaló que "La retención consiste en mantener en poder de un tercero, que la adeuda, una cosa mueble que pertenece al demandado". Finalmente, el inc. 2º del tercer artículo dispuso: "La retención es admisible cuando se litiga sobre un derecho estimable en dinero, y que se funda en sentencia ejecutoria, en confesión judicial, en instrumento público o privado reconocido judicialmente. Es asimismo admisible cuando se persigue la responsabilidad civil proveniente de un delito o cuasidelito declarado tal por sentencia ejecutoria, o a la que nazca de un

Las medidas..., ob. cit., p. 179. QUEZADA, por su parte, indica que "la retención tiene los mismos efectos del embargo; produce la indisponibilidad del bien". *Medidas prejudiciales y precautorias,* 2ª ed., Santiago, 1997, p. 101.

872 También incluye, según veremos más adelante, la prohibición de celebrar actos y contratos.

873 *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. 4.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

cargo cuyo ejercicio supone la administración de bienes ajenos".[874] Es patente la confusión que tenía el autor del proyecto en relación con la regulación concreta de esta medida cautelar, especialmente en relación con el secuestro judicial y con los requisitos que debían concurrir para conceder la medida, aun cuando esbozaba algunos rasgos típicos y propios de la retención, sobre todo en relación a la responsabilidad civil y al derecho estimable en dinero.

No se olvide que el título II del *Proyecto de 1871* sirvió de base al título III del libro II del *Proyecto de 1875.* En relación con la medida que ahora nos ocupa, dispuso el art. 225 que "Para asegurar el resultado del juicio puede el demandante pedir: [...] 3º El embargo de bienes determinados".[875] Por su parte, en el art. 230 se señaló que "Hay lugar al embargo: 1º Cuando se persigue la responsabilidad civil proveniente de un delito o cuasidelito declarado tal por sentencia firme, o la que nace del ejercicio de un cargo que lleva consigo la administración de bienes ajenos; 2º Siempre que las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía y hubiere motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes".[876] Finalmente, el art. 231 dispuso que "el embargo se limitará a los bienes necesarios para cubrir el crédito que se reclama y las costas; y se verificará en la forma dispuesta en el párrafo 1º del título *Del juicio ejecutivo*".[877]

8.49. Como vemos, aquí se encuentran las bases principales de la retención en el derecho chileno, pese a que LIRA no hablaba de retención sino directamente de embargo y remitía a las normas del proceso ejecutivo. Ya no se confunde esta medida con el secuestro judicial sino que queda perfilada respecto de la mayoría de los bienes del demandado siempre que ellos sean determinados. Reitera LIRA una de las causales de procedencia de la medida que contenía el anterior proyecto y regula el que hasta el día de hoy constituye el concreto *periculum* de procedencia de esta medida, a saber, *que las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía y hubiere motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes.*

Como sabemos, el título III del *Proyecto de 1875* fue objeto de estudio por parte de la primera comisión en las sesiones 3ª, 4ª, 48ª y 50ª, los días 14 y 21 de mayo de 1875 y 26 de mayo y 2 de junio de 1876, respectivamente. La idea original de la comisión fue mantener

874 Ídem, p. 5.

875 *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. 7.

876 Ídem, pp. 8 y 9.

877 Ídem, p. 8.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

ambas denominaciones, ya que "aun cuando el embargo abraza propiamente la retención, conviene dejar resueltas las dificultades que sobre este punto han surgido en la práctica".[878] Pero, posteriormente, la discusión se decantó por la idea de suprimir el embargo como medida de seguridad al interior de la legislación procesal civil chilena. En efecto, en la sesión Nº 48 el comisionado GANDARILLAS observó que entre las providencias precautorias admitidas por el proyecto se menciona "el embargo o retención, y el art. 233 ordena que se verifique en la forma dispuesta en el párrafo 1 del título *Del juicio ejecutivo*. De modo que sería menester sacar los bienes embargados del poder de su dueño y ponerlos a la disposición de un depositario; lo cual equivaldría a convertir en ejecutivos los juicios que por su naturaleza son ordinarios. Por su parte [el procedimiento ejecutivo] no admite tal embargo sino en virtud de un título ejecutivo, y propone que en el núm. 3º del art. 227 se autorice solamente la retención".[879] Contestando esta indicación los señores ZEGERS, LIRA y ALDUNATE observaron que "el embargo se halla limitado a los dos casos que enumera el art. 232; y que no hay motivo para no autorizar en ellos el embargo desde que se admite la retención, *que es una especie de embargo*: el que la cosa se halle en manos del dueño o de un tercero es circunstancia que no altera la situación del demandado ni las consecuencias de la medida, puesto que se le priva siempre del goce de lo que le pertenece".[880]

La discusión del proyecto sobre este particular continuó en la sesión Nº 50, en la cual el comisionado ALDUNATE defendió la necesidad de mantener el embargo como medida precautoria dentro del orden procesal chileno: "El Código español lo admite, y consagra un título especial al tratar *Del embargo preventivo*. El Código francés lo admite igualmente y no se divisa por qué no habría de adoptarlo

[878] Comisionado ZEGERS, sesión 3ª del 14 de mayo de 1875, "Actas de la comisión revisora...", ob. cit., p. 107. De allí que igualmente la comisión acordó agregar en el inciso 1º del art. 230: Hay lugar al embargo o *retención* "para dejarlo en armonía con lo antes aprobado". Lo mismo tratándose del art. 231 "debiendo decirse al principiar: El embargo o retención". Por su parte, el art. 233 fue aprobado con la siguiente modificación: "En el núm. 1º agregar después de la palabra 'embargo' estas otras: 'o retención'". Ídem, pp. 108 y 109.

[879] Sesión del 26 de mayo de 1876, "Actas de la comisión revisora...", p. 192. El Sr. HUNEEUS apoyó la indicación manifestando que "se suprima también la segunda parte del art. 233". Ídem, p. 192. Se aprecia en estas indicaciones de los comisionados chilenos la clara confusión que en el siglo XIX existía entre las figuras del embargo ejecutivo y del embargo preventivo. Esta situación también ocurrió en la doctrina decimonónica española, según hemos observado.

[880] Ídem, p. 192 (el destacado es nuestro).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

este Proyecto, con tal de circunscribirlo a casos muy calificados. En cuanto a la forma en que haya de hacerse efectivo, le parece natural que sea la que señala el art. 233, es decir, la misma que se prescribe en el título *Del juicio ejecutivo*, puesto que se trata de un acto idéntico, decretado aquí con carácter provisorio y allá de una manera definitiva. *Suprimir el embargo según se propone, al mismo tiempo que se deja subsistente la retención, le parece mera cuestión de palabras; porque los autores de derecho no hacen diferencia alguna entre la retención y el embargo preventivo, y aun cuando se limite la primera a los bienes del deudor que se hallen en poder de terceros, será siempre una especie de embargo, puesto que se priva al demandado del goce de lo que le pertenece*".[881] Por su parte, el comisionado GANDARILLAS insistió sobre su proposición "citando varias disposiciones del Código Civil, según las cuales ambas ideas son completamente diversas, desde que en la retención no se sacan los bienes de poder del dueño para ponerlos en manos de un depositario. El embargo, como medida precautoria, no tiene precedente en nuestra legislación ni en la práctica vigente, mientras que la retención ha sido siempre admitida. Reproduce las consideraciones que ha expuesto en la sesión de 26 de mayo último para sostener su posición relativa a que no se acepte tal embargo en el juicio ordinario, y que se hagan las supresiones consiguientes en este título".[882] Finalmente, tras un prolongado debate, se aprobó la indicación eliminándose la figura del embargo preventivo como medida precautoria al interior del orden procesal civil chileno. Este proyecto fue estudiado por la segunda comisión quien le dio una nueva redacción al artículo 285 (actual 295), eliminando la referencia a la responsabilidad civil como causal expresa de procedencia de esta medida, manteniendo la denominación de retención.[883] La comisión mixta se limitó a aprobar esta disposición en los términos ya vistos.

La ardua e intensa discusión en la primera comisión muestra la enorme confusión que producía la utilización de una misma palabra para dos figuras técnicamente diferentes, por un lado, el *embargo*

[881] Sesión del 2 de junio de 1876, "Actas de la comisión revisora...", ob. cit., p. 197 (el destacado es nuestro). La referencia al Código español es a la Ley de enjuiciamiento civil de 1855.

[882] Ídem, p. 198.

[883] Art. 285 inc. 1º: "La retención de dineros o de cosas muebles podrá hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero, cuando las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía, o hubiere motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes, y en los demás casos determinados por la ley". *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Santiago, 1892, las páginas no aparecen numeradas.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

preventivo, medida precautoria propia de un juicio ordinario, y por el otro, el *embargo ejecutivo* propio de un proceso de ejecución. Sobre esta situación ya hemos ahondado bastante. Sólo hay que recalcar que esto fue propio del siglo XIX en que no existía una clara delimitación doctrinal entre estas dos figuras, y en que en verdad ni siquiera existía una rama denominada derecho procesal, ni menos una dogmática que hubiese ayudado a clarificar las dudas con las que debían trabajar los legisladores en aquellos años. Frente a la dualidad referida, el legislador del CPC reservó la voz *embargo* sólo para la figura que tiene lugar en el proceso ejecutivo y la denominación *retención* para el embargo como medida precautoria.[884] De este modo queda relativamente claro que la retención del derecho procesal civil chileno es el embargo preventivo del derecho comparado y lo más importante, el embargo al que alude el art. 1464 Nº 3 del CC y, por tanto, produce los efectos que allí se regulan. Por lo demás, desde muy temprano así lo entendieron nuestros tribunales, quienes desde el siglo XIX han aplicado la última disposición referida para establecer el alcance de la retención en el derecho chileno.[885]

[884] No deja de ser llamativo que en esos mismos años la comisión que redactó el Código de Procedimiento Penal haya utilizado la expresión *embargo* sin mayor cuestionamiento. En efecto, el Título X del Libro II del CPP llevó por rúbrica *Del embargo de bienes y de las garantías para asegurar la responsabilidad pecuniaria del reo*. El art. 403 original en su inc. 1º dispuso: "Declarado reo el procesado que tenga bienes, el juez ordenará embargarle los que basten para cubrir las responsabilidades pecuniarias que se pronuncien contra él, fijando el monto hasta el cual haya de calcularse el embargo". En la comisión revisora el señor Lira estimó que el embargo de los bienes del procesado es una medida tan grave que no debe decretarse por simples indicios de culpabilidad [...]. El señor Ballesteros observa que sólo se trata de un embargo provisional que dura cinco días y tiene por objeto principal evitar la ocultación de los bienes del procesado. El señor Bañados expone, por su parte, que en tal caso bastaría decretar una prohibición de gravar y enajenar [...]". LAZO, *Los Códigos chilenos anotados, Código de Procedimiento Penal*, Santiago, 1916, pp. 269 y 270.

[885] En un proceso iniciado en la última década del siglo XIX se señaló: "Según consta del escrito del cuaderno expresado de 10 de marzo del año últimamente citado [1890] pidió su representada se notificara al agente en Santiago de aquella Compañía [...] que no pagara al señor Arregui el importe del seguro, retuviese desde luego su valor de $ 20.000 en su poder y, llegado el tiempo del pago, lo consignara a la orden de este juzgado. Hace presente que el señor [...] al ser notificado del decreto que acogió esa petición manifestó que la notificación debía hacerse al agente general de la Compañía [...], lo que se verificó el 13 de marzo de 1890, por medio del exhorto correspondiente, exponiendo, según consta de la diligencia de notificación del cuaderno de concurso citado, que haría la retención ordenada". El juez de primera instancia señaló: "Que como aparece, la retención del seguro [...] pedida y decretada, fue para cuando llegara el caso de pagarlos, y

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En 1906 nuestra Corte Suprema señalaba:

> Que la retención de dineros decretada en un juicio a favor de un acreedor, no le da a este un derecho real de prenda sobre la suma retenida, sino que esta queda siempre en el patrimonio del deudor y puede ser perseguida y embargada por otro acreedor. Sin embargo, *es nula toda adjudicación que se haga al segundo acreedor de esos dineros, sin haberse alzado previamente esa retención decretada a favor del primero.*[886]

En 1938 nuestro máximo tribunal al conocer un recurso de casación en el fondo, señaló:

> Que por lo que respecta a las infracciones que se hacen valer en tercer lugar el fallo da por establecidos los hechos siguientes: que en el cuaderno de medidas precautorias del juicio sobre cobro de perjuicios que el tribunal sentenciador se hizo llevar a la vista para mejor resolver, seguido entre las mismas partes, se decretó a petición del arrendador [...] la retención de los $ 16.500 a que se ha aludido entregados al arrendatario [...]; Que según estos hechos, en juicio sobre indemnización de perjuicios seguido por el arrendador y aquí ejecutante [...] contra el arrendatario y ejecutado [...] se decretó retención en poder de aquel del valor de $ 16.500 que el segundo le entregó conforme al contrato para responder al cumplimiento de sus obligaciones y como la sentencia recurrida declara que mediante esa entrega quedó pagado el valor del último

en tal sentido debe por consiguiente entenderse la exposición de don [...] representante de la Compañía [...], referente a que haría la retención ordenada [...]. Que en el proceso criminal de que dan cuenta las sentencias compulsadas [...], quedó reconocido definitivamente que ese incendio fue intencional y con el fin de obtener el valor del seguro; Que, por consiguiente y conforme a la póliza, la Compañía mencionada no ha estado en la obligación de pagar el seguro referido, quedando por el mismo hecho caducada la indicada retención". La Corte de Apelaciones confirmó esta sentencia. Por su parte, la Corte Suprema resolviendo el recurso de casación en la forma señaló: "Que estableciendo, como lo ha establecido la sentencia recurrida la no existencia de la obligación de que se trata, lógicamente tenía que establecer también la caducidad de las medidas que se motivaban en la existencia de esa obligación". Finalmente, resolviendo el recurso de casación en el fondo indicó: "Que las resoluciones judiciales que aceptaron la retención pedida por la recurrente, no tuvieron otro alcance que decretar una medida precautoria, de carácter eventual [provisional diríamos ahora], pues recayeron sobre el valor del seguro contratado por Arregui y cuyo pago era reclamado en juicio seguido por los señores [...] cesionarios de aquél, contra la Hamburgo Bremense". Lógicamente mientras estuvo vigente la retención, la compañía de seguros no pudo disponer de los dineros retenidos precisamente porque la retención se lo impedía jurídicamente. RDJ, t. III (1905), segunda parte, sec. 1ª, pp. 306-312.

[886] RDJ, t. III (1906), segunda parte, sec. 1ª, p. 402 (el destacado es nuestro). En sentido opuesto a esta sentencia y con un notable voto especial, *vid.* RDJ, t. III (1905), segunda parte, sec. 1ª, pp. 90-95. *Vid.*, igualmente, RDJ, t. XXVII (1930), segunda parte, sec. 1ª, pp. 331-335.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

semestre porque esa fue la intención de los contratantes, es evidente que con esta resolución se ha infringido [...] los demás [artículos] citados en el tercer grupo de infracciones [280 Nº 3; 285 inc. 2º, actuales 290 Nº 3 y 295 inc. 2º], que establecen, entre las medidas destinadas a asegurar el resultado de una acción, la retención de bienes determinados y que la retención de dineros o cosas muebles podrá hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero; y ello por lo ya dicho de que el tribunal sentenciador ha prescindido de esa medida judicial y porque, además, expresamente ha estimado que ella no es obstáculo para declarar efectuado el pago con un valor, el retenido, que estaba afecto a los resultados de otro juicio y, por consiguiente, *en condiciones de no poder disponerse de él sin perjuicio del juez de la causa so pena de incurrir en nulidad de la enajenación por ilicitud del objeto conforme al artículo 1464 Nº 3 del Código Civil.* La argumentación de la sentencia de que esa retención no puede destruir los efectos de un contrato legalmente celebrado no reviste el menor examen, pues propio de las medidas precautorias el indicado efecto.

De allí que la Corte dicta sentencia de reemplazo en la cual señala:

Que, como se ve, antes de la segunda quincena de diciembre de 1932 en que el arrendatario [...] debía efectuar el pago del último semestre del contrato, se decretó en el juicio a que se ha aludido, y para llevarla desde luego a efecto, la medida precautoria de retención del expresado valor de $ 16.500, con lo que quedaron esos dineros afectos a los resultados del referido juicio, conforme a los artículos 280 Nº 3 y 285 del CPC, sin poder disponerse de ellos sino con permiso del juez de la causa, lo contrario de lo cual haría nula la enajenación por ilicitud del objeto, conforme al artículo 1464 Nº 3 del Código Civil".[887]

Asimismo, la Corte Suprema al acoger un recurso de casación en el fondo presentado en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, que había desechado la excepción de falta de exigibilidad del título alegada por el ejecutado por existir una medida precautoria de retención dictada en un proceso de resolución de contrato, señaló:

Que el problema jurídico que el recurso plantea es el de saber si es actualmente exigible la obligación de pagar el saldo de precio de una compraventa, no obstante haberse decretado por la justicia una medida provisional precautoria que autorizaba retener en poder del deudor dicho saldo de precio; Que el fallo recurrido deja constancia que "al ejecutado [...] se le concedió provisionalmente la medida precautoria de retención en su poder del saldo de precio adeudado ascendente a 400.000 pesos", pero agrega que "no es menos cierto que la resolución judicial respectiva no se encuentra firme, y sobre ella recae pronunciamiento del Tribunal con esta fecha; Que establecido el hecho anterior, la cuestión se reduce a saber si la circunstancia de no encontrarse a firme la medida provisional precautoria sobre el saldo de precio que es objeto de la ejecución, es causal suficiente para considerar que aquella medida no perjudica ni afecta la exigibilidad de la obligación en que recae [...]; Que provisional o definitiva una medida precautoria vigente de retención en poder del deudor de la suma debida, limita los derechos del acreedor y faculta al obligado para excusarse de hacer el pago mientras esté protegido por la orden judicial que le autoriza para suspender el cumplimiento de la obligación; Que no hay en la especie duda alguna acerca del hecho de que, al requerirse al deudor de pago, estaba en vigor una medida precautoria de retención en poder del deudor de la suma reclamada, de modo que, en razón de tal circunstancia la obligación cuyo cumplimiento se perseguía en la ejecución no era en ese momento exigible.[888]

[887] RDJ, t. XXXV (1938), segunda parte, sec. 1ª, pp. 280-282 (el destacado es nuestro).

8.50. Los efectos de la retención no se circunscriben, por tanto, a una simple indisponibilidad física del bien. Su principal efecto consiste en limitar la disposición jurídica del deudor en relación con los bienes retenidos. Ya hemos avanzado que sobre este particular existe relativo consenso. Cosa distinta es determinar si esta limitación afecta también a aquellos actos jurídicos que no significan una enajenación del bien. Todos estaremos de acuerdo en que lo que prohíbe el art. 1464 Nº 3 del CC es la *enajenación* del bien retenido que se sanciona con ilicitud del objeto, pero ¿qué ocurre con el arriendo, con el comodato o con cualquier otro contrato que se celebre sobre ese bien? La expresión *enajenación* incluso en su acepción más amplia no incluye contratos como los referidos. Así, se ha dicho que "el sentido natural y obvio del término 'enajenación' y según se desprende del contexto general de nuestra legislación, debe entenderse que hay justamente enajenación de bienes cuando se transfiere por acto entre vivos la propiedad de alguna cosa, a título lucrativo, como la donación, o a título oneroso, como la permuta o venta, pudiendo aun estimarse, tomando aquel término en una significación más amplia, que hay también enajenación sobre una cosa cuando dentro de los atributos del dominio, se la obliga o sujeta a ciertas limitaciones o gravámenes, como por ejemplo, en los casos de prenda, hipotecas o constitución de una hipoteca".[889] No

[888] RDJ, t. XLV (1948), segunda parte, sec. 1ª, pp. 20 y 21.

[889] RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 2ª, p. 4. En el mismo sentido *vid.* Fallos Nº 320 (1985), p. 421. CLARO SOLAR, por su parte, refiriéndose al art. 1464 plantea la interrogante de establecer ¿cuál es el sentido que debe darse a la palabra *enajenación* de que la ley se sirve al declararla ilícita con respecto a las cosas y derechos que indica? Luego de explicar que dicha voz tiene dos acepciones, una amplia y otra restringida, se inclina por la última de estas posibilidades, esto es, aquella que únicamente se refiere a los actos que tienen por objeto la transferencia del dominio, es decir, a la tradición que tiene como antecedente un título traslaticio de dominio. *Vid. Explicaciones de derecho civil y comparado*, Santiago, tomo undécimo, *De las obligaciones II*, edición facsimilar, 1992, pp. 268 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

hay duda, por tanto, que el deudor podría celebrar algunos actos o contratos como los indicados que claramente no importan enajenar el bien retenido. CLARO SOLAR incluso acepta la venta de las cosas embargadas (entiéndase retenidas) porque "quien vende no enajena".[890] Con todo, esta afirmación debe ser matizada. No olvidemos que el depositario tiene la obligación de guardar y conservar el bien. Esta persona no puede desprenderse de la tenencia física de la cosa retenida pues tiene a su respecto las mismas obligaciones del depositario de la cosa. Por tanto, tratándose de aquellos contratos que obligan al deudor a entregar la cosa (arriendo, comodato, depósito) por más que pudiera concluirse que el deudor sí puede realizarlos, no podría físicamente poner la cosa a disposición de una tercera persona. Respecto de aquellos otros contratos que no envuelven un desprendimiento físico del bien (contrato de seguro, por ejemplo), no hay inconveniente jurídico en su celebración.

8.51. La posibilidad de que el deudor pueda válidamente realizar algún acto que importe la enajenación del bien, está condicionada a que el juez que concedió la medida o el acreedor que la solicitó accedan a ello. Es decir, la contingencia de enajenar válidamente un bien que ha sido retenido requiere previamente de una de estas dos autorizaciones: o del tribunal que ordenó la medida o del acreedor que la pidió. Concurriendo cualquiera de estas dos situaciones la enajenación que se lleve adelante no adolecerá de objeto ilícito. La autorización debe ser, en todo caso, previa a la enajenación. AVELINO LEÓN observa sobre el particular: "La primera excepción surge cuando el juez que decretó el embargo puede dar la autorización, ya que es este el único que cuenta con los antecedentes para decidir resguardando los intereses del acreedor".[891] Agrega el autor citado que esta autorización debe ser expresa, esto es, con conocimiento de causa, y tiene que referirse "específicamente al embargo o prohibición decretados".[892] Surge la interrogante de determinar qué razones podrían llevar al tribunal a permitir esta enajenación. Parto del supuesto de que entre estas razones no se encuentra la circunstancia de que hubiere desaparecido el peligro por el cual la medida fue concedida. En este último caso simplemente procedería alzar la medida. Se trata de establecer por qué razón el juez podría autorizar la disposición de

[890] CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil...*, ob. cit., tomo undécimo, p. 272.

[891] AVELINO LEÓN *El objeto...*, ob. cit., p. 107. Véase, además, la abundante jurisprudencia que cita en apoyo de su opinión.

[892] Ídem, p. 107.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

un bien cuya retención aun es necesaria. Si la retención se decretó respecto de *otros bienes determinados del demandado,* una buena oferta económica por estos bienes podría llevar al tribunal a autorizar su enajenación. También podría ser una razón de peso el hecho de que el cuidado de estos bienes sea excesivamente oneroso, o que el bien se encuentre en peligro de un rápido deterioro. También, por cierto, si el deudor ofrece reemplazar los bienes retenidos por otros que de igual forma garanticen el crédito del acreedor. En cambio si la retención ha sido decretada respecto *de los bienes que son materia del juicio,* lo más razonable es que sea el propio actor quien autorice su enajenación. Él es quien está en mejores condiciones de establecer si resulta conveniente o no autorizar al deudor a enajenar dicho bien. Esto último, en todo caso, no es sencillo. En este supuesto téngase en cuenta que lo que desea recuperar el actor es justamente el bien que ha sido retenido, por lo que a primera vista no se ve fácil que él dé su consentimiento. Ahora bien, en opinión de nuestra doctrina este consentimiento puede ser expreso o tácito, "porque la ley no exige el consentimiento expreso".[893] Surge la duda de establecer si frente a la negativa del deudor podría el juez conceder esta autorización. Desde un punto de vista positivo no hay duda de que el tribunal sí puede hacerlo. La norma es diáfana en cuanto a que es el acreedor *o* el tribunal quienes pueden prestar el consentimiento, y, por otro lado, la ley no circunscribe la actuación del juzgador exclusivamente al supuesto en que se retengan *otros bienes* del deudor. En esta situación la autorización del tribunal podría darse en el evento de una actuación de mala fe del acreedor, de una negativa caprichosa que busque principalmente causar daños y perjuicios en el deudor. No se olvide, en todo caso, que la figura del abuso de derecho no es fácil de configurar en el ordenamiento jurídico chileno.

2.3.4. Materialización y administración

8.52. Una vez que el tribunal ordena la retención de los bienes del demandado debe procederse a la ejecución de la medida. Para ello el tribunal debe designar al respectivo depositario, esto es, la persona bajo cuya responsabilidad quedarán las cosas mientras se sustancia el proceso. Sobre el particular, la primera parte del art. 295 dispone que la retención de dineros o cosas muebles *podrá*

[893] CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil...*, ob. cit., tomo undécimo, p. 274.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o *de un tercero.* Por su parte, el inc. 2º del art. 295 señala que "Podrá el tribunal ordenar que los valores retenidos se trasladen a un establecimiento de crédito o de la persona que el tribunal designe cuando lo estime conveniente para la seguridad de dichos valores". Como se aprecia, hay en esta parte una diferencia fundamental con el secuestro. Ya hemos avanzado que en el caso de la retención no es de la esencia que las cosas retenidas queden en manos de un tercero distinto del actor y del demandado, pues podría perfectamente designarse al propio deudor como depositario de la cosa. Desde esta perspectiva la retención se presenta como una medida menos costosa que el secuestro y puede, eventualmente, evitar daños y perjuicios innecesarios en el patrimonio del deudor.[894] Ya hemos visto que este depósito también puede recaer en manos de un tercero[895]

[894] Así, por ejemplo, en un proceso seguido entre un banco y una cadena de supermercados, por resolución de 24 de junio de 1992 "se otorgó de plano la medida precautoria de 'retención' de mercaderías no perecibles de las existentes en las bodegas de la sociedad demandada, ubicadas en Infante 328 de La Serena hasta por la suma de $ 130.000.000, según apreciación prudencial que debía efectuar el ministro de fe encargado de su cumplimiento, *disponiéndose que ellas quedasen por ahora en poder del demandado [...] en calidad de depositario*" (el destacado es nuestro). *Fallos*, Nº 412 (1993), p. 29. También se ha ordenado que la retención de los minerales que se extraigan de determinadas pertenencias mineras se materialice en las canchas de las minas y en las plantas beneficiadoras. Fallos, Nº 384 (1990), p. 691. Que la retención de tomates se efectúe en poder del tenedor de ellos por la suma de $ 30.000.000, o su equivalente a 1.260 toneladas, Fallos Nº 450 (1996), p. 947. Posteriormente en este proceso se pidió el secuestro de la producción de 18 hectáreas de tomates plantados en las parcelas 19 y 21, ubicadas en el sector de Rinconada de la localidad de El Tambo, *especies que deberán quedar en poder del martillero público.* Esta situación muestra exactamente la diferencia entre la retención y el secuestro en cuanto a la persona que puede o debe quedar a cargo de los bienes retenidos o secuestrados. En el primer caso es el propio tenedor de los tomates; en el segundo es necesariamente un tercero: un martillero público.

[895] Así, se ha ordenado por nuestros tribunales que la retención de una acción de la Bolsa de Comercio de Santiago sea efectuada en la gerencia de esta hasta el término del juicio arbitral y la retención en poder de la Bolsa de Comercio de los dineros que en calidad de garantía permanente tiene allí el accionista demandado. RDJ, t. XLVIII (1951), parte segunda, sec. 1ª, p. 2. Que la retención de dineros quede en poder de la compañía de seguros, RDJ, t. XLVI (1949), segunda parte, sec. 1ª, p. 399. Que la retención de un camión quede en manos de un tercero en calidad de depositario, RDJ, t. XXV (1928), segunda parte, sec. 1ª, p. 570. Que la retención de dineros se haga en poder del síndico de quiebras, Gaceta Nº 57 (1985), p. 42 (aun cuando en este caso la Corte Suprema finalmente ordenó alzar la medida). También se ha solicitado y decretado como medida prejudicial precautoria la retención de fondos hasta por la cantidad de $ 2.000.000.000 (aproximadamente 3 millones de dólares), haciéndose efectiva en las cuentas corrientes de

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

o del propio actor.[896] Puede también el tribunal, de acuerdo a lo previsto en el inc. 2º del art. 295, 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.

En relación con las facultades del depositario y la forma como se materializa la administración de los bienes retenidos, se aplican las disposiciones pertinentes del contrato de depósito.[897] No todos los artículos que regulan este contrato reciben aplicación en esta materia, sino sólo aquellos que sean compatibles con la naturaleza cautelar de esta medida. Inclusive no es fácil establecer en esta situación quién es el depositante del bien, pues no parece que sea el solicitante de la medida, sino más bien el juez que la ordena. En todo caso, no estamos argumentando que la retención se transforme en un contrato de depósito. Lo único que hemos afirmado es que respecto de las facultades del depositario y de la forma como se lleva adelante la administración del bien retenido, se aplican las normas

la demandada y quedando el dinero a cargo de las respectivas entidades bancarias (posteriormente la retención fue alzada por una fianza). RDJ, t. XCIV (1997), segunda parte, sec. 1ª, pp. 1 y 2.

[896] De esta manera, se ha concedido la medida de retención sobre un saldo de precio de una compraventa en poder del actor que demandó la resolución del contrato, y que a efectos de enervar la acción ejecutiva que el vendedor había iniciado en su contra, "obtuvo la medida precautoria de retención en su poder de la suma de $ 400.000 en que se comprende la cantidad que motiva la ejecución". RDJ, t. XLV (1948), segunda parte, sec. 1ª, p. 20.

[897] Por su parte, ROJAS observa que "la circunstancia anotada de que el deudor deba guardar o conservar la cosa retenida, nos indica, ahora, que dicha persona asume la responsabilidad de un depositario". Pero el autor descarta que las reglas de este depósito sean las mismas que las del depósito en el secuestro judicial. Agrega, entonces: "Pero donde reside fundamentalmente la distinción entre el depositario que existe en la retención y el que encontramos en las instituciones señaladas, es en lo siguiente. Sabemos que la persona en cuyas manos se realiza la retención tiene la obligación de guardar o conservar la cosa retenida; en eso reside su encargo y consiste su responsabilidad. Pues bien, en el secuestro y en el embargo del juicio ejecutivo, las obligaciones del respectivo depositario son más amplias, puesto que no sólo le corresponde conservar la cosa sino también tiene la obligación de administrarla [...]. De modo, entonces, que en tanto en el secuestro y el embargo ejecutivo, el depositario se encarga, además de la guarda de la cosa, de la administración de la misma, por expreso mandato de la ley, en [la] retención la responsabilidad del retenedor se limita a responder por la guarda o conservación del bien sobre el cual ha recaído la medida asegurativa, puesto que no existe norma jurídica alguna que lo constituya responsable también de su administración". *Las medidas...*, ob. cit., pp. 158, 160 y 161.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

pertinentes del depósito previsto en el CC. Al respecto, ya hemos avanzando que por el mero depósito no se confiere al depositario la facultad de usar la cosa depositada sin permiso del depositante (art. 2220, inc. 1º del CC). Ahora bien, si se trata de bienes que no se deterioran sensiblemente por el uso, el depositario puede hacer uso de los mismos (art. 2220, inc. 3º del CC). Por su parte, el art. 2223 nos recuerda que la obligación de guardar la cosa comprende la de respetar los sellos y cerraduras del bulto que la contiene.

En cuanto a la responsabilidad que asume el depositario, en principio este responde de la culpa grave (art. 2222 del CC), pero si tiene algún interés personal en el depósito responderá de la culpa leve. Esta regla debe ser matizada en el caso de la retención. La razón por la cual el depositario responde de la culpa grave se encuentra en que el contrato de depósito es gratuito (art. 2219 inc. 1º). En el caso de la retención el depósito por regla general no será gratuito y, por lo tanto, aquí no hay una relación de confianza o amistad entre las partes. Por el contrario, estamos en un proceso judicial en el que probablemente la relación de las partes será más bien difícil y en la cual es usual que existan profesionales que cobren por sus servicios de depósito. Por esta razón, la regla debiera ser que el depositario responda de la culpa leve, a menos claro está, que se pruebe que ha ejercido el cargo gratuitamente.

En cuanto a las obligaciones del depositario, no veo inconveniente en aplicar las normas del secuestro judicial, especialmente los artículos 2256 y 2257 del CC. El primero dispone que mientras no recaiga sentencia de adjudicación pasada en autoridad de cosa juzgada, no podrá el secuestre exonerarse de su cargo, sino por una necesidad imperiosa, de que dará aviso al juez, para que disponga su relevo. Por lo tanto, el depositario debe ejercer su cargo a lo largo de todo el proceso, sin que por regla general pueda exonerársele de esta obligación. Nada impide, sin embargo, que las partes pidan su cese y que el juez así lo ordene. Finalmente, una vez que quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin al proceso, el depositario debe restituir el bien al adjudicatario (art. 2257 inc. 1º del CC).

2.3.5. Alzamiento

8.53. En relación con el alzamiento de esta medida cautelar, debemos tener presente que el legislador no contempló en las normas propias de la retención la posibilidad de que el deudor pida su alzamiento pendiente el proceso. Una vez más, por tanto, se aplica

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

íntegramente lo dispuesto en el art. 301 del CPC y lo que ya hemos expresado a su respecto, con las siguientes observaciones. En relación con la facultad de hacer cesar esta medida proponiendo una caución de resultas, debemos analizar las dos hipótesis ya estudiadas. En la primera hipótesis, esto es, cuando la retención recae sobre la especie misma que se litiga, se aplica *mutatis mutandi* lo que hemos manifestado a propósito del secuestro de la cosa, es decir, que el tribunal debe ser especialmente exigente con la caución propuesta, porque la mejor garantía que tiene el actor en este caso es mantener al demandado privado de la disponibilidad física y jurídica de la cosa. En la segunda hipótesis, esto es, cuando la retención recae sobre dineros u otros bienes del demandado, el tribunal debe analizar el tipo de garantía ofrecida y los mayores o menores perjuicios que la retención despliega en el patrimonio del deudor. Al respecto nuestros tribunales han dicho:

> Que en resolución de 12 de mayo de 1960, escrita a fojas 12 del mismo cuaderno, se accedió a la medida precautoria de retención del dinero solicitado por el actor en lo principal del escrito de fojas 1 hasta por la suma de tres mil escudos en la cuenta del tribunal; pero posteriormente el demandado a fojas 53, solicitó la substitución de esa medida prejudicial precautoria por una caución suficiente de acuerdo con el artículo 301 del CPC, ofreciendo la fianza del abogado [...] y el juzgado *a quo*, teniendo por suficientemente acreditada la solvencia de la persona del fiador con el documento de fojas 63, acordó extender la fianza en acta ante el señor secretario [...]; Que planteada así la cuestión, dejando constancia que la retención del dinero se cumplió con la boleta acompañada por la compañía [...], procede estudiar si esa substitución de fianza de dinero efectivo por la persona del señor [...] está ajustada a la ley; Que acorde con lo prevenido en el artículo 301 del CPC, en cuanto a que todas las medidas precautorias son esencialmente provisionales y deben hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes, debe entenderse que este lenguaje del Código exige que el cambio de caución debe ser en términos que garantice al acreedor su acción en igual forma e idéntica seguridad; Que, aun cuando existe similitud entre retención y fianza, la verdad es que difieren substancialmente, pues mientras la primera se cumple en su oportunidad con el hecho de solicitar se gire cheque por el valor retenido, la segunda necesita un procedimiento complejo, porque a veces necesitaría un juicio, aparte de ser incierta esa garantía por la insolvencia en que puede caer el fiador. En efecto, la retención de dinero da la seguridad de defender la acción o derecho del demandante, como cuando se retienen bonos, acciones o hay una garantía hipotecaria; pero esa sensación no ocurre con una simple fianza nominal, cualquiera que sea la persona del fiador o los bienes que esta posea; Que otra cosa es si al demandante se le hubiera extendido una fianza hipotecaria por escritura pública, como también lo solicitó y a lo que el juez no dio lugar o se le hubiera entregado en prenda bonos o acciones de un valor equivalente al dinero retenido o hubiera renunciado a tener una garantía real de sus dere-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

chos, lo que no ha ocurrido en la especie; Que en el caso en estudio, es tanto más razonable aceptar la tesis del demandante, como lo hace el tribunal, si se considera que el documento de fojas 63 no es un certificado de gravamen, sino un simple certificado de dominio, como lo dice el escrito de fojas 66 y que el deudor es insolvente, según los documentos de fojas 25 a 36 y 56 del cuaderno principal, y en consecuencia, procede desechar la substitución de la retención decretada [...] por la fianza señalada en la presentación de fojas 53 y acogida a fojas 63, porque esa garantía personal menoscaba el derecho del demandante que había obtenido a su favor una garantía real.[898]

La resolución anterior plantea algunas cosas interesantes. En primer término, frente a la facultad del deudor de pedir el alzamiento, el actor tiene la prerrogativa de oponerse a dicha petición y/o a la garantía propuesta. En esta circunstancia el tribunal debe analizar, primeramente, la naturaleza de los bienes sobre los cuales decretó la retención (debe ser más exigente si fue dinero que si recayó en otros bienes) y, también, debe tener presente la magnitud de los perjuicios que la medida ocasiona.[899] En segundo término, se equivoca el tribunal cuando afirma que la retención constituye una garantía real. Las medidas cautelares en el orden procesal civil chileno no producen ninguno de los efectos de las garantías reales, no dan derecho de persecución, como la prenda o la hipoteca, ni confieren preferencia alguna en el pago de las deudas.

La segunda posibilidad que contempla el art. 301 del CPC de levantar la medida cautelar durante el transcurso del proceso dice relación, como sabemos, con la facultad que tiene el demandado de pedir su alzamiento tan pronto desaparezca el *peligro* que se ha procurado evitar con su concesión. Por tanto, para saber en qué casos opera este supuesto debemos relacionarlo precisamente con el concreto *periculum* que el tribunal tuvo en vista al conceder la retención de bienes determinados. Ya sabemos que si la retención se pide respecto de la cosa objeto de la pretensión no es necesario acreditar *periculum in mora* alguno. Si esto es así, habrá que concluir que el deudor no puede pedir el alzamiento de la medida bajo este

[898] RDJ, t. LIX (1962), segunda parte, sec. 1ª, pp. 204 y 205.

[899] Es precisamente la indisponibilidad jurídica la que puede provocar enormes perjuicios en el patrimonio del deudor. Así, por ejemplo, tratándose de la retención de minerales, se ha argumentado que "esa retención importa indirectamente la paralización de la explotación, ya que ningún productor minero puede extraer mineral indefinidamente, financiando remuneraciones, maquinarias y equipos, planta de procesamiento, etc., sujeto al gravamen de mantener retenido 'in situ' el producto de la explotación, *sin poderlo comercializar*; así, en el hecho, se trata del cierre de la mina y planta y de la fuente de trabajo para el personal y de actividad para la zona". Fallos, Nº 384 (1990), p. 691.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

supuesto. En la segunda hipótesis, en cambio, sí se exige un concreto peligro (que las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía o que exista motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes), por lo tanto, si durante el proceso las facultades del demandado ofrecen garantía suficiente o desaparece el motivo racional por el cual se pensaba que podía ocultar sus bienes, el tribunal debe ordenar el cese de la medida. Si, por el contrario, el deudor no pide que se deje sin efecto la retención o si demandándolo, el tribunal rechaza su reclamación, la medida permanecerá en vigor durante toda la sustanciación de la causa. Ya sabemos que esta última situación no significa que la medida no se extinguirá en algún momento. La retención concluirá cuando quede ejecutoriada la sentencia definitiva que ponga fin al conflicto, de acuerdo con la naturaleza instrumental que revisten estas medidas. Si la resolución favorece la pretensión del actor y la medida fue concedida respecto de la cosa misma que se demandó o sobre dineros, el depositario debe entregarle dicha cosa o el dinero. Si la retención recayó sobre otros bienes del deudor, debe procederse a la ejecución de los mismos a efectos de pagar al demandante. Si, por el contrario, el juicio favorece la resistencia del demandado debe alzarse de inmediato la medida porque ella se ha mostrado finalmente infundada.

2.4. *Prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados*

2.4.1. Planteamiento

8.54. La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados constituye la medida cautelar más importante de la legislación procesal civil de nuestro país. Es con distancia a la que más se acude en la práctica judicial chilena. Su regulación en el derecho nacional se remonta al Proyecto de Código de enjuiciamiento civil de 1871.[900]

[900] En dicho proyecto en el primer artículo (sin numeración) del título II se indicaba que "puede el demandante, para asegurar el resultado de la acción que se entable, solicitar separada o conjuntamente las siguientes providencias precautorias: [...] 4ª Prohibición de celebrar contratos sobre bienes determinados". Por su parte, en la parte final del cuarto artículo se señalaba: "[...] La prohibición de celebrar contratos debe fundarse en un derecho real que conste por instrumento público, por sentencia ejecutoriada, por confesión judicial; y se limita a los bienes que son materia del litigio". *Proyecto de Código...*, ob. cit., pp. 4 y 5. En la introducción que precedió a este proyecto se expresaba: "Esta misma idea [restricción en la proce-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

No deja de llamar la atención que en el derecho comparado sea una medida más bien desconocida, o de aplicación marginal a la que no se le dedican sino unas cuantas páginas; así ocurre, por ejemplo, en el derecho argentino y español.[901] Por contraste, en la regulación nacional es sin duda la que mayor amplitud presenta. En efecto, no sólo es a la que más acuden los abogados en la práctica diaria de la profesión sino que procede, según lo veremos, respecto de todo tipo de actos (bilaterales y unilaterales) y respecto de todo tipo de contratos (gratuitos y onerosos, conmutativos y aleatorios, etc.).[902] Se aplica,

dencia de estas medidas] dominan las disposiciones relativas al secuestro, depósito y prohibición de celebrar contratos [...]. Esta es la razón que hemos tenido para no aceptar la prohibición de contratar sino en el caso de entablarse una acción real sobre la cosa que es materia de la prohibición, y si la extendemos a otros bienes, exigimos siempre que sea bajo la condición de especificarlos y cuando la precaución sea requerida en resguardo de los intereses de la mujer casada, del menor, del Fisco, de las municipalidades y de los establecimientos de beneficencia". *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. IX. Como vemos, aquí se contiene parte de la regulación actual aunque la medida aparece muy limitada. Por de pronto, sólo se hacía referencia a la prohibición de celebrar *contratos* y por regla general sólo respecto de la cosa que era objeto de la prohibición. Se exigía, igualmente, que se hubiere entablado una acción real. LIRA y la primera comisión efectuaron algunas modificaciones en esta materia, aun cuando el art. 232 del *Proyecto de 1875* prácticamente reprodujo la anterior regulación: "La prohibición de celebrar contratos sobre bienes determinados se limita a los que son materia del juicio". Sin embargo, se eliminó el requisito de la acción real, y se contempló un artículo (el 234) relativo a los bienes raíces (situación a la que me referiré más adelante). Se mantuvo en el art. 233, con ligeras modificaciones, la posibilidad de que ciertas personas (la mujer casada, el pupilo y el Fisco, principalmente) pudieran pedir la prohibición sobre todos los bienes del demandado, enumerándolos. *Vid. Proyecto de Código...*, ob. cit., p. 9. La regulación en los términos que hoy la conocemos, esto es, respecto de actos y contratos, y en forma genérica respecto de cualquier bien del demandado fue fruto de la segunda comisión, de la cual no hay antecedentes.

[901] Así, en el derecho argentino se conoce la figura de la prohibición de contratar, que en general la doctrina trata como una subespecie de la prohibición de innovar. Respecto de la prohibición de contratar PODETTI expresa que "No obstante su frecuente uso en las convenciones, la prohibición de contratar como de cautela jurisdiccional, es poco usada. Como prohibición de enajenar, aparecía en la hoy derogada Ley Nº 1893 [...]". *Tratado...*, ob. cit., p. 389. En el mismo sentido *vid.*, MARTÍNEZ BOTO, *Medidas cautelares*, ob. cit., pp. 429-434; ARAZI (director), *Medidas cautelares*, ob. cit., pp. 289-294.

[902] En todo caso, por muy amplia que sea esta medida ella debe solicitarse en relación con actos o contratos sobre derechos que el deudor efectivamente tenga en su patrimonio. De allí que nuestra Corte Suprema haya negado lugar a la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre derechos que a la demandada corresponden en un inmueble de la sociedad conyugal, porque sobre dicho inmueble la mujer no tiene ningún derecho. Señala la resolución: "Que

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

asimismo, respecto de cualquier bien sea este corporal o incorporal, mueble o inmueble (art. 297). Son estos últimos bienes los que con mayor frecuencia quedan sujetos a esta medida cautelar.[903] Ya hemos argumentado latamente que tanto el secuestro como la retención recaen sobre bienes muebles y que la intervención judicial produce limitados efectos en el orden procesal civil chileno. También apuntamos que pese a creer que excepcionalmente puede secuestrarse un bien raíz, ello no impide que el deudor pueda realizar algún acto jurídico sobre el mismo. Si se demanda la restitución de un inmueble –por ejemplo, ejerciendo la acción reivindicatoria– la única medida típica que puede impedir que el demandado celebre algún acto de disposición sobre dicho bien es la que ahora estudiamos. De allí su trascendencia e importancia en la práctica judicial chilena.

2.4.2. Presupuestos

8.55. Dentro de las disposiciones relativas a las medidas cautelares en el CPC, el primer artículo que hace referencia a la prohibición de celebrar actos y contratos es el 290, que a la letra señala: "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: [...] 4ª La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados". Por su parte, el artículo 296 nos indica los casos en los cuales procede la prohibición de celebrar actos y contratos. Previene el inc. 1º: "La prohibición de celebrar actos o contratos podrá decretarse *con relación a los bienes que son materia del juicio, y también respecto de otros bienes determinados del demandado,* cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio".

Como vemos, de acuerdo con la última disposición aludida, tratándose de la prohibición de celebrar actos y contratos, al igual

así, entonces, carece de objeto la medida precautoria indicada en el fundamento primero, decretada contra la demandada, pues no puede prohibírsele la celebración de actos o contratos sobre derechos que no tiene, los que sí corresponden al marido, vigente como se halla la sociedad conyugal habida entre aquélla y este". Gaceta, Nº 61 (1985), pp. 19 y 20.

[903] Entre muchos fallos pueden consultarse, RDJ, t. XXVIII, segunda parte, sec. 1ª (1931), pp. 769 y ss.; RDJ, t. LI, segunda parte, sec. 1ª (1954), pp. 371 y ss.; RDJ, t. LIII, segunda parte, sec. 1ª (1956), pp. 169 y ss.; RDJ, t. XCV, segunda parte, sec. 2ª (1998), pp. 28 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

que ocurre en la retención, dos son los supuestos que hacen procedente esta medida cautelar: el primero en relación a los *bienes que son materia del juicio* y el segundo en relación con *otros bienes determinados del demandado*. La primera hipótesis es especialmente útil cuando la disputa judicial se refiere a un bien raíz.

Para estudiar los elementos que habilitan su concesión seguiremos el mismo esquema que hemos utilizado a propósito de la retención. Por tanto, veremos primeramente aquellos elementos comunes a los dos supuestos mencionados para luego centrarnos en sus diferencias específicas.

8.56. (i) En primer lugar, la medida se refiere a actos y contratos. Estos dos conceptos son relativamente pacíficos en nuestra doctrina; el *acto* jurídico tradicionalmente ha sido entendido como "la declaración de voluntad hecha con la intención de crear, modificar o extinguir derechos".[904] Como ha observado LEÓN HURTADO, nuestro Código Civil "no emplea, por de pronto, la expresión acto jurídico, sino 'acto' o 'actos y contratos' o 'declaraciones de voluntad', y todas estas expresiones se encuentran especialmente al tratar 'De las obligaciones en general y de los contratos' [...]. De modo, pues, que todos estos artículos [se refiere a los del libro IV del CC] deben aplicarse tanto a los actos unilaterales como a los bilaterales –sean convenciones o contratos–, a menos que el tenor de la disposición o la naturaleza de las cosas lo limiten solamente a las convenciones o contratos".[905] En nuestro CPC la situación no es diversa; por tanto, en la palabra acto que emplea el art. 296 se incluyen tanto los patrimoniales y los de familia, los unilaterales (por ejemplo, el testamento) y los bilaterales (el pago y la tradición, por ejemplo), etc.[906] Por *contrato* se entiende aquel acto jurídico bilateral que crea derechos y obligaciones para las partes.[907] Así, el art. 1438 del CC nos dice que "contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer

[904] LEÓN HURTADO, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago, 1979, p. 8.

[905] LEÓN HURTADO, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago, 1979, pp. 10 y 11.

[906] Un tema que no será abordado en este trabajo pero que deseo plantear, es si pueden incluirse entre estos *actos* que menciona el art. 296 los actos jurídicos procesales. ¿Podría prohibirse mediante una medida cautelar (un tipo de acto jurídico procesal, dicho sea de paso) la celebración de otro acto jurídico procesal? ¿Podría argumentarse que con ello se busca asegurar el resultado del proceso? Para el estudio de los actos jurídicos procesales *vid.* COLOMBO, *Los actos procesales*, dos tomos, Santiago, 1997.

[907] *Vid.* LÓPEZ, *Los contratos (parte general)*, Santiago, 1986, pp. 3-5.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas". Aquí se incluyen tanto los unilaterales, como el depósito y la prenda, y los bilaterales, como el arriendo o el mandato; los onerosos y los gratuitos; los aleatorios y los conmutativos; los nominados y los innominados, etc. El solicitante debe indicar con toda precisión cuál es el acto o contrato que desea que no se celebre. No es suficiente entonces, pedir genéricamente esta medida cautelar respecto de todos los actos o contratos que pueda realizar el deudor, sino que el actor debe individualizar el acto o contrato en cuestión.[908] Esta situación no es menor. En la práctica los abogados y los tribunales suelen pedir y conceder, respectivamente, prohibiciones genéricas sobre todo tipo de actos o contratos. Es decir, aplican literalmente el art. 290 Nº 4. Fue lo que sucedió en el conocido caso de Codelco en contra de Anglo American en que la primera solicitó y obtuvo por parte del 14º Juzgado Civil de Santiago la prohibición de celebrar actos y contratos respecto de 607.967.776 acciones emitidas por Anglo American Sur S.A., sin especificar qué actos jurídicos se prohibían ni que contratos le quedaban vedados realizar a la minera privada. La restricción de este tipo de medidas solo se produce respecto de los bienes que quedan congelados los cuales deben ser determinados con toda precisión (qué acciones, qué inmuebles, qué vehículos, etc.) según la regla general del art. 298 y según la norma especial del art. 296 que veremos de inmediato. Los tribunales, por tanto, deben poner cuidado al conceder medidas tan amplias porque pueden provocar un importante daño económico en la persona que soporta la medida. Recuérdese lo dicho y los fallos analizados a propósito del principio de proporcionalidad en esta obra.

[908] Aunque referido a una expropiación por parte del Fisco, la siguiente resolución plantea correctamente esta situación: "[...] Tal distinción [entre expropiación y compraventa] resulta indispensable, pues, por la vía de la medida precautoria, no puede inhibirse, a una determinada parte, del ejercicio legítimo de todos los derechos que las leyes le acuerdan en relación a una relación jurídica diversa a aquella que es materia del juicio. Si en el juicio ordinario tantas veces citado se persigue la nulidad de la expropiación (acto del poder público), no puede en modo alguno impedirse, so pretexto de constituir medida precautoria para asegurar su resultado, el ejercicio, por parte del demandado, del derecho que tiene para disponer de los efectos o créditos que ha obtenido en virtud de otro acto jurídico diverso, en este caso, el derecho del Fisco para perseguir el pago que emana de un contrato de compraventa (acto jurídico diverso y de naturaleza privada) como el que se celebró entre las partes; se opone a la medida precautoria decretada en la resolución censurada, la naturaleza y finalidad misma de este instituto cautelar, por lo que el concederla, en los antecedentes ya relacionados, constituye un abuso que debe remediarse adecuadamente". Fallos, Nº 300 (1983), p. 652.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

8.57. (ii) En segundo lugar, la prohibición debe referirse a bienes determinados. Así lo dispone expresamente el art. 290 Nº 4. Es decir, no basta con pormenorizar el tipo de acto o contrato que se busca prohibir sino que además hay que referirlo a un bien específico. No podría concederse, en consecuencia, la medida de prohibición de celebrar un contrato de arrendamiento sobre todos o algunos de los inmuebles de propiedad del deudor, sino que el actor debe pedir esta medida en relación con uno o unos concretos inmuebles del demandado. La medida sólo puede referirse a delimitados y diferenciados bienes, sean estos corporales o incorporales, muebles o inmuebles, que formen parte del patrimonio del deudor.[909]

8.58. (iii) En tercer lugar, según ya hemos avanzado, la prohibición de celebrar actos o contratos recae tanto sobre bienes muebles como inmuebles, corporales o incorporales. No hay por tanto, a diferencia de la retención y del secuestro, una limitación respecto de las cosas que pueden ser objeto de esta medida. En relación con la distinción entre bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporales, me remito a lo expuesto en el análisis de las otras medidas cautelares;

8.59. (iv) Finalmente, la existencia de un proceso judicial. Al igual que en la retención no hay restricción respecto de la pretensión que se ejercite, puede ser tanto real como personal. Una vez más no es indispensable que dicha pretensión se hubiere entablado. El art. 279 del CPC autoriza para pedir como prejudiciales las medidas cautelares contempladas en el art. 290, entre ellas, la prohibición de celebrar actos y contratos.

8.60. Veamos ahora las diferencias específicas entre uno y otro supuesto. En la primera hipótesis del art. 296 la prohibición se refiere a los *bienes que son materia del juicio.* Por tanto, no existe en este supuesto la posibilidad de ordenar la prohibición respecto de bienes diversos de los que son objeto del litigio. Esta situación trae como consecuencia

[909] De allí que nuestra Corte Suprema en fallo de mayoría haya señalado que "los bienes raíces a los cuales se refiere también la petición de medidas precautorias no son materia del juicio, y respecto de estos la ley exige que dichas medidas se dicten sobre bienes 'determinados' del demandado y en el caso de autos falta en absoluto esa determinación, puesto que se ha decretado sobre todos los bienes raíces que posean los demandados en las ciudades de Santiago y Valparaíso. Y visto también lo dispuesto en los artículos 286 y 288 del Código de Procedimiento Civil, se confirma la expresada resolución con declaración de que también se alza la medida precautoria de prohibición de enajenar y gravar los bienes raíces de los demandados". RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 1ª, p. 639.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la segunda diferencia a propósito del *periculum in mora* que habilita su concesión. Al igual que la retención, en este caso no se exige un concreto *periculum.* Lo anterior es afirmado en forma unánime por la doctrina y jurisprudencia nacionales.[910] En este caso, lo que habilitaría la concesión de la medida es el simple hecho de que el bien cuya prohibición se requiere es el objeto del proceso.

Una vez más lo anterior no termina de convencerme. Lo que habilita la concesión de las medidas cautelares es la existencia de un peligro concreto, pues no puede presumirse que por el solo hecho de litigar sobre una cosa el deudor actuará negligentemente o de mala fe. Por lo demás, la redacción del art. 296 no me parece tan diáfana como para no intentar una interpretación diversa de la "oficial". El uso de las comas podría ayudar en esta materia, aun cuando creo que de *lege ferenda* debe buscarse para esta hipótesis un *periculum* diverso al previsto en el art. 296, por ejemplo, que exista un justo temor de que el deudor intentará celebrar algún acto o contrato sobre el bien en disputa. Ahora bien, en este supuesto al igual que sucede con la retención, en la práctica los tribunales chilenos no otorgan automáticamente la prohibición de celebrar actos y contratos, sino que siempre verifican que el actor cumpla con los demás elementos que habilitan su concesión, particularmente buscan que se acredite el *fumus boni iuris.* Así, han dicho "Que considerada la medida de que se trata, bajo el primer aspecto señalado, cabe expresar que, según

[910] De esta manera, nuestros tribunales han afirmado: "Para que pueda decretarse la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes que son materia del juicio, es menester únicamente que se cumpla con el requisito general del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, esto es, que el demandante acompañe comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama; Que no ocurre lo mismo cuando se trata de otros bienes determinados del demandado, sobre los cuales no versa el litigio, en cuyo caso, además de la condición general de que se ha hablado en el considerando precedente, es necesario que exista el requisito que se especifica en la parte final del inciso 1º de la disposición legal antes recordada, o sea, que las facultades del demandado no ofrezcan garantía para asegurar el resultado del pleito". Corte de Apelaciones de Concepción, Gaceta de los Tribunales (1940), Nº 149, p. 624. MATURANA observa que "en este caso, el tribunal, sin calificación alguna respecto de las facultades del demandado, debe conceder la medida solicitada, ya que por ser la cosa disputada en el juicio el objeto de la prohibición de celebrar actos y contratos se ha constituido en causa suficiente por mandato del legislador [...]. En definitiva, la causa habilitante para pedir la medida de prohibición de celebrar actos y contratos, es el hecho de que el bien mueble o inmueble determinado de propiedad del demandado es objeto o materia del juicio". *Las medidas cautelares, los incidentes, los procedimientos declarativos especiales, el juicio ejecutivo y los asuntos judiciales no contenciosos,* Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2013, p. 105. En el mismo sentido ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 192-199.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

consta del cuaderno principal tenido a la vista, el actor ha acompañado a su demanda, como asimismo en este cuaderno de medidas precautorias, comprobantes que constituyen presunción grave del derecho que se reclama; Que, en consecuencia, y teniendo por objeto las medidas precautorias asegurar el resultado de la acción, según lo establece el art. 280 del CPC, procede acoger la medida de que se trata, bajo su primer punto de vista, es decir, sobre las cuotas o acciones y derechos que doña [...] tiene en el fundo 'Pumanque', bienes estos que son materia del juicio".[911]

Tratándose, en cambio, de la segunda situación que hace procedente la medida cautelar en estudio, esto es, respecto de *otros bienes determinados* del demandado, la pretensión recae sobre cualquier bien mueble o inmueble del deudor que sea embargable y pueda ser ejecutado. El concreto *periculum in mora* que hace procedente esta medida consiste en que *las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio.* Una vez más, estamos frente al típico *periculum* decimonónico.

Ahora bien, si el actor acredita *prima facie* este elemento normativo y los demás que hacen procedente la concesión de las medidas cautelares, especialmente el *fumus boni iuris* en los términos ya estudiados, el tribunal debe conceder la prohibición de celebrar actos y contratos; en caso contrario debe rechazarla. Los tribunales nacionales han sido muy claros al exigir que se acrediten fehacientemente los referidos elementos normativos. Así, han señalado:

> Que la prohibición de celebrar actos y contratos podrá decretarse en relación con los bienes que son materia del juicio y también respecto de otros bienes determinados del demandado, sólo cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio. Que para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobante que constituya a lo menos presunción grave del derecho que se reclama; Que si bien con los documentos acompañados por el demandante en el cuaderno principal y en este de medidas precautorias, se encuentra establecido que existe presunción grave del derecho que se reclama, de la prueba documental producida [...], se ha comprobado a su vez, que sus facultades ofrecen suficiente garantía del [*sic*]demandante para asegurar el resultado del juicio, atendida la cuantía de sus bienes, que pueden estimarse en más de $ 1.500.000; y que, por otra parte, no se ha comprobado ni hay motivo para creer que dicha parte procurará ocultar sus bienes".[912]

[911] Corte de Apelaciones de Concepción, Gaceta de los Tribunales (1940), Nº 149, p. 624. En el mismo sentido véase el fallo citado en la nota anterior.

[912] Corte de Apelaciones de Concepción, Gaceta de los Tribunales (1940), Nº 149, p. 623. La alusión final que hace la Corte a que *no se ha comprobado ni hay motivo para creer que dicha parte procurará ocultar sus bienes* no viene a cuento porque dicha situación no forma parte del *periculum* tratándose de esta medida. Los tribunales también han resuelto: "Que con relación al segundo tópico [*sic*] de la medida solicitada por el actor, esto es, prohibición de celebrar actos o contratos sobre otros bienes determinados que no son precisamente de aquellos sobre los que versa el litigio [...] es menester observar que, con los documentos acompañados por la demandada [...] ha justificado esta que sus facultades ofrecen suficiente garantía para asegurar el resultado del pleito, por lo cual, y en armonía con lo preceptuado en el inciso 1º del art. 286 [actual 296] del cuerpo de leyes antes citado, es el caso desestimar la medida impetrada por el actor en lo que a este punto se refiere". Corte de Apelaciones de Concepción, Gaceta de los Tribunales (1940), Nº 149, pp. 624 y 625.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

También los tribunales han resuelto que:

> Las medidas precautorias son aquellas que puede pedir el demandante en cualquier estado del juicio aun cuando no esté contestada la demanda, con el fin de asegurar el resultado de la acción; Que para concederlas y conforme a lo dispuesto por los artículos 290, 293 y 298 del Código de Procedimiento Civil, ha menester en las precautorias propiamente tales: a) pedidas a solicitud de parte [...]; e) que las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía de aseguramiento del resultado del juicio [...]; Que, en la especie, se ha pedido por el actor la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos respecto de una hijuela de ciento veintisiete hectáreas [...]; existiendo demanda de cobro de pesos en juicio ordinario, no habiéndose acreditado que este tenga bienes suficiente que ofrezcan garantía de aseguramiento del resultado del juicio, por lo que se han reunido los requisitos o presupuestos indicados en las letras a), b) y e) del razonamiento precedente.[913]

En definitiva, al igual que en la retención el actor debe acreditar *prima facie* por qué motivo las facultades económicas del demandado no ofrecen suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio (por ejemplo, porque su situación patrimonial ha disminuido dramáticamente en los últimos meses, porque ha dejado de cumplir con sus obligaciones, porque ha propuesto a sus acreedores un convenio extrajudicial para evitar la declaración de quiebra y otras situaciones análogas que demuestren lo justificado de su petición), en caso contrario el tribunal debiera desechar su petición. Incluso, como puede apreciarse en los fallos vistos, el demandado puede rendir prueba para acreditar que su situación patrimonial no justifica el mantenimiento de la medida cautelar decretada en su contra.

2.4.3. Efecto de la medida entre las partes

8.61. Antes de abordar lo que aquí hemos denominado *efecto entre las partes*, conviene recordar que de acuerdo a lo que analizamos al

[913] RDJ, t. LXVI (1969), segunda parte, sec. 2ª, p. 85.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ver la tramitación de estas medidas, la regla general es que las resoluciones judiciales producen efecto solo en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley (art. 38 del CPC). La excepción a esta regla, según se recordará, se produce en los casos en el tribunal accede a conceder la medida sin previa notificación de acuerdo con el art. 302 inc. 2º del CPC.

Hay ocasiones, sin embargo, en que el legislador contempla algún requisito adicional para que la medida pueda afectar a terceros. Esto es lo que sucede precisamente con la medida que ahora analizamos. Más adelante veremos que respecto de terceros el legislador contempló un requisito de publicidad para que la medida les sea oponible.

Ahora bien, entre las partes la medida cautelar sólo debe cumplir con los requisitos propios de las resoluciones judiciales y ser notificada en forma legal para producir todos sus efectos. Esta regla también rige en el caso inverso, esto es, cuando se alza la medida cautelar. Con la notificación del alzamiento la medida deja de producir sus efectos, independientemente de cualquier requisito de publicidad que hubiere previsto el legislador y sin perjuicio de que la resolución que ordenó cesar la medida se encuentre o no ejecutoriada.[914] Todo lo anterior se va a traducir en importantes consecuencias prácticas según tendremos oportunidad de examinar más adelante.

Una vez que la medida ha sido ordenada y notificada surge la interrogante de saber qué efectos produce entre las partes. Sobre este punto lo único claro es que ella impide la celebración de un específico acto o contrato sobre un concreto bien. Así, por ejemplo, si lo que se pide es que el deudor (una institución bancaria, por ejemplo) no entregue en subarriendo un determinado inmueble y el tribunal accede a dicha petición, lo que queda vedado es la celebración de dicho contrato; si lo que se prohíbe al deudor, en cambio, es pagar una deuda o hacer tradición de un bien mueble, o tomar posesión de un bien raíz, dichos actos son los que precisamente quedan impedidos. En otras palabras, la medida produce una limitación temporal en la capacidad del deudor en relación con un concreto acto o contrato que ha sido prohibido. Por lo tanto, para determinar los efectos que esta medida produce tendremos que analizar qué acto o contrato fue el prohibido por el tribunal.

[914] En efecto, el art. 194 del CPC dispone que "Sin perjuicio de las excepciones expresamente establecidas en la ley, se concederá la apelación sólo en el efecto devolutivo: [...] 4º. De las resoluciones que ordenan alzar medidas precautorias". A menos, claro está, que se hubiere pedido y concedido una orden de no innovar.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Ya hemos avanzado que lo anterior es lo que nos parece apropiado y no medidas genéricas prohibiendo cualquier acto o contrato del demandado.

A. Prohibición de gravar y enajenar

8.62. En la práctica los abogados solicitan con frecuencia que se prohíba gravar y enajenar determinados bienes del deudor (su automóvil, su casa, sus acciones, por ejemplo). Es decir, el acto jurídico cuya prohibición más se pide es el de gravar y enajenar un específico bien. En este evento, la prohibición de celebrar actos y contratos no difiere en sus efectos de la retención en cuanto el deudor no puede disponer jurídicamente de la cosa que ha sido objeto de la medida. El deudor no puede válidamente gravar el bien porque su enajenación adolece del vicio de nulidad absoluta por ilicitud del objeto de conformidad con lo dispuesto en el art. 1463 Nº 3 del CC, en relación con el art. 1682 del mismo Código. Señala la primera disposición aludida: "Hay objeto ilícito en la enajenación: [...] 3º De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello".

Ya hemos avanzado que existe consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional que la expresión *embargo,* empleada en el numeral recién transcrito, no solo alude a la figura del embargo que opera dentro del juicio ejecutivo por obligación de dar, sino que también se refiere a otras medidas cautelares incluyendo entre ellas la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados. Por nuestra parte, al tratar las demás medidas cautelares fuimos más categóricos y avanzamos que el número 3 del art. 1464 del CC al hablar de *cosas embargadas,* no se está refiriendo a todo tipo de medidas cautelares sino, principalmente, a la retención de bienes y a la prohibición de celebrar actos y contratos. Así también lo ha entendido la mejor doctrina nacional[915] y parte de los tribunales de justicia. En 1954 nuestra Corte Suprema sentenció:

[915] CLARO SOLAR sobre este punto observa que "entre las cosas embargadas por decreto judicial se comprenden no solamente aquellas que han sido embargadas por acción ejecutiva del acreedor para asegurarse el pago de su crédito con el producto de esas cosas vendidas en el juicio de acuerdo con los trámites establecidos en las leyes procesales, sino todas aquellas que por decreto judicial se ha prohibido enajenar o que han sido retenidas en poder de tercero, pues estas medidas decretadas como precautorias paralizan la libertad de disposición del propietario o poseedor y retiran momentáneamente esas cosas de la circulación". *Explicaciones de derecho civil...*, ob. cit., tomo undécimo, p. 273.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

> Que, finalmente, se sostiene en el recurso que resulta también infringido en la sentencia el mismo artículo 1464 Nº 3º del Código Civil, y esta vez porque para acoger la acción de nulidad entablada en la litis respecto de la escritura de adjudicación y de su inscripción en el registro conservatorio, ha partido del error de asimilar el "embargo" de que habla la disposición arriba citada y que según esta produce ilicitud del objeto, con la "prohibición precaucional", siendo que la doctrina procesal moderna distingue entre ambos conceptos por tratarse de actuaciones totalmente diferentes tanto en su naturaleza como en los efectos que producen; Que, si bien es efectivo que en el derecho procesal moderno y aun en nuestro derecho positivo en la materia, "embargo" y "medidas precautorias" corresponden a ideas específicamente distintas, no es menos cierto que, a la fecha de la promulgación del Código Civil, tales conceptos no aparecían aún definidos y por "embargo" se entendía, además del embargo propiamente dicho, toda prohibición de enajenar y toda medida precautoria dictada por el juez competente con respecto a las cosas para proteger los derechos de terceros, y es en este sentido amplio y comprensivo en el que se le emplea en el artículo 1464 Nº 3º de ese cuerpo de leyes cuando se declara que hay un objeto ilícito en la enajenación de las cosas "embargadas por decreto judicial" [...].[916]

Tratándose de este concreto acto jurídico (gravar o enajenar) el efecto que produce la medida cautelar es limitar temporalmente la capacidad de disposición del deudor en relación con el o los bienes afectos a la medida, ya que en el evento de materializarse dicho acto jurídico este adolecerá de nulidad absoluta de acuerdo con lo prescrito en el art. 1682 inc. 1º del CC: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita [...] son nulidades *absolutas*".

El año 2014 la Corte Suprema conociendo de un recurso de casación en el fondo, se ha pronunciado sobre este tema a propósito

[916] RDJ, t. LI (1954), segunda parte, sec. 1ª, p. 375. Con anterioridad nuestra Corte Suprema había dicho: "Que entre las cosas embargadas por decreto judicial se comprenden no sólo las que el acreedor ha embargado en el juicio ejecutivo, sino también las que un decreto judicial ha prohibido enajenar o ha puesto límite a la facultad de su dueño o poseedor para disponer de ellas libremente; y, por lo tanto, la aplicación del Nº 3 del artículo 1464 hecha en la sentencia es correcta, e impertinente la del Nº 1 [...]". RDJ, t. XLV (1948), segunda parte, sec. 1ª, p. 580. Por su parte, ya en 1930 la Corte de Apelaciones de Talca había sentenciado: "Que el fundamento legal de la oposición manifestada en el informe, sólo podría encontrarse en el precepto del artículo 1464 de nuestro Código Civil, y en forma más particular dentro del Nº 4 [*sic*, alude al Nº 3] del citado precepto; Que, en efecto, dicha disposición legal establece que hay un objeto ilícito en la 'enajenación' de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello; y podría, además, entenderse que, dentro de la expresión 'cosas embargadas' se comprenden tanto aquellas sobre las cuales se haya trabado embargo por un mandamiento ejecutivo, como aquellas que sólo estén afectadas a una simple medida precautoria de prohibición de celebrar actos o contratos, o de gravar y enajenar". RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 2ª, p. 4.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de un contrato de promesa. La referencia que hace la Corte es algo indirecta a nuestra materia pero sitúa, en mi parecer, correctamente el problema. Expongo brevemente los hechos: las partes celebraron un contrato de promesa de compraventa sobre un inmueble. En dicho contrato se estableció como condición suspensiva para su realización el que el Banco Santander se desistiera de una tercería de preferencia y alzara los embargos y prohibiciones de enajenar que pesaban sobre la propiedad objeto de la promesa. En opinión de los jueces de instancia la referida condición no se cumplió y, por lo tanto, rechazaron la demanda de suscripción del contrato prometido. En su sentencia de casación la CS reproduce lo dicho por los jueces de instancia en los siguientes términos:

> "Que los juzgadores, para resolver el rechazo de la demanda, luego de dejar consignada la existencia del contrato de promesa de compraventa suscrito entre las partes y el contenido de sus cláusulas, han reflexionado que en autos se acreditó que la condición pactada falló. Razonan que la obligación de celebrar el contrato prometido quedó sujeta a una condición suspensiva, casual y posible, situación que debe resolverse conforme a lo preceptuado en el artículo 1485 del estatuto civil. Hacen presente los juzgadores que la condición fijada para la celebración del contrato prometido era que el Banco Santander se desistiera de la tercería de prelación en los autos ejecutivos que indica, que había deducido como acreedor hipotecario preferente, y que se obtuviera el alzamiento del embargo y de las hipotecas y prohibiciones que gravaban el inmueble objeto del contrato. Seguidamente, afirman que la mencionada tercería se resolvió sin que haya intervenido el desistimiento de la referida entidad bancaria, de manera que la condición de la cual pende la exigibilidad de la obligación del contrato prometido, se encontraría fallida. Aseveran que el alzamiento del embargo, hipoteca y prohibiciones que afectaban al bien raíz se logró en el mes de mayo de 2012, sin embargo ello debe relacionarse con la cláusula cuarta del contrato de promesa en virtud de la cual se establece que el plazo para la suscripción del contrato es definitivo de un mes a contar de la celebración del contrato de promesa. Luego, desde diciembre de 2011 a mayo de 2012, transcurrió más de un mes" (c. 3).[917]

Frente a este planteamiento la Corte Suprema, en lo que ahora nos importa, señaló:

> "Que la sola lectura de las cláusulas del contrato de promesa antes trascritas, revela que las partes se encontraban en cabal conocimiento de que el inmueble que una de ellas prometía vender y la otra comprar se encontraba afecto a embargos y prohibiciones de enajenar que, *en tanto no fueran alzados, impedían la celebración de la compraventa prometida, pues la subsistencia de las mismas hubiese determinado la ineficacia de la compraventa ya que esta hubiese adolecido de objeto ilícito, sanción que resulta de armonizar lo dispuesto por el artículo 1810 del Código Civil en relación con lo que establecen los artículos 1464 Nº 3º y 1466 del mismo cuerpo*

[917] C. Suprema, rol 13.412-2013, sentencia de 26 de agosto de 2014.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

legal. Por lo mismo, y para dar cumplimiento a lo establecido en el Nº 3º del artículo 1554 Código Civil, que requiere que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de celebración del contrato, estipulan, con la evidente naturaleza jurídica de condición –aunque no le otorgan expresamente este carácter– *que la exigibilidad de la compraventa prometida depende de un hecho futuro e incierto, cual es que se hubiesen alzado los embargos y prohibiciones de enajenar decretados judicialmente sobre el inmueble*, cuidándose de precisar que para el alzamiento del embargo en la causa 2850-2010 era "condición esencial" que el Banco Santander se desistiese de la tercería de prelación interpuesta en la misma causa, con lo que revelan que tal desistimiento era sólo el medio que idearon para que se consiguiera un fin: el referido alzamiento, y que no perseguía otro propósito; fin que era factible, como ocurrió en los hechos, que pudiera lograrse sin necesidad de que se practicara el desistimiento de dicha tercería" (C. 7). (Énfasis añadido). [918]

Como se aprecia, la Corte Suprema entiende que lo relevante para que la condición suspensiva se tuviera por cumplida era el alzamiento del embargo y de la prohibición de enajenar que afectaban al inmueble materia de la promesa, porque *"en tanto no fueran alzados, impedían la celebración de la compraventa prometida, pues la subsistencia de las mismas hubiese determinado la ineficacia de la compraventa ya que esta hubiese adolecido de objeto ilícito, sanción que resulta de armonizar lo dispuesto por el artículo 1810 del Código Civil en relación con lo que establecen los artículos 1464 Nº 3º y 1466 del mismo cuerpo legal"*. El desestimiento de la tercería, por parte del banco, no era imprescindible para el cumplimiento de la condición.

Aquí se plantea la misma inquietud que expusimos a propósito de la retención, esto es, determinar si esta limitación afecta también a aquellos actos jurídicos que no significan una enajenación del bien. La respuesta es similar a la ya expresada anteriormente, es decir, el deudor puede celebrar aquellos actos o contratos que no importan enajenar el bien sujeto a la prohibición. De allí que se haya admitido el ejercicio de un derecho de opción para completar el precio de un inmueble una vez declarada la rescisión del mismo por lesión enorme,[919] o la partición de los bienes que conforman

[918] C. Suprema, rol 13.412-2013, sentencia de 26 de agosto de 2014.

[919] En el caso se había demandado la nulidad de un contrato de compraventa de un bien raíz por lesión enorme. El tribunal de instancia declaró la nulidad y dio la opción al comprador para que en el plazo de 30 días completara el precio. Mientras se encontraba vigente el aludido plazo se concedió la medida de prohibición de celebrar actos y contratos sobre el referido inmueble a fin de impedir su tradición. Conociendo del recurso de casación en el fondo la Corte Suprema haciendo suyos en parte los razonamientos de los jueces de instancia señaló: "Que este segundo grupo de infracciones pone de manifiesto una tesis del recurso que, sintetizándola, puede expresarse así: no podía la compradora ejercer su derecho

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la masa hereditaria,[920] o la posibilidad de celebrar un contrato de seguro que lejos de significar la enajenación del bien, lo conservaba y resguardaba mejor.[921]

La posibilidad de que el deudor pueda válidamente realizar algún acto que importe la enajenación del bien, al igual que en el caso de la retención, está condicionada a que el juez que concedió la medida o el acreedor que la solicitó accedan a ello. Es decir, la posibilidad de enajenar válidamente un bien que ha sido objeto de esta medida requiere previamente de una de estas dos autorizaciones: del tribunal que la ordenó o del acreedor que pidió la medida. Al respecto, conociendo de un recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema sostuvo que la anuencia dada por el tribunal debe

opcional de pagar el complemento del justo precio fijado en la sentencia ejecutoriada que acogió la rescisión del contrato de compraventa del fundo Santa Cruz, porque estaba decretada una medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre el fundo, y, por tanto, el pago efectuado fue un acto nulo conforme a lo dispuesto en los artículos 1464 Nº 3, 1682 y 1810 del Código Civil y 296 del Código de Procedimiento Civil; Que esta tesis es errónea [...] y ha de entenderse que sólo a mayor abundamiento, las sentencias atacadas por el recurso de casación que ahora se resuelve, consideraron propicio en su texto el séptimo fundamento que dice: 'si bien es efectivo que al ejercitar la demanda el derecho de opción existía una medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre el fundo, no lo es menos que al ejercitar ese derecho, la demandada no realizó un acto de enajenación... y al señalarle el tribunal un plazo para hacerlo tácitamente estaba autorizándolo'". Fallos, Nº 254 (1980), p. 502.

[920] La Corte de Apelaciones de Talca ha planteado en términos precisos la cuestión: "Que, en consecuencia, el punto por resolver sería el de si ha habido 'enajenación' de parte de don [...] sobre los bienes raíces que formaban parte de la herencia de su padre, a favor de sus coherederos, mediante las adjudicaciones hechas en el acto particional que se pretende inscribir, o si habría un acto de "enajenación" sobre dichos bienes en la verificación de esa inscripción [...]; Que, dada la eficacia que se atribuye a aquel título, sólo restaría establecer si la inscripción misma que se solicita importaría en realidad una enajenación, o la consumación de esta mediante dicha inscripción, a la cual pudiere obstar los embargos y las prohibiciones ya indicadas [...]; Que de las consideraciones anteriores puede llegarse sin duda alguna a la conclusión de que la partición importa un título meramente declarativo de dominio y no traslaticio, pues como se desprende de aquellas consideraciones, al reputarse que cada asignatario sucede inmediata y exclusivamente al difunto en los efectos que le han cabido y que no ha tenido jamás parte alguna en los otros, el período de indivisión queda como borrado y el acto de partición produce su efecto de un modo retroactivo, esto es, sirve para declarar un dominio anterior, ya adquirido por la sucesión por causa de muerte, que, dentro de nuestra legislación civil, es título y modo de adquirir el dominio". RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 2ª, pp. 4 y 5.

[921] Citado por ROJAS, *Las medidas...*, ob. cit., p. 215.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ser motivada: "Que, según se ha dicho en la parte expositiva de este fallo, los jueces del fondo sientan como hecho de la causa que la orden en referencia sólo fue motivada por la resistencia a inscribir, manifestada por el Conservador de Bienes Raíces, y que se dictó sin conocimiento de causa y sin tomar en consideración los antecedentes que la hicieron procedente, y es obvio entonces que esta orden así decretada no constituyó ni podría constituir la autorización liberatoria que requiere el artículo 1464 Nº 3, cuyo otorgamiento afecta a terceros y que, por lo mismo, de acuerdo con principios elementales de procedimiento no podría en ningún caso producirse sin su conocimiento".[922]

El año 2012 la Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el aspecto que ahora estudiamos. Relato sucintamente los hechos. Por un lado un juzgado civil concedió una medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre un inmueble determinado. Por el otro, un juzgado de menores en un proceso de alimentos constituyó sobre el mismo inmueble un derecho real de usufructo en favor de los hijos del, entonces, dueño del bien raíz. Este derecho se constituyó con posterioridad a la concesión de la medida precautoria. El conservador de bienes raíces rechazó la inscripción del usufructo porque entendió que la prohibición de celebrar actos y contratos le impedía hacerlo. El juez de menores ordenó al conservador efectuar la inscripción a pesar de la existencia

[922] RDJ, t. LI (1954), segunda parte, sec. 1ª, p. 375. En el recién aludido caso de la rescisión por lesión enorme, nuestra Corte Suprema sentenció: "Que por lo que se ha dicho y por lo que sigue, la sentencia recurrida no infringió los preceptos en que sustancialmente se basa la tesis del recurso sostenida en este segundo grupo de infracciones, puesto que no procedía en este pleito la aplicación de los artículos 1464 Nº 3, 1682 y 1810 del CC y del artículo 296 del CPC para anular un acto ejecutado en virtud de resoluciones ejecutoriadas *que autorizaron expresamente tal acto, pronunciadas por el propio juez y en el mismo pleito en que se había resuelto la prohibición de celebrar actos y contratos relativos al fundo Santa Cruz*". Fallos, Nº 254 (1980), p. 502 (el destacado es nuestro). Aunque referido al embargo del juicio ejecutivo, *mutatis mutandi* aplicable a esta materia, la Corte Suprema acogiendo un recurso de queja señaló: "Que procede examinar, de acuerdo a la norma que se transcribió precedentemente [art. 1464 Nº 3], si la jueza del tercer juzgado de menores actuó conforme a derecho, al ordenar al Conservador de Bienes Raíces de esta ciudad que inscribiera un derecho de usufructo sobre un bien de alimentante, que estaba embargado con anterioridad por dos jueces civiles, *sin autorización de éstos o la aquiescencia del acreedor* [...]; Que el Nº 3 del artículo 1464 citado, prohíbe la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial 'a menos que el juez lo autorice', referencia que obviamente debe entenderse hecha al juez que decretó el embargo, que es el único que cuenta con los antecedentes para decidir resguardando los intereses del acreedor [...]". Fallos, Nº 320 (1985), pp. 421 y 422 (el destacado es nuestro).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de la medida precautoria. La persona que había obtenido la medida precautoria demandó, entonces, la nulidad absoluta del usufructo y la cancelación de su inscripción porque, en su parecer, se había vulnerado el art. 1464 Nº 3 del CC. Tanto en primera como en segunda instancia se rechazó la demanda. En el fallo de casación en el fondo se reproducen las razones del rechazo la demanda:

> "Que, con el mérito del Registro de Prohibiciones correspondiente al año 1996 allegado al pleito, el fallo objeto del recurso asienta, como hecho de la causa, que la propiedad *sub lite* mantiene inscrita la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos decretada en causa sobre cuasidelito de lesiones Rol Nº 69.727 del Primer Juzgado de Letras de San Bernardo, hasta por la suma de $ 100.000.000. Sobre la base de ese antecedente y considerando que la prueba documental rendida por las partes no demuestra en forma alguna que en la constitución judicial del derecho de usufructo a título de alimentos a favor de los menores Henríquez Mejías se haya procedido con omisión o sin que se hayan requerido las autorizaciones pertinentes ni que, por otro lado, se ha acreditado por el actor que la medida precautoria decretada por el Primer Juzgado de Letras de San Bernardo, esencialmente transitoria, se mantuviera efectivamente vigente cuatro años después, sólo cabe rechazar la demanda".

Frente a este planteamiento la Corte Suprema señaló:

> "[...] En tal virtud, cabe coincidir con la argumentación del impugnante en orden a que el sentenciador incurrió en error de ley al dejar de aplicar estas disposiciones que, de haber interpretado correctamente, lo habrían conducido a tener por acreditado que, efectivamente, el derecho real de usufructo se constituyó con posterioridad a la dictación de la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre la finca en discusión, la que a la sazón se encontraba vigente. Igualmente, de esos mismos instrumentos se desprende que la constitución del aludido derecho real se efectuó sin previo alzamiento de la precautoria concedida con antelación por el Juzgado del Crimen de San Bernardo, antecedentes fácticos cuyo alcance será objeto de análisis posterior"; (c. 5).
>
> [...] Que el artículo 1464 del Código Civil, en su ordinal 3º, prescribe que hay objeto ilícito "en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello".
>
> La generalidad de la doctrina afirma que quedan comprendidos dentro del término "embargo", tanto el propiamente tal, inherente al juicio ejecutivo, como otras instituciones que persiguen el mismo fin de asegurar el resultado del juicio, tales como medidas precautorias de prohibición de gravar y enajenar bienes, de secuestro, retención y aun la prohibición judicial de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados (Véase, por todos, ALESSANDRI, ARTURO; SOMARRIVA, MANUEL y VODANOVI, ANTONIO, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, t. 2º, EJCH., 2005, pp. 267-268); (c. 8);
>
> [...] Que, *mutatis mutandi*, la constitución de un derecho de usufructo, a título de alimentos, para los hijos del alimentante, en un juicio tramitado ante un Juzgado de Menores, es perfectamente analogable a un acto de enajenación en sentido amplio, en cuanto afecta, en grado esencial, el ejercicio

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de las facultades de uso y goce del inmueble en que recae, las que pasan a radicarse en los usufructuarios, conservando el anterior propietario pleno sólo la posibilidad de disposición. Como secuela de esta limitación dominical, el acreedor garantizado en su crédito por la cautelar decretada por el 1er Juzgado de Letras de San Bernardo, debidamente inscrita y vigente y por ende oponible a terceros, quedó desprovisto del resguardo inherente a aquella, al verse desprovisto de dos de las facultades consustanciales del dominio, en los términos del artículo 19, Nº 24, inciso 3º de la Carta Fundamental, imponiéndole condiciones que lo restringen en su esencia o lo desnaturalizan, lo que le está vedado incluso al legislador, según lo especifica el numeral 26 del artículo 19 de la citada Carta.

En el señalado contexto, no es dudoso colegir que la constitución de un usufructo sobre el inmueble que interesa, en beneficio de terceros ajenos al dueño, dispuesta por el Juzgado de Letras de Menores de San Bernardo, *sin previa habilitación del juez que concedió la precautoria que prohibió su enajenación*, importó transgredir la prohibición del artículo 1464 Nº 3 del Código de Bello, al dejar privado al sujeto pasivo de la medida y, consecuentemente, a su causahabiente, de facultades inseparables del dominio que transforman el correspondiente derecho real, en un acto de enajenación; (c. 10);

Que, en conclusión, la orden impartida por el Juzgado de Letras de Menores de San Bernardo al Conservador de Bienes Raíces de esa circunscripción, el 8 de febrero de 2000, para que inscribiera el usufructo constituido mediante sentencia de 8 de febrero de 2000, ha de ser evaluada como ilegal y, consiguientemente nula, por adolecer de objeto ilícito. Es la sanción que en la especie procede, por aplicación de lo establecido en los artículos 1682, en relación con el 1464 Nº 3, ambos del Código Civil.

La infracción se produce toda vez que el tribunal de menores no era el competente para imponer al auxiliar de la administración de justicia la obligación de inscribir el usufructo, sino que lo era aquel ante quien debía ventilarse la gestión de reclamo por negativa a inscribir, regulada en el artículo 19 del Reglamento del Registro Conservatorio." (c. 11).[923]

Como se aprecia el fallo declara nula, por adolecer de objeto ilícito, la resolución del juez de menores que ordenó la inscripción del derecho real de usufructo existiendo una medida cautelar vigente. Entiendo que la declaración de nulidad se refiere a la inscripción del usufructo y no a la resolución del juez de menores que no fue pedida por el accionante. En lo que ahora importa, la Corte ha dejado muy claro que existiendo una prohibición vigente no puede enajenarse el bien raíz sobre el que recae dicha orden sin previa autorización del juez que decretó la medida.

B. Otras prohibiciones

8.63. Corresponde analizar un contenido diverso al de la prohibición de gravar y enajenar, por ejemplo, la prohibición de celebrar

[923] C. Suprema, rol 7237-10, sentencia de 17 de abril de 2012.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

un contrato de *leasing*, un mutuo, un contrato de promesa, un cierre de negocios, una apertura de créditos, un *joint venture*, una cesión de derechos, el protesto de un pagaré, etc. Ya hemos avanzado que en estos casos lo que se impide al deudor es la celebración de un determinado y preciso acto o contrato. En principio, entonces, el deudor no puede llevar adelante el o los actos o contratos prohibidos en relación con uno o más bienes determinados. Surge la interrogante de determinar qué pasa si el deudor realiza precisamente la conducta vedada. Por cierto que, ante todo, comete desacato por quebrantar una orden judicial, con las consecuencias que de ello debieran seguirse y que en este trabajo no abordaremos.[924]

Lo que ahora nos interesa establecer es qué pasa con el acto o contrato que ha sido celebrado existiendo una medida de prohibición vigente, porque por mayor amplitud que se le dé a la voz enajenación en los términos del art. 1464 del CC hasta ahora no se ha sostenido que ella incluya contratos como los referidos o, por ejemplo, como el arriendo en que nada se enajena. Sobre el particular, AVELINO LEÓN argumenta que frente a lo deficiente que aparecen las normas legales en esta materia, la conclusión a la que debería llegarse es que no habría sanción si se viola una prohibición judicial, lo cual resulta inaceptable, "la jurisprudencia ha asimilado al embargo contemplado en el Nº 3 del art. 1464 la prohibición judicial de arrendar, por ejemplo".[925] ROJAS, por su parte, si bien considera que esta interpretación no es correcta, porque la prohibición de celebrar un contrato de arrendamiento no constituye un embargo, agrega que la lógica y el buen sentido aconsejan aceptarla "ya que pese a que en tal forma se vulnera una técnica doctrinaria,

[924] Al respecto, en el título dedicado a la ejecución de las resoluciones judiciales el art. 238 del CPC dispone que "Cuando se trate del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio". Por su parte, el art. 240 del mismo Código señala en el inciso 1º que "Cumplida una resolución, el tribunal tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado". Agrega en el inciso 2º que "El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo". Por ello en el recurso de protección 5657-2008, comentado un poco más arriba, el recurrente junto con accionar de protección interpuso por los mismos hechos "querella por desacato en contra de Francisco Vilches Torres y Guillermo Kegevic Ahumada ante el Juzgado de Garantía de Tomé". Obviamente al desecharse la protección la querella no tiene posibilidad alguna de prosperar.

[925] *El objeto...*, ob. cit., p. 92.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

constituye el único camino que permite sancionar la infracción de una resolución dictada por el juez en el proceso".[926]

En definitiva, frente a lo deficiente que en este caso se muestra la regulación positiva chilena, la doctrina y la jurisprudencia han acudido al sofisma de considerar que la violación de la resolución judicial que prohíbe celebrar un determinado contrato, importa la nulidad de ese acto por objeto ilícito del mismo. De *lege ferenda* debiera establecerse expresamente que el acto o contrato que se celebre no obstante existir una expresa prohibición judicial, adolecerá de nulidad relativa sin perjuicio de las demás sanciones que correspondan al deudor por quebrantar una orden judicial.[927] El año 2008 la Corte Suprema conociendo de un recurso de protección señaló que la *publicación* de una letra de cambio impaga en el Boletín de Informaciones Comerciales, puede realizarse no obstante existir las medidas precautorias de prohibición de celebrar actos y contratos y retención de bienes sobre la referida letra de cambio. El recurrente de protección señaló al fundar su recurso que:

926 *Las medidas...*, ob. cit., p. 221.

927 Entre estas sanciones podría perfectamente demandarse la indemnización de daños y perjuicios. Así, en una causa tramitada ante el Segundo Juzgado de Letras de Valdivia, se demandó a un banco privado por haber publicado en el Boletín Comercial la morosidad de dos pagarés, pese a que existía una medida precautoria que le prohibía al aludido banco efectuar la cobranza y hacer protestar dichos pagarés. Tanto el tribunal de primera instancia como el de segunda concedieron la indemnización reclamada. La Corte Suprema, sin embargo, el 27 de julio de 1999 casó la resolución de segunda instancia porque en su opinión "la sentencia impugnada estableció, como hecho de la causa, que por resolución judicial se prohibió al demandado cobrar y protestar dos pagarés suscritos por el actor, y que con fecha 19 de noviembre de 1996, a requerimiento del demandado, la empresa Dicom publicó la falta de pago de una cuota de los pagarés aludidos; Que el hecho que se imputa al Banco –hacer publicar la falta de pago– no está comprendido entre los actos que expresamente se le prohibieran al concederse la medida precautoria solicitada por el demandante en los autos rol 1145-96 del Segundo Juzgado Civil de Valdivia; en consecuencia, no puede sostenerse que el Banco haya incurrido en un hecho ilícito, en la medida que el hecho que se le imputa no le estaba vedado; Que no se opone a lo anterior la circunstancia de que los actos prohibidos –cobrar y protestar– parezcan obstar a la constitución en mora, en primer lugar porque tratándose de cuotas sujetas a plazo estipulado, el solo vencimiento de este constituye en mora al deudor; y, además, porque la comunicación del atraso no es la forma legal de protestar ni cobrar los títulos de crédito de que se trata, de modo que la publicación impugnada no importa, en caso alguno, infracción de la medida precautoria". Corte Suprema. Casación Fondo. Rol 3170-98. De lo anterior se desprende claramente que si el demandado (en este caso la institución bancaria) hubiere efectivamente realizado aquellos actos prohibidos por el tribunal y de ello se hubieren seguido perjuicios para el actor, estos tendrían que haber sido indemnizados.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

"[...] en causa civil rol 4.007/2007 del Juzgado de Letras de Tomé, seguida entre su parte con Vitco Construcciones Limitadas, en juicio ordinario por resolución de contrato con indemnización de perjuicios, por resolución de once de enero de dos mil ocho, para asegurar la resultas del juicio en beneficio de la actora, se dictaron dos medidas precautorias, una de prohibición de celebrar actos y contratos y otra de retención de bienes que afectó a la letra de cambio antes referida, comunicándosele a las recurridas copias autorizadas de dicha resolución, no obstante lo cual, en forma arbitraria e ilegal *procedió a publicar los protestos en el boletín e incluirlos en la nómina de morosos protestados en la base de datos de DICOM, con posterioridad a la fecha de la medida precautoria* [...]".

Frente a esta alegación la Corte Suprema señaló:

"Que la circunstancia de haberse ordenado medidas precautorias de prohibición de celebrar actos y contratos y de retención de bienes respecto de las letras de cambio de que se trata no autoriza a impedir la publicación en el Boletín de Informaciones Comerciales como documentos impagos, porque los documentos no han sido solucionados, cual es la razón tenida en cuenta para su inclusión".[928]

Tal vez la razón más simple era entender que la *publicación* de las letras protestadas en el aludido boletín no constituye un acto jurídico y, por lo tanto, la misma no estaba afecta a las indicadas medidas precautorias; o como la propia Corte Suprema lo entendió en la causa recién citada la publicación no estaba comprendida "entre los actos que expresamente se le prohibieron al concederse la medida precautoria".

8.64. A continuación analizaremos la situación prevista en el artículo 1464 Nº 4 del Código Civil en relación con el inc. 2º del art. 296 del CPC. Expresa la primera de las disposiciones aludidas: "Hay un objeto ilícito en la enajenación: [...] 4º De especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio". Por su parte, el art. 296 del CPC dispuso en su inciso segundo: "Para que los objetos que son materia del juicio se consideren comprendidos en el Nº 4 del artículo 1464 del Código Civil, será necesario que el tribunal decrete prohibición respecto de ellos".

La especie cuya propiedad se litiga es el bien mueble o inmueble, corporal o incorporal, objeto de la acción reivindicatoria que ya ha sido notificada al deudor (art. 1911 del CC). La opinión unánime de la doctrina es que el CPC vino a modificar y complementar la regulación del CC en esta materia. Expresa CLARO SOLAR que "con arreglo al tenor de la disposición del Nº 4 del art. 1464, el objeto

928 C. Suprema, rol 5657 de 2008, sentencia de 13 de noviembre de 2008.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

ilícito en la enajenación de una especie cuya propiedad se litiga, existía, por lo tanto, desde que el juicio quedaba trabado; pero este hecho por sí solo no se halla revestido de la publicidad necesaria para que llegue fácilmente a conocimiento de todos; y podía existir objeto ilícito en la enajenación ignorándolo el adquirente que de buena fe había creído adquirir legítimamente de quien tenía facultad de enajenar".[929]

Por lo tanto, desde la vigencia del CC hasta la entrada en vigor del CPC la enajenación de un bien cuya propiedad estaba en disputa adolecía por esa sola circunstancia de objeto ilícito. Después de la entrada en vigor del CPC esta situación cambió. Para que exista ilicitud en el objeto se requiere que el actor expresamente pida y el tribunal conceda la medida cautelar de prohibición de enajenar. Por tanto, en la actualidad el litigio sobre la propiedad de un bien raíz o de un bien mueble no embaraza la facultad del deudor de disponer de dicho bien, a menos que se haya decretado a su respecto la prohibición de enajenar el bien en discusión. En verdad, la única ventaja que ha significado esta formalidad procesal ha sido evitar los abusos que con anterioridad se cometían en el foro nacional en que se accionaba sin mayores fundamentos para así restringir, sin ninguna injerencia del tribunal, la posibilidad del demandado de disponer válidamente del bien litigioso. En la actualidad esta limitación está sujeta a la calificación que realice el tribunal sobre la procedencia de la medida cautelar. En lo demás, si nos fijamos con detención, esta norma aparece como redundante y limitativa. Redundante, porque el objeto ilícito en la enajenación de este bien (respecto del cual se ha decretado la medida de prohibición) queda englobado en el Nº 3 del art. 1464, según ya lo hemos demostrado. Limitativo, porque en primer término la norma sólo alude a las especies *cuya propiedad* se litiga y, en segundo, porque a diferencia del número anterior la autorización para llevar adelante válidamente la enajenación sólo puede otorgarla el juez que conoce del litigio y no el acreedor que solicitó la medida.

2.4.4. Oponibilidad de la medida respecto de terceros

8.65. El art. 297 del CPC dispone: "Cuando la prohibición recaiga sobre bienes raíces se inscribirá en el registro del Conservador respectivo, y sin este requisito no producirá efecto respecto de terceros". Agrega en el inc. 2º: "Cuando verse sobre cosas muebles, sólo producirá efecto respecto de los terceros que tengan conocimiento de ella al tiempo del contrato; pero el demandado será en todo caso objeto de fraude, si ha procedido a sabiendas".[930]

[929] *Explicaciones de derecho civil...*, ob. cit., tomo undécimo, p. 275.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

8.66. Dos son las situaciones a las que alude el art. 297: por una parte, la relativa a los bienes raíces (inciso 1º) y, por la otra, la relacionada con los bienes muebles (inciso 2º). Antes de iniciar el estudio de ambos incisos, me referiré brevemente al sistema del registro público de la propiedad raíz en Chile. Como es bien sabido, nuestro CC siguió respecto de los bienes inmuebles la regla de que la tradición se efectúa mediante la inscripción del título translaticio de dominio (normalmente un contrato de compraventa) en el Registro del Conservador de Bienes Raíces.[931] Con esto se buscaba, al decir de Andrés BELLO "poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales [...]. Como el registro conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable, que la inscripción [...]. Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas; la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que *inscripción*, *posesión* y *propiedad* serían términos idénticos; la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos, en un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas [...]". De allí que el art. 695 del CC haya señalado que "un reglamento especial determinará en lo demás los deberes y funciones del Conservador, y la forma y solemnidad de las inscripciones". Este reglamento se dictó el 24 de junio de 1857, estableciéndose en el mismo la oficina del registro conservatorio de bienes raíces.

El art. 31 del aludido reglamento dispuso que el conservador llevará tres libros denominados: 1) Registro de propiedad; 2) Re-

[930] El origen de esta disposición se remonta, según hemos avanzado, al art. 234 del *Proyecto de 1875* que dispuso: "Si la prohibición de contratar recayere sobre bienes raíces se tomará razón de ella en el registro del conservador respectivo". *Proyecto de Código...*, ob. cit., p. 9. La primera comisión no efectuó reforma alguna a este artículo. Su redacción definitiva fue obra de la segunda comisión.

[931] En su parte pertinente el mensaje del Ejecutivo dirigido al Congreso Nacional proponiendo la aprobación del Código Civil señaló: "En cuanto al dominio, uso y goce de los bienes, se han introducido novedades que tienden a importantes y benéficos resultados. Según el proyecto que os presento, la tradición del dominio de bienes raíces y de los demás derechos reales constituidos en ellos, menos los de servidumbre, deberá hacerse por inscripción en un registro semejante al que ahora existe de hipotecas y censos que se refundirá en él".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

gistro de hipotecas y gravámenes; 3) Registro de interdicciones y prohibiciones de enajenar. Además de estos libros el conservador lleva un cuarto libro denominado Repertorio.[932] En él se anotan los títulos en el orden de su presentación cualquiera sea su naturaleza y en él el conservador debe anotar siempre el título que se le presente. Posteriormente puede rechazar la inscripción en el respectivo registro si ella es en algún sentido legalmente inadmisible (art. 13 del Reglamento), ya sea que los motivos de su rechazo sean permanentes o transitorios (art. 15 del Reglamento). La anotación en el Repertorio caduca a los dos meses sino se convierte en inscripción. Es decir, la anotación en el Repertorio es una anotación provisional (presuntiva la llama el legislador) que puede convertirse en inscripción definitiva si dentro de los dos meses siguientes el requirente subsana el o los reparos formulados por el conservador (art. 16 del Reglamento). Esta doble situación, primero *anotación* en el Repertorio y posteriormente *inscripción* en el respectivo registro, plantea interesantes problemas porque el art. 17 del reglamento dispone que "Convertida la anotación en inscripción, surte esta todos los efectos de tal desde la fecha de la anotación, sin embargo de cualesquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de la una a la otra". Sobre esto volveré un poco más adelante.

A. Bienes inmuebles

8.67. Entrando de lleno en nuestro tema de investigación, debemos tener presente que en el registro de interdicciones y prohibiciones de enajenar se inscribirán, según señala el art. 32, inc. 3º, "las interdicciones y prohibiciones de enajenar e impedimentos relacionados en el art. 53, número 3". Esta última disposición regula la situación de los títulos que pueden inscribirse. Dispone al respecto: "Pueden inscribirse: [...] 3º Todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar. Son de la segunda clase el embargo, cesión de bienes, secuestro, litigio, etc.".[933] Es, por tanto, en el registro de interdicciones y prohibiciones

[932] El art. 21 del Reglamento dispone que "tendrá el Conservador un libro, denominado Repertorio, para anotar los títulos que se le presenten".

[933] Surge la interrogante de por qué este artículo nombra al secuestro. ¿Nos da la razón en cuanto a que es posible secuestrar judicialmente bienes inmuebles? o, más bien, ¿da a entender que el secuestro produce una limitación jurídica en la libre disposición del deudor? Nótese que el art. 59 del Reglamento señala: "La inscripción de un embargo, secuestro, cesión de bienes y cualquier otro impedimento legal para enajenar un inmueble, no podrá hacerse sin previo decreto del juez competente".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de enajenar donde hay que inscribir el embargo y la prohibición de gravar y enajenar que afecte la libre disposición jurídica del bien afecto a la medida cautelar. CLARO SOLAR, refiriéndose a este último libro, observa que "este registro parcial sale un tanto del objeto directo e inmediato del *Registro del Conservador de Bienes Raíces*; pero, resuelto el establecimiento de este con el propósito general de dar amplia publicidad en que cada propietario se encontrare con respecto al ejercicio de su derecho de disposición del inmueble, se aprovechó el *Registro del Conservador* para inscribir en él las interdicciones de administración de sus bienes a que el propietario pudiere estar sometido [...]. Estas inscripciones de los decretos de interdicción contribuyen a dar seguridad a los que contratan con los propietarios, eliminando muchos casos de fraude. Lo mismo ocurre con los impedimentos o prohibiciones de disponer de determinados inmuebles por parte del propietario, los cuales pudieran pasar desapercibidos si no se inscribieran, o pudieran dar ocasiones a fraudes. A este respecto el CPC ha dispuesto que las prohibiciones de celebrar actos o contratos que recayeren sobre bienes raíces se inscribirán en el *Registro del Conservador* respectivo, y sin este requisito no producirán efecto respecto de terceros, disposición que contribuye a afianzar el principio de la inscripción y de la publicidad del registro y la fe que debe atribuírsele en cuanto representa el estado actual de la propiedad inmueble".[934]

Ahora bien, debemos tener presente que la inscripción de la medida precautoria a que aluden las disposiciones anteriores, constituye un requisito de publicidad y de resguardo de los derechos e intereses de terceros. La inscripción que menciona el art. 297 del CPC no es un requisito de validez de la medida cautelar. Así también lo han entendido nuestros tribunales: "La inscripción de la providencia asegurativa en el Registro de interdicciones y prohibiciones de enajenar del Conservador de Bienes Raíces no es una solemnidad exigida para la validez de dicho arbitrio cautelar sino que constituye una medida de publicidad destinada a poner en conocimiento de su existencia a terceros con el fin de precaverlos en la protección de

Creo que la explicación se encuentra en lo que ya hemos argumentado. Antes de dictarse el CPC el secuestro producía una suerte de indisponibilidad jurídica en virtud del art. 1464 Nº 4 del CC. El reglamento es de 1857, es contemporáneo al CC. Ya sabemos que el CPC, que es de 1906, alteró esta situación y exige que se dicte la medida de prohibición de enajenar.

[934] *Explicaciones de derecho civil y comparado*, Santiago, tomo séptimo, de los bienes II, edición facsimilar, 1992, p. 378.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

sus intereses que pudieran resultar perjudicados al contratar sobre bienes afectos a un impedimento que inhibe su libre circulación. Que la inscripción conservatoria cumple, por ende, con la función de informar a terceros que el deudor demandado en el juicio se encuentra impedido de disponer libremente de los bienes comprendidos en la medida; de manera que una vez cumplido el trámite de la inscripción, no les cabe a dichos terceros alegar desconocimiento de la traba; y si a pesar de tal conocimiento celebran algún contrato que importe la transferencia o cesión de esos derechos [...] habrán de resultar afectados por las consecuencias jurídicas que la medida cautelar irroga en relación con un contrato acordado en tales condiciones; consecuencias que se traducen en su anulabilidad por ilicitud del objeto, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil invocadas en la demanda".[935]

En este sentido, no tiene razón CLARO SOLAR cuando afirma que "según el art. 287 [actual 297] del CPC las prohibiciones de ejecutar actos o contratos que recaigan sobre bienes raíces deben inscribirse, y sin este requisito no producirán efectos respecto de terceros; por consiguiente, su inscripción no es meramente facultativa, *porque si no se inscribe es como si no se hubiera decretado*".[936] Entiendo la argumentación del agudo civilista, pero la expresión "porque si no se inscribe es como si no se hubiera decretado" es errónea. La medida cautelar es perfecta desde que el tribunal competente dicta resolución y ella se notifica a las partes como hemos apuntado con anterioridad. Lo mismo ocurre en el caso inverso. La medida deja de estar vigente una vez que el tribunal ordena su alzamiento y esta resolución se notifica a las partes, aun cuando esta resolución no esté ejecutoriada y no hubiere sido cancelada la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. Tratándose de bienes inmuebles el legislador ha establecido un requisito de publicidad respecto del tercero que adquiere un bien raíz, de tal modo que si la prohibición hubiere sido inscrita este tercero no podrá alegar desconocimiento de la medida a menos, claro está, que la prohibición ya no estuviere vigente. Por el contrario, si la cautela no se hubiere inscrito no podrá hacerse valer en perjuicio del tercero; para él la medida es inoponible.[937]

[935] RDJ, t. XCV, segunda parte, sec. 2ª (1998), p. 31.

[936] *Explicaciones de derecho civil...*, ob. cit., tomo séptimo, p. 388 (el destacado es nuestro).

[937] ROJAS, sobre el particular, observa que "en el caso de omitirse la referida inscripción, estaríamos en presencia de una inoponibilidad de forma ocasionada por falta de publicidad". *Las medidas...*, ob. cit., p. 209. En el mismo sentido a propósito del embargo en el juicio ejecutivo se pronuncia NAVARRETE: "No es preciso que los terceros conozcan efectivamente la afección, ni que se les notifique especialmente, sino que basta que puedan conocer la existencia de la afección, adoptando una medida de prudencia elemental que se imponga a todos y de la que no pueda excusarse nadie. Para lograrlo basta la inscripción en el respectivo registro conservatorio (art. 453 del CPC); la que no es constitutiva del embargo mismo, pues su carácter es declarativo, ya que una vez emitida la declaración de voluntad afectando un inmueble a la ejecución, el embargo como acto procesal existe y produce todos sus efectos, aunque no se haya practicado la referida inscripción, que solamente es exigida por el art. 453 para que produzca efectos respecto de terceros". *Embargo...*, ob. cit., pp. 31 y 32.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Esta última situación no significa, en todo caso, que el actor no pueda intentar demostrar por otros medios que este tercero sí tenía conocimiento de la medida. La presunción que en este caso favorece al tercero es simplemente legal. A propósito del derecho español, la doctrina ha señalado que "la publicidad material se refiere a los efectos sustantivos que derivan del registro, y se descompone a su vez en dos presunciones: la correspondiente a la publicidad material positiva, y la relativa a la publicidad material negativa, en virtud, respectivamente, de lo que dice y de lo que no dice el registro. La publicidad material positiva consiste en la presunción absoluta *(iûris et de iure)* de que el contenido de los asientos es conocido por todos los terceros, sin que estos puedan alegar y probar su ignorancia o desconocimiento. La publicidad material negativa, *a contrario sensu*, se traduce en la presunción relativa *(iuris tantum)* de que los hechos, derechos, actos y negocios jurídicos sujetos a registración, si no se registran no serán conocidos por los terceros, y por tanto, no podrán ser oponibles a ellos, salvo que por otros medios se pruebe lo contrario".[938] Nuestra Corte Suprema, anulando una sentencia de segunda instancia, sentenció en 1991 lo siguiente:

> Se sostiene que la sentencia recurrida infringe los arts. 290, 296 y 297 del CPC al resolver que para que el tercer adquirente esté impedido de celebrar el contrato de compraventa, se requiere el concurso copulativo de los siguientes requisitos: a) que el tribunal que está conociendo del juicio de rescisión por lesión enorme haya decretado prohibición de celebrar actos o contratos sobre el inmueble materia del pleito; y b) que dicho decreto judicial se haya inscrito en el respectivo Registro del Conservador de Bienes Raíces competente, requisito sin el cual, por expresa disposición del inciso 1ª del art. 297 del CPC, no producirá efectos respecto de terceros; [...] Ello, con el fundamento de que la disposición del art. 297 del CPC tendría –en opinión de los sentenciadores– el carácter de una presunción de derecho, de la cual debe inferirse que la ausencia de inscripción de la prohibición de celebrar actos o contratos sobre

[938] MARTÍN PASTOR, *La anotación preventiva como medida cautelar y el registro*, Madrid, 2000, pp. 52 y 53.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

el inmueble, hace presumir la buena fe de los demandados sin admisión de prueba en contrario; Que de la lectura de los fundamentos 3º, 4º y 5º del fallo de segunda instancia, aparece de manifiesto que los sentenciadores han dado una errada interpretación a los referidos preceptos legales, atribuyéndoles un alcance y efectos que no tienen. En efecto, el art. 290 del CPC faculta al demandante para pedir una o más de las medidas cautelares que ese precepto señala, entre ellas la prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados. Tal medida, según lo prescribe el art. 296 del mismo Código puede decretarse con relación a bienes que son materia del juicio y también respecto de otros bienes determinados del demandado; y conforme al art. 297, cuando la prohibición recaiga sobre bienes raíces, debe inscribirse en el Registro del Conservador respectivo, requisito sin el cual no produce efectos respecto de terceros; Que esas disposiciones, en manera alguna obligan al solicitar dicha medida cautelar; ni es dable concluir, como lo hace la sentencia recurrida, que la norma del art. 297 tenga el carácter de presunción de derecho de la cual deba inferirse que la ausencia de inscripción de la prohibición de celebrar actos o contratos sobre el inmueble, hace presumir la buena fe de los demandados sin admisión de prueba en contrario. [...]; Que, por lo mismo, la mala fe de los demandados ha podido establecerse por los medios de prueba legales y es así como el fallo de primera instancia en la parte primera de su motivo 24º, esto es, en la primera frase del mismo, deja establecido que "se acredita el conocimiento que tenía el demandado señor [...] de la acción rescisoria que pendía sobre el inmueble de autos con la testimonial que rola en las actas de fojas 90 y siguientes, sin que se logre la convicción inversa con la testimonial ofrecida por la demandada a fojas 98 y siguientes de autos".[939]

B. Problemas con la inscripción

8.68. En la práctica, a propósito de esta inscripción se plantean interesantes cuestiones que analizar. Hemos avanzado que la inscripción es un requisito de publicidad respecto de terceros. También hemos apuntado que respecto de las partes la medida surte sus efectos desde que se notifica sin necesidad de inscripción alguna. Sabemos, igualmente, que el conservador debe *anotar* siempre el título en el repertorio, sin perjuicio de rechazar posteriormente la *inscripción* en el respectivo registro si esta adoleciere de algún vicio. (i) ¿Qué pasa si se *anota* en el Repertorio el título de compraventa de un bien raíz y posteriormente se *inscribe* una prohibición de enajenar respecto del mismo inmueble? ¿Puede el conservador inscribir el traspaso del inmueble respecto del cual pesa ahora una prohibición de enajenar?; (ii) ¿Qué sucede si se *anota* en el aludido repertorio una prohibición de celebrar actos y contratos y antes de que se transforme en inscripción se enajena el inmueble en disputa? ¿Puede el conservador *inscribir* este traspaso?

[939] Corte Suprema, 28 de enero de 1991, rol Nº 15.815.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

No se olvide que la inscripción se retrotrae en sus efectos a la fecha y hora de la anotación en el Repertorio, *sin perjuicio de cualquier derecho que se hubiere inscrito en el intervalo* (art. 17 del Reglamento). En relación con la segunda situación planteada en el párrafo anterior se presentó el siguiente caso: un juzgado de letras decretó una medida prejudicial precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre un inmueble. La medida se *anotó* en el respectivo Repertorio del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, pero la correspondiente inscripción quedó en suspenso a causa de un reparo formulado por el conservador y "mientras se obviaba el inconveniente". En el intertanto el propietario del inmueble lo vendió a un tercero, incribiéndose en el registro de propiedades la enajenación. Posteriormente el juez de la causa ordenó inscribir la prohibición y al mismo tiempo determinó la cancelación de la inscripción hecha en favor del comprador del bien raíz. Frente a esta situación la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo confirmado por la Corte Suprema, señaló:

> Que el juez de la causa, en el expediente que se tiene a la vista extendió abusivamente los efectos de la demanda más allá de los términos legalmente posibles, afectando con ello los intereses de un tercero ajeno del todo a aquella y que además de no haber sido oportunamente emplazado, careció de oportunidad para plantear su defensa y aportar las pruebas y antecedentes que pudiera estimar oportuno en torno a su mejor derecho a inscribir el inmueble.[940]

Se aprecia que en esta situación la Corte no dio mayor importancia a la anotación en el Repertorio de la medida de prohibición de celebrar actos y contratos. Mientras esta no se transformó en inscripción prevaleció la compraventa efectuada en el inter. Esta parece ser una aplicación extrema de la inoponibilidad de la medida respecto de terceros. La publicación no aclara, lamentablemente, cuál fue el inconveniente que representó conservador y que lo llevó a dejar en suspenso la inscripción de la medida. Pienso que una vez subsanado el reparo debió entenderse que la prohibición estaba vigente y cancelarse, tal cual lo determinó el juez *a quo*, la inscripción de la enajenación del bien raíz.

En relación con la primera situación referida algunos párrafos más arriba, también se han presentado problemas. El año 1982 el pleno de la Corte Suprema resolviendo una queja disciplinaria señaló que "si bien el artículo 17 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces establece que, convertida la anotación en inscripción, surte

[940] *Fallos* Nº 260 (1980), p. 196.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

esta todos los efectos desde la fecha de la primera, ello no obsta a que antes que la inscripción se materialice pueda ser paralizada por orden judicial, toda vez que la medida precautoria que se decreta tiene por objeto impedir la enajenación del predio y la anotación en el repertorio no concede al adquirente un derecho preferencial mientras no se convierta en inscripción".[941]

En su resolución nuestro máximo tribunal le dio primacía a la medida precautoria por sobre la anotación en el Repertorio. En efecto, en el momento de anotarse en este libro el aludido contrato de compraventa no había ninguna medida que prohibiera su inscripción en el registro de propiedad. Sin embargo, en el período que medió entre esta anotación y su inscripción definitiva (seis horas aproximadamente) se anotó una medida precautoria que precisamente buscaba evitar dicha inscripción. La Corte en su resolución señala que esta última anotación impide al Conservador inscribir el traspaso de la propiedad y que este impedimento no se ve afectado por lo dispuesto en el art. 17 del Reglamento, porque precisamente la orden judicial tiene por propósito paralizar la enajenación del bien, respecto del cual la anotación no concede ningún derecho preferente.[942]

[941] Fallos, Nº 278 (1982), p. 616. La resolución final fue: "Y de conformidad con los artículos [...], se revoca la resolución apelada [...] y se acoge la queja [...] sólo en cuanto se dispone que el notario y Conservador de Bienes Raíces de Villarrica [...], procederá a cancelar la inscripción de dominio del inmueble aludido en estos antecedentes, practicada en virtud de la escritura de compraventa antes indicada [...] y efectuará la inscripción de la nueva medida precautoria". Fallos, Nº 278 (1982), p. 616.

[942] Este mismo criterio siguió el año 1985 la Corte de Apelaciones de San Miguel, cuya resolución fue confirmada por la Corte Suprema al rechazar la apelación del recurso de queja interpuesta en su contra. En su resolución el tribunal de alzada señaló que "El 28 de diciembre de 1983 se anotó en el Repertorio del Conservador de Bienes Raíces de Puente Alto la escritura pública de 12 de diciembre de 1983 suscrita ante el notario señor Samuel Fuchs por la que la sociedad [...] transfería en dominio por aporte, a la sociedad [...] un predio urbano de aproximadamente 119.883 metros cuadrados [...]; El 30 de diciembre de 1983 se anotó con el Nº 10.598 en el mismo repertorio un oficio sobre medida precautoria de celebrar actos y contratos, sobre el inmueble mencionado en el punto anterior, decretada por el Segundo Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago [...]; Al momento de ingresar la medida precautoria no se había practicado la inscripción del aporte [...]; Que antes que la inscripción de dominio se materialice, una resolución judicial que dispone inscribir una medida precautoria de [prohibición de] celebrar actos o contratos con respecto a la misma propiedad es plenamente vigente y debe cumplirse con preferencia a la mencionada inscripción toda vez que la anotación en el repertorio no concede al adquirente un derecho preferencial mientras no se convierte en inscripción". Fallos, Nº 322 (1985), p. 580.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

El problema es que nuestro máximo tribunal también ha sostenido la tesis exactamente contraria. Así, el año 1991 en sentencia de mayoría señaló: "Que el reglamento ha contemplado la posibilidad que el Conservador se niegue a proceder a una inscripción, si la que se le solicita 'es en algún sentido legalmente inadmisible' (artículo 13) ya sea por motivos de efectos permanentes o transitorios (artículo 15); pero ello en ningún caso lo libera de su obligación de hacer la anotación en el repertorio. Tales motivos, en consecuencia, deben ser obviamente previos o coetáneos con la presentación de los títulos para su inscripción, pero no posteriores; [...]; Que por otro lado, no puede dejar de considerarse en este análisis la naturaleza misma del sistema registral: las inscripciones, desde un punto de vista teórico, debieran ser inmediatas, esto es, practicarse al ingresar un título para su inscripción. Obviamente, en el hecho, ello no resulta posible, tanto porque la materialidad de la inscripción requiere de un tiempo para perfeccionarse, como por el considerable número de documentos que deben inscribirse. Es ahí donde cobra su verdadera importancia la anotación presuntiva en el repertorio, para el buen orden y funcionamiento del sistema ideado por el legislador y como garantía de certidumbre y seguridad de los derechos. La anotación en el repertorio es el hecho que da inicio al proceso que termina con la inscripción, proceso al que la ley le ha dado carácter indivisible retrotrayendo el efecto de la inscripción al tiempo de la anotación "sin embargo, de cualesquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de la una y la otra" [...]; Que en el caso de autos, las inscripciones solicitadas fueron anotadas en el Repertorio con fecha 30 de agosto de 1990 y rechazadas por motivos vinculados con la actualización de los certificados de pago de las contribuciones, reparos que fueron subsanados con fecha 23 de octubre de 1990. No obstante lo anterior, en esta última oportunidad el Conservador rechazó la inscripción en razón de habérsele presentado en el intertanto, después de la anotación en el Repertorio y antes de haberse subsanado los defectos, un embargo y dos medidas precautorias de prohibición de celebrar actos y contratos sobre los inmuebles de que se trata; Que tal conducta del Conservador infringe las normas citadas en las consideraciones precedentes, las que, por otra parte, retrotraen las inscripciones a la fecha de su anotación presuntiva en el repertorio y, por la otra, no autorizan al Conservador para rechazar las inscripciones en razón de motivos posteriores a la presentación de los títulos, pues ordenan que cuando se haga constar que se ha subsanado la causa que impedía la inscripción,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

la anotación presuntiva se convertirá en inscripción, surtiendo esta todos sus efectos desde la fecha de aquella".[943]

Como se aprecia, en esta ocasión el tribunal razona exactamente en sentido contrario a la manera como lo había hecho diez años antes. Ahora ordena al Conservador que proceda a inscribir el traspaso de la propiedad y que cancele las dos medidas precautorias y el embargo que fueron inscritos con posterioridad al 30 de agosto de 1990. En esta ocasión nuestro máximo tribunal da primacía a la primera anotación en el Repertorio (art. 17 del Reglamento) por sobre la medida cautelar inscrita posteriormente. En otras palabras, lo que la Corte Suprema señala ahora es que no es obstáculo para la enajenación válida del inmueble la circunstancia de que con posterioridad a la primera anotación se hubiere inscrito una prohibición de enajenar.[944]

Creo que esta interpretación está más acorde con el texto del art. 17 del Reglamento y en general con el articulado del aludido Reglamento,[945] aun cuando no se pronunció sobre lo que creo es el verdadero tema a dilucidar en esta materia y al que más adelante me voy a referir. Si bien una vez que se realiza la inscripción de la medida cautelar en el registro de prohibiciones e interdicciones de enajenar la ley protege el derecho del actor, de tal modo que si se enajena un bien raíz vigente la medida precautoria e inscrita en el aludido registro dicha enajenación adolece de objeto ilícito, es indispensable que esta inscripción para afectar a terceros se practique antes de que

[943] *Fallos*, Nº 393 (1991), pp. 375-376.

[944] Que es exactamente lo contrario a lo expresado en el voto de minoría de este fallo. Al respecto, señalaron los ministros en su voto particular: "Que en el caso aquí discutido, el Conservador de Bienes Raíces de Talca acatando órdenes judiciales sobre embargo y prohibiciones de enajenar paralizó la inscripción de aportes de dominio a la sociedad [...], previamente anotados en el Repertorio; Queda, entonces, en claro, que las inscripciones objetadas no se refieren a 'derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de la una a la otra', como dispone el artículo 17 del Reglamento del Conservatorio de Bienes Raíces, al tratar de los efectos que produce la anotación en el Repertorio, sino precisamente, de medidas ordenadas por la autoridad judicial, para impedir el traspaso de los bienes raíces afectados por ella". Fallos, Nº 393 (1991), pp. 376 y 377.

[945] Obsérvese que el art. 15 dispone en el inc. 1º que "Sin embargo, en ningún caso, el Conservador dejará de anotar en el repertorio el título que se le presentare para ser inscrito, ya sea que el motivo que encontrare para hacer la inscripción sea en su concepto de efectos permanentes o transitorios y fáciles de subsanar". Por su parte, el art. 16 señala que "La anotación presuntiva de que habla el artículo anterior se convertirá en inscripción, cuando se haga contar que se ha subsanado la causa que impedía la inscripción".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

se presenten los títulos para su anotación[946] o, al menos como dice el tribunal en su sentencia, de manera coetánea con la presentación de los títulos pero no posteriormente.[947] Esta doctrina, por lo demás, es la que se ha ido imponiendo en nuestros tribunales. En efecto, el año 1993 nuestra Corte Suprema volvió a señalar:

"a) Que presentada para su inscripción una escritura de compraventa celebrada entre la sociedad Inmobiliaria Laguna Azul S.A, y el Servicio Nacional de Turismo, el Conservador de Bienes Raíces de Iquique, el 24 de mayo de 1993 la anotó en el Repertorio bajo el Nº 3.205 y no la inscribió por no haberse acreditado el cumplimiento a la cláusula décima de dicha escritura;

b) Que en los autos rol Nº 50.361 del tribunal citado se solicitó por la demandante la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos respecto del inmueble que motivó la compraventa entre las partes referidas en la letra a) precedente, la que se conoció e inscribió con fecha 31 de mayo de 1993;

c) Que la autorización solicitada por el Conservador el 24 de mayo de 1993 le fue presentada el dos de junio de mismo año, oportunidad en que no practicó la inscripción relativa a la compraventa en razón de existir vigente la medida precautoria a que se ha hecho mención; y

d) Que la solicitud planteada al tribunal para que se ordenara la inscripción fue denegada el 21 de junio último, a fojas 23, resolución

[946] De allí que conociendo de un recurso de casación en el fondo la Corte Suprema precisamente resolviera: "Que es un hecho de la causa que al momento de celebrarse el contrato de compraventa de la propiedad de calle Claro Solar Nº 590, de Temuco, entre don [...] y don [...], el 26 de diciembre de 1940, existía la medida precautoria de celebrar actos y contratos de ese bien inmueble, inscrita a fojas 2, Nº 4, del Registro de Prohibiciones del año 1939 [...]. Siendo válida, como se ha demostrado, la medida precautoria antes referida, que a la fecha de celebrarse el contrato de compraventa que se alude se hallaba vigente, dicho contrato es nulo de nulidad absoluta, por ilicitud del objeto, ya que él está prohibido por la ley". RDJ, t. LIII, segunda parte, sec. 1ª (1956), p. 177.

[947] Ya en 1931 la Corte de Apelaciones de Talca había manifestado que "en el presente caso, en cuanto al acto mismo de la partición y de las adjudicaciones hechas por la escritura pública de fojas 1, cabe observar que ellos se realizaron con bastante anterioridad a la fecha en que aparecen inscritos los embargos y prohibiciones, lo que permite establecer que tales actos se realizaron válidamente sin que pudieran afectarles dichos embargos y prohibiciones, cualquiera que fuere el significado jurídico que pudiere darse a dicha escritura de partición, sea considerada como un título translaticio o meramente declarativo de dominio". RDJ, t. XXVIII, segunda parte, sec. 2ª (1931), p. 4.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Iquique a fojas 86, el 22 de julio pasado, y que ha motivado el presente recurso;

1. Que el análisis de los artículos 13, 15, 16, 17, 25, 26, 65, 68 y 70 del reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces –que tienen efecto de ley– fluye que el Conservador de Bienes Raíces debe proceder a inscribir los títulos que se le presenten, de inmediato y en el orden en que han sido anotados en el Repertorio;

2. Que para el evento de rechazarse una inscripción por motivos de efectos permanentes o transitorios, cuyo no es el caso de autos, el reglamento expresamente ha establecido que, subsanados los reparos y en la medida que tal saneamiento se produzca dentro del plazo de sesenta días desde la anotación en el Repertorio, "la anotación presuntiva se convertiría en inscripción" y que convertida en inscripción tal anotación, surte esta todos sus efectos de tal desde la fecha de la anotación (artículos 16 y 17);

3. Que, como consecuencia, la anotación en el Repertorio es el hecho que da inicio al proceso que termina con la inscripción, proceso al que la ley ha dado un carácter indivisible retrotrayendo el efecto de la inscripción al tiempo de la anotación "sin embargo de cualesquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de una y la otra";

4. Que en el caso en estudio, la inscripción solicitada fue anotada en el Repertorio el 24 de mayo de 1993 y rechazada por no haberse dado cumplimiento a la cláusula décima de la escritura, reparto que, por lo demás, fue subsanado el 2 de junio de 1993. No obstante ello, el Conservador rechazó la inscripción en razón de haberse decretado una medida precautoria e inscribirse ella después de la anotación en el Repertorio y antes de haberse subsanado los reparos;

5. Que tal conducta del Conservador infringe las normas citadas en esta resolución las que retrotraen los efectos de las inscripciones a la fecha de su anotación presuntiva en el Repertorio".[948]

[948] Fallos Nº 419 (1993), pp. 849 y 850. La resolución final fue: "Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 540 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se acoge el recurso de queja de lo principal de fojas 4, solo en cuanto se deja sin efecto la resolución de veintidós de julio último, escrita a fojas 86 de los autos traídos a la cuenta y se declara, en cambio, que revocándose la resolución de veintiuno de junio pasado, que se lee a fojas 23 de los mismos, se da lugar a la solicitud de fojas 6 y se ordena al Conservador de Bienes Raíces de Iquique practicar la inscripción a que debió convertirse la anotación en el repertorio Nº 3.205 de 24 de mayo de 1993, cancelando la inscripción en el Registro de Prohibiciones e Interdicciones de fojas 496 vuelta, Nº 929, de 31 de mayo de 1993, repertorio bajo el Nº 3.301".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

La Corte Suprema en 1993 reitera su criterio de 1991 pero nuevamente no se pronuncia sobre el verdadero tema a resolver. Quien sí se pronunció sobre esta situación fue la Corte de Apelaciones de San Miguel cinco años más tarde. En efecto, en 1998 el aludido tribunal, en lo que ahora nos interesa, señaló lo siguiente:[949]

> Que la alegación, también esgrimida por la demandante en orden a que la ineficacia que el artículo 17 del reglamento del Registro Conservatorio

[949] En los demás considerandos el tribunal de alzada sigue la argumentación cronológica de la Corte Suprema, señalando al respecto: "Que el otro motivo de invalidación aducido por la actora radica en la circunstancia de que al pactarse por las demandadas de autos, con fecha 20 de noviembre de 1991, la convención aclaratoria del contrato de cesión y al procederse ulteriormente, el 13 de diciembre de 1991, a la inscripción del título respectivo en el registro de propiedades del Conservador de Bienes Raíces de San Miguel, destinada a producir la cesión de los derechos cedidos, se encontraba inscrita –privando con ello de eficacia de tales actos jurídicos– en el registro de prohibiciones de dicho funcionario, desde el 30 de octubre de 1991, la segunda medida precautoria de prohibición de gravar y enajenar que afectaba a esos mismos derechos [...]; Que, en lo tocante al segundo motivo de nulidad invocado por la actora, al que se hizo referencia en el considerando décimo de este fallo, debe tenerse presente que el Conservador de Bienes Raíces de San Miguel, junto con negarse a inscribir el contrato de cesión, practicó con esa misma fecha –21 de octubre de 1991– en el repertorio, conforme lo demanda el artículo 15 del reglamento del Registro Conservatorio, la anotación presuntiva del título; y que, una vez subsanados los reparos que habían motivado dicha negativa, por resolución de 10 de diciembre de 1991, del Tercer Juzgado Civil San Miguel, se ordenó a dicho funcionario efectuar la inscripción; trámite que este cumplió con fecha 13 de ese mismo mes y año; Que, en las circunstancias descritas, cobra vigencia lo dispuesto en los artículos 16 y 17 del mencionado reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, el cual es un decreto con fuerza de ley y posee, por consiguiente, la misma eficacia jurídica que esta, por haber sido dictado en virtud de la autorización otorgada en el artículo 695 del Código Civil; el primero de los cuales prescribe que la anotación presuntiva establecida en el artículo 15 se convertirá en inscripción, cuando se haga constar que se ha subsanado la causa que impedía la inscripción, surte esta todos los efectos de tal, desde la fecha de anotación, no obstante cualesquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de la una a la otra; Que, en la situación descrita –que corresponde exactamente con la analizada en estos autos–, la inscripción del título inicialmente rechazada tiene efecto retroactivo, a virtud de la anotación en el repertorio [...]; Que la aplicación de estas normas lleva a concluir en este punto específico que al inscribirse la cesión del 21 de octubre de 1991 –cuando ya, por lo demás, había cesado la inhibición de transferencia proveniente de la primera medida precautoria– con esa misma fecha egresaron, por medio de la tradición así perfeccionada, los derechos materia del contrato desde el patrimonio de [...] para radicarse en el de [...]; de tal suerte que, al decretarse la segunda medida precautoria respecto de tales derechos por el 11 Juzgado Civil de Santiago –el 26 de octubre de 1991– e inscribirse la misma en el registro pertinente del Conservador de Bienes Raíces de San Miguel –el 30 de octubre de 1991– no podía ella producir efecto alguno, pues esos derechos ya no integraban el activo patrimonial de [...]".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

prescribe respecto de las inscripciones que se practiquen en el intervalo comprendido entre la anotación presuntiva y la inscripción propiamente tal, afectaría a los derechos y no así a las resoluciones judiciales que decretan una medida precautoria, tampoco resulta jurídicamente aceptable porque el sistema instituido por el legislador, según se colige de los preceptos legales antes traídos a colación, provee a la seguridad y estabilidad de los derechos documentados en los títulos, desde el momento mismo que se inicia su inscripción en el registro conservatorio mediante su anotación en el repertorio, poniéndolos a cubierto de los perjuicios que pudieran sobrevenir a causa de gestiones o actuaciones posteriores, mientras se halla en desarrollo el proceso de inscripción que puede diferirse en el tiempo, como ocurre cuando deben subsanarse inconvenientes que inicialmente obstan a ella; Que, adicionalmente, en el mismo orden de ideas, es necesario señalar que la expresión "derechos" empleada por el precepto en análisis debe tomarse bajo una acepción amplia, equivalente a los títulos o documentos susceptibles de inscribirse en los registros conservatorios, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 52 y 53 del reglamento, ya que es la materialidad de esa documentación representativa de derechos o concernientes a ellos –y no los derechos en estricto sentido– la que cumple con semejante trámite; y de acuerdo con esa premisa, no debiera caber dudas que el precitado artículo 17 del reglamento comprende a la resolución judicial que otorga una medida precautoria a favor del demandante en juicio, pues, para que ella se decrete, este debe exhibir, al menos, un derecho aparente, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 298 del CPC".[950]

Para entender bien esta situación, recordemos que el año 1982 el pleno de la Corte Suprema había argumentado que *si bien el artículo 17 del reglamento del Conservador de Bienes Raíces establece que, convertida la anotación en inscripción, surte esta todos los efectos desde la fecha de la primera, ello no obsta a que antes de la inscripción se materialice pueda ser paralizada por orden judicial;* y lo mismo señalaron dos ministros de la Corte Suprema en el voto de minoría de la resolución de 1991: "Queda, entonces, en claro, que las inscripciones objetadas no se refieren a 'derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de la una a la otra', como dispone el artículo 17 del Reglamento del Conservatorio de Bienes Raíces al tratar de los efectos que produce la anotación en el repertorio, sino precisamente de medidas ordenadas por la autoridad judicial para impedir el traspaso de los bienes raíces afectados por ella; Que parece ser esta la manera adecuada de entender este precepto ordenatorio del registro de los derechos a que él se refiere, y que, en modo alguno, menoscaba el imperio que emana de la resolución judicial cuya preeminencia resulta acorde con el ordenamiento jurídico".[951]

950 RDJ, t. XCV, segunda parte, sec. 2ª (1998), pp. 30, 32 y 33.
951 Fallos, Nº 393 (1991), p. 377.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Este es, en mi opinión, el verdadero tema a resolver: ¿El sin perjuicio de cualesquiera derechos que hayan sido inscritos en el intervalo de la anotación presuntiva y la inscripción definitiva de que nos habla el art. 17 del reglamento, incluye a las resoluciones judiciales? La Corte Suprema en sus dos resoluciones (1991 y 1993) nada dijo. La Corte de Apelaciones de San Miguel, por el contrario, en su sentencia se pronuncia directamente sobre este punto y lo hace señalando, en primer término, que la protección de los derechos que entregan las normas legales comienza desde el momento mismo de la primera anotación en el repertorio "poniéndolos a cubierto de los perjuicios que pudieran sobrevenir a causa de gestiones o actuaciones posteriores", y en segundo lugar, que la expresión "derechos" debe ser entendida bajo una acepción amplia, que incluye a las medidas cautelares que precisamente protegen un derecho que el actor debe tener.

8.69. Ahora bien, para que la medida afecte a los terceros ella debe necesariamente estar vigente. De allí que este tercero pueda hacer valer el hecho de que la medida ha sido alzada aunque este alzamiento no esté ejecutoriado y aunque no se hubiere cancelado la inscripción de la medida. AVELINDO LEÓN observa sobre este particular que "La sola inscripción no puede producir los efectos propios de una prohibición si esta no existe. Por eso, si se alza una prohibición, aunque no se cancele la inscripción, la prohibición deja de producir sus efectos".[952] Más adelante agrega el aludido civilista: "No cabe duda de que entre las partes litigantes el alzamiento produce efectos desde que se les notifica la resolución respectiva, de la misma manera que ha regido desde la notificación del decreto que lo ordena, sin necesidad de la inscripción, que es un requisito de publicidad establecido a favor de terceros [...]. Y con mayor razón frente a los terceros regirá el alzamiento desde que se decrete, si así lo desean los terceros, aunque sea antes de la cancelación en el Registro, ya que la inscripción es un requisito de publicidad establecido a favor de ellos, para que sepan desde y hasta cuando rige el embargo o la prohibición".[953] Ya hemos argumentado que la inscripción de la medida cautelar es un requisito de publicidad y por ello también lo será su respectiva cancelación. Así se ha resuelto:

Que, en efecto, se arguye por la actora que al momento de celebrarse entre las demandadas el contrato de cesión de derecho, el 19 de octubre de 1991,

952 *El objeto...*, ob. cit., pp. 97 y 98.
953 *El objeto...*, ob. cit., p. 99.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

existía una medida precautoria de prohibición de enajenar sobre los inmuebles comprendidos en el contrato, que obstaba a la validez de este, en conformidad con los preceptos del Código Civil anteriormente mencionados, y si bien esta medida había sido alzada por una resolución judicial emitida el día 17 de octubre de 1991, esta no se hallaba ejecutoriada al tiempo de convenirse la cesión, y recién se canceló la inscripción respectiva en el Registro de Prohibiciones del Conservador de Bienes Raíces de San Miguel, donde estaba anotada, con fecha 18 de noviembre de ese año; a lo que debe agregarse –según la demandante– que al alzamiento del arbitrio cautelar, mientras este se mantuvo inscrito en el registro conservatorio, no pudo producir efectos jurídicos respecto de la cesionaria [...] quien era una persona extraña al proceso en que se dispuso la cancelación [...]; Que, en lo concerniente al primero de los fundamentos de la nulidad invocada, debe puntualizarse, desde luego, que la resolución del 17 de octubre de 1991 del 20º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, expedida en los autos rol Nº 40.633, que dispuso alzar la medida precautoria de gravar y enajenar los derechos sobre inmuebles pertenecientes a la demandada [...], corresponden a la categoría de resoluciones que causan ejecutoria, es decir, que pueden cumplirse una vez dictadas, no obstante la interposición de recursos en su contra, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 194 Nº 4 del CPC, que concede en el solo efecto devolutivo la apelación que pudiere deducirse para impugnar la suerte que, cuando se pactó la cuestionada cesión de derechos, el 19 de octubre de 1991, los bienes involucrados en ese contrato, como consecuencia de la eficacia inmediata de la mencionada decisión judicial, se encontraban desafectadas de la traba que impedía su libre tráfico jurídico [...]; Que, empero, semejante efecto [nulidad del acto o contrato por ilicitud del objeto de conformidad con el art. 1464 Nº 3 del CC] solamente tendrá lugar a condición de que la medida precautoria se encuentre vigente, pues si ella ha sido alzada, mediante resolución judicial ejecutoriada o que cause ejecutoria –situación esta última que, según lo expresado con anterioridad, se presenta en el caso de autos– dicho arbitrio cautelar ha dejado de tener valor, perdiendo la eficacia jurídica que le es inherente, pese a la eventual subsistencia de su inscripción, cuyo fin de publicidad habrá devenido, en tal circunstancia, inocuo; Que, acorde con lo razonado, encontrándose los derechos de la demandada [...] restituidos a la libre circulación por haber desaparecido el impedimento jurídico proveniente de la medida asegurativa, que ya había sido alzada mediante una resolución judicial con atributo de ejecutoriedad, el contrato de cesión recaído sobre esos derechos produjo sus efectos propios, respecto de quienes concurrieron a su celebración: la cedente [...] y la cesionaria [...], resultando infundado el reproche de invalidez jurídico de la parte demandante, a causa de que al tiempo de haberse convenido en él, se hubiera mantenido la inscripción conservatoria de aquella; exigencia que, como se acotó antes, importa una forma de publicidad instituida en el exclusivo interés de los terceros y que, por ello, pueden estos renunciar, por no estar prohibido hacerlo.[954]

Por cierto que lo anterior no significa que si el tercero actúa de mala fe, en complicidad con el deudor, el actor no pueda anular la

[954] RDJ, t. XCV, segunda parte, sec. 2ª (1998), pp. 30-33.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

venta, pero en este evento tendrá que probar la respectiva simulación. También puede intentar la acción de daños y perjuicios en contra del deudor por su actuar fraudulento. No se olvide que respecto de las partes la medida produce sus efectos desde que se notifica la resolución que la concedió, por lo que probar la mala fe del deudor no debe ser difícil, bastará con acreditar la fecha de la resolución y de su notificación para que el demandado no pueda alegar desconocimiento de la existencia de la medida. Lo dispuesto en el inc. 2º del art. 297 aunque referido a los bienes muebles y al que en seguida me referiré, es plenamente aplicable en este caso.

Para terminar con esta parte relativa a la inscripción de la prohibición cuando esta recae sobre bienes raíces, el art. 297 del CPC señala que la prohibición se inscribirá en el registro del conservador respectivo. ¿Cuál es este conservador? El art. 56 del reglamento nos dice que "los decretos de interdicción, los que prohíben o limitan generalmente el derecho de enajenar y los demás que no se contraigan a determinado inmueble, se inscribirán en el departamento en donde tenga su domicilio la persona sobre quien recae el decreto o prohibición. Se inscribirán también en el departamento o departamentos en que estén situados los inmuebles que le pertenecieren". Agrega en el inc. 2º: "Si la prohibición o limitación recayeren sobre un inmueble determinado, la inscripción deberá hacerse en el departamento o departamentos en que estuviere situado el inmueble". Por tanto, el conservador competente es el de la localidad donde se encuentre situado el inmueble afecto a la medida. Si este se encuentra ubicado en más de una provincia deberá inscribirse en cada uno de los registros de esas provincias.

C. Bienes muebles

8.70. Veamos ahora la situación relativa a los bienes muebles. El art. 297 inc. 2º del CPC previene al respecto: "Cuando [la prohibición] verse sobre cosas muebles, sólo producirá efecto respecto de los terceros que tengan conocimiento de ella al tiempo del contrato; pero el demandado será en todo caso objeto de fraude si ha procedido a sabiendas". Como sabemos, los bienes muebles, salvo contadas excepciones, no están sujetos a un régimen de inscripción como los bienes raíces. En esta materia, por tanto, el legislador estableció una situación de hecho para determinar si la medida afecta o no al tercero contratante. Si este conocía la existencia de la medida, entonces se aplican los efectos de la respectiva prohibición. Para probar este conocimiento el demandante puede valerse de todos los medios de

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

prueba que le autoriza el ordenamiento jurídico nacional. Así, podrá utilizar algún documento en el cual el tercero haga referencia a la prohibición del tribunal o al proceso en el cual se ha decretado la medida en cuestión, o testigos que acrediten esta circunstancia. Si el demandante no logra acreditar este conocimiento la medida será inoponible al tercero y, por lo tanto, este no se verá afectado por la misma. En este caso el actor puede intentar la acción de daños y perjuicios en contra del deudor cuyo proceder la ley considera fraudulento si hubiere actuado a sabiendas. Esta situación será la regla general. No será fácil al deudor acreditar que él desconocía la existencia de la medida. Una situación plausible, en todo caso, es aquella en que el tribunal hubiere concedido la prohibición como medida prejudicial y ella no se hubiere aún notificado al deudor.

8.71. La Ley de Tránsito establece una importante excepción a la regla anterior. En efecto, el art. 41 señala que "En el Registro de Vehículos Motorizados se inscribirán, además, las variaciones de dominio de los vehículos inscritos". Adiciona en el inciso segundo que "No serán oponibles a terceros ni se podrán hacer valer en juicio los gravámenes, prohibiciones, embargos, medidas precautorias, arrendamientos con opción de compra u otros títulos que otorguen la tenencia material del vehículo, mientras no se efectúe la correspondiente anotación en el Registro". Por lo tanto, tratándose de este tipo de bienes muebles la regla del art. 297 del CPC ha sido alterada. Si la medida ha sido inscrita en el registro de vehículos motorizados, entonces, la misma será oponible a terceros. En caso contrario la prohibición será inoponible. De allí que la Corte Suprema el año 2013 hubiere dicho que

> "Que la sentencia cuestionada que reprodujo y confirmó el fallo de primer grado rechazando, en definitiva, la tercería de posesión, reflexiona al efecto que sin perjuicio que el actual artículo 38 de la Ley del Tránsito (anterior artículo 33) establece que la constitución del dominio, su transmisión, transferencia y los gravámenes sobre vehículos motorizados se sujetarán a las normas que el derecho común establece para los bienes muebles, el artículo 41 (anterior artículo 35) prescribe que en el Registro de Vehículos Motorizados se inscribirán, además, las variaciones de dominio de los vehículos inscritos. Asimismo, estatuye que no serán oponibles a terceros ni se podrán hacer valer en juicio los gravámenes, prohibiciones, embargados, medidas precautorias, arrendamientos con opción de compra u otros títulos que otorguen la tenencia material del vehículo, mientras no se efectúe la correspondiente anotación en el Registro. Así las cosas, no obstante que las instrumentales de fojas 1 y 2 indican que el vehículo de marras fue entregado con fecha 31 de agosto de 2010, no obstante pesar sobre aquel una medida de prohibición a su respecto (sin perjuicio del derecho real de prenda), no pueden resultar oponibles en esta *litis*, por cuanto su promotor no ha acreditado el supuesto de hecho que prescribe la norma, esto es, la correspondiente anotación en el Registro" (C. 5º).[955]

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

2.4.5. Alzamiento

8.72. En relación con el alzamiento de la prohibición de celebrar actos y contratos, en ninguno de los dos artículos específicos de esta medida (296 y 297) se prevé la posibilidad de que el deudor solicite el alzamiento de la medida durante el transcurso del proceso. Una vez más, por tanto, se aplica íntegramente lo dispuesto en el art. 301 del CPC. En relación con la facultad de hacer cesar esta medida proponiendo una caución de resultas, hay que verla en relación con cada una de las hipótesis ya estudiadas. Cuando la medida recae sobre la especie misma sobre la cual se litiga *mutatis mutandi* se aplica lo que hemos manifestado a propósito del secuestro de la cosa en la hipótesis prevista expresamente en el art. 291 del CPC, esto es, que el deudor puede ofrecer una caución para intentar alzar la prohibición ya concedida, y que los tribunales deben ser especialmente cautelosos en el ejercicio de este derecho debiendo verificar que la caución ofrecida efectivamente resguarde debidamente los intereses del actor. Cuando la medida recae sobre dineros o sobre otros bienes determinados del demandado, este puede demandar la sustitución de la providencia cautelar por una garantía de satisfacción. El tribunal debe analizar el tipo de garantía que se está proponiendo y los mayores o menores perjuicios que la prohibición está desplegando en el patrimonio del deudor. La evaluación del tribunal debe ser menos estricta que en el primer caso.

La segunda posibilidad que contempla el art. 301 del CPC para alzar la medida cautelar durante el transcurso del proceso dice relación con el carácter esencialmente provisional que revisten estas medidas, y que faculta al demandado para pedir su alzamiento tan pronto desaparezca el *peligro* que se ha procurado evitar con la concesión de la misma. Por tanto, para saber en qué casos opera este supuesto debemos relacionarlo precisamente con el concreto *periculum* que el tribunal tuvo en vista al conceder la prohibición de celebrar actos y contratos. Ya hemos avanzado que en los casos en que la prohibición recae sobre el bien en litigio, la jurisprudencia

[955] Corte Suprema, Primera Sala, casación en el fondo, rol 4458-13, 21 de agosto de 2013.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

y la doctrina nacional no exigen ningún *periculum* para conceder la medida. Por tanto, si se aplica este criterio hay que concluir que el deudor no puede pedir el alzamiento por esta causal porque no existe peligro alguno que pueda desaparecer. En la segunda situación, en cambio, sabemos que el peligro está dado porque las *facultades del demandado no ofrecen suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio.* Por tanto, si durante el desarrollo del proceso desaparece este riesgo el tribunal debe ordenar el cese de la medida cautelar. Si, por el contrario, el deudor no pide que se deje sin efecto la prohibición o si demandándolo el tribunal rechaza su reclamación, entonces la medida permanecerá en vigor durante toda la sustanciación de la causa. Ya sabemos que esta última situación no significa que la medida no se extinguirá en algún momento. Como toda medida cautelar la prohibición de celebrar actos y contratos cesará cuando quede ejecutoriada la sentencia definitiva que ponga fin al litigio de acuerdo con la naturaleza instrumental que hemos visto revisten estas medidas.

2.4.6. Cancelación de la inscripción

8.73. Ya sabemos que cuando la prohibición recae sobre un inmueble la medida debe ser inscrita en el registro de interdicciones y prohibiciones de enajenar para que sea oponible a terceros. Como corolario de lo anterior, una vez que el tribunal ordena el alzamiento de esta medida hay que cancelar la respectiva inscripción para así dar publicidad de la nueva situación jurídica del bien. Al respecto, el art. 33 del reglamento nos dice que "en cada uno de los mencionados registros se inscribirán también las respectivas cancelaciones, subinscripciones y demás concerniente a las inscripciones hechas en ellos". Por lo tanto, la cancelación de la inscripción definitiva debe practicarse en el aludido registro de interdicciones y prohibiciones de enajenar. Al respecto, observa LEÓN HURTADO que "si el alzamiento se refiere a los bienes raíces, comprende el decreto que lo ordena la notificación de este y la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces".[956]

El tribunal competente para ordenar la cancelación de la inscripción es en principio el mismo que concedió la medida. Esta es la situación habitual y de normal ocurrencia; sin embargo, no debe descartarse la existencia de inscripciones de antigua data que por

[956] *El objeto...*, ob. cit., p. 99.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

alguna razón han permanecido sin cancelación y en que el tribunal que la ordenó simplemente ya no existe.[957] En este tipo de casos deberá ordenar la cancelación el tribunal que legalmente le hubiere sucedido o el que sea competente de conformidad con las reglas generales (por ejemplo, el del lugar donde se encuentre ubicado el bien raíz). Del mismo modo, nuestra Corte Suprema, en uso de las facultades que le otorga el art. 541 del COT, ha ordenado de oficio el alzamiento de una medida cautelar de prohibición de celebrar actos y contratos sobre un predio agrícola ordenada por un árbitro arbitrador, en que el conservador se había negado a inscribir a favor del nuevo propietario.[958]

3. MEDIDAS INNOMINADAS O INDETERMINADAS: ARTÍCULO 298 DEL CPC

8.74. El artículo 298 del CPC señala: "Las medidas que trata este título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. *Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen*".

Estamos frente a una norma de clausura dentro del sistema de medidas cautelares previsto en el CPC. En virtud de este precepto se abren –al menos teóricamente– las puertas para la creación ju-

[957] Así, en un juicio arbitral en el que se había decretado la prohibición de gravar y enajenar un inmueble hace más de 14 años, y en el que para colmo el expediente se encontraba extraviado y el árbitro había fallecido, se solicitó al Quinto Juzgado de Letras de Santiago (el mismo que había tramitado el oficio para dar cumplimiento a la referida prohibición) la reconstitución del expediente y que dejara sin efecto la medida precautoria, la Corte Suprema acogiendo la apelación del recurso de queja señaló: "Que, si bien en el caso en fallo, no hay ley que resuelva el asunto sometido a la decisión del juez recurrido, debido a que se ha reclamado su intervención en forma legal y consta de los antecedentes que el tribunal que sirve el juez recurrido intervino en la remisión del exhorto decretado en los autos arbitrales para la inscripción de la medida precautoria y era el secretario de ese mismo tribunal el actuario del arbitraje; resulta que dicho juez es el competente para tramitar la reconstitución solicitada, por lo que no ha podido excusarse de avocar su conocimiento, y al no hacerlo ha incurrido en una falta que esta corte debe enmendar". Fallos, Nº 276 (1981), p. 520. Aunque el fallo no lo dice, creo que la resolución también entrega competencia a este juez para resolver la otra petición del actor, a saber, que se deje sin efecto la medida precautoria.

[958] Fallos, Nº 345 (1987), pp. 472 y 473.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

risprudencial de medidas cautelares atípicas. Son, pues, medidas innominadas o indeterminadas que en cada caso y a efectos de asegurar el resultado del juicio, deberán crear los tribunales chilenos de conformidad con las peticiones de los respectivos demandantes.

Es evidente que una norma como la anterior obliga a tomar un posicionamiento del intérprete a la hora de establecer el posible contenido de las medidas que los tribunales pueden adoptar a su amparo. Pese a su formulación más bien negativa y de mayor exigencia, según veremos seguidamente, la norma deja algún espacio de movimiento mayor para el intérprete.

Superada ya la época de un positivismo extremo que, según se ha descrito someramente en el capítulo segundo de esta obra, concebía la labor del juez como una simple explicitación de lo que ya estaba contenido en la norma general y abstracta, pero sin crear nada a su respecto; en el escenario vigente el tema se centra en determinar hasta dónde puede llegar la labor del juez chileno cuando se enfrenta a una norma como es el art. 298 del CPC.

Al respecto, el intérprete no puede olvidar que el juez se encuentra vinculado por disposición constitucional a los mandatos de la ley.[959] Por consiguiente, establecida la existencia de límites legales a los espacios de decisión de que goza el juzgador, procede determinar cuánto puede moverse el juez al interior de estos límites que establece el legislador. Debe recordarse que el juez, al momento de concretar una decisión, está creando una norma particular que antes no existía, que para el presente supuesto se traduce en conceder una determinada medida cautelar al amparo de una concreta norma. Sin embargo, en este supuesto surge una dificultad mayor porque la norma no tiene una literalidad en la cual apoyarse, sino

[959] Como observa HASSEMER el tema "libertad y vinculación del juez constituye un tema general de la teoría del derecho con independencia de la idea de un sistema codificado. Independientemente de que un orden jurídico nacional prescribe sus reglas de decisión en forma de Código, o bien establezca por medio del derecho judicial los principios básicos de igualdad de trato de los casos, o bien la jurisprudencia adopte principios estéticos. En todo caso, de lo que se trata es del problema de la limitación de la libertad de acción de los jueces. Dicha limitación puede ser formulada atendiendo a dos perspectivas: en relación a la elección de alternativas de la decisión y en relación a la elección de los argumentos (o de las formas argumentativas) con los que ha de fundamentarse la alternativa de decisión elegida [...]. Entendiendo así las cosas, la vinculación del juez constituye un elemento necesario de toda administración de justicia que tenga carácter consiente. El sistema jurídico codificado agudizará tal vinculación y hará de la ley un elemento de la misma". "Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley", en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, 1992, pp. 208 y 209.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

que se trata de un precepto de contenido negativo: "No tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley".

Según indicamos en el capítulo segundo, el origen de esta disposición se encuentra en el *Proyecto de 1893* del que, lamentablemente, no se conservaron las actas de discusión en que se expresaron los motivos de su incorporación. Igualmente, señalamos en aquella oportunidad que dichos motivos no podían alejarse de lo expresado por BLEST GANA en la exposición de motivos del *Proyecto de 1871*, a saber, dejar a "la prudencia del magistrado, [lo] mucho que la ley no alcanza a prever, como que las medidas precautorias derivan su principal importancia de los elementos especiales de cada caso y de la posición de cada litigante",[960] y que dicha normativa constituyó un importante adelanto para su época. PEREIRA, aun cuando inexplicablemente no considera la normativa española, ha afirmado al respecto que "no obstante que el Código de Procedimiento Civil fue concebido en virtud de principios procesales imperantes en la segunda mitad del siglo pasado y haber entrado a regir a comienzos del presente, no solamente reguló y dio nombre específico a determinadas medidas precautorias (arts. 290 al 297), sino que, además, confirió atribución al juez para disponer medidas no autorizadas expresamente por la ley "cuando lo estime necesario" [...]. Fue así el sistema procesal civil nacional un *adelantado* en Latinoamérica en el tema del llamado "poder cautelar general del juez" que, aunque admitido en el ordenamiento ejecutivo austríaco de 1896, solamente vino a recibirlo el Código de Italia en 1940 y a consagrarlo en nuestra región el Código procesal modelo para Iberoamérica en 1988 (art. 280)".[961]

Ahora bien, según observamos, la norma en cuestión presenta una regulación en clave negativa, al disponer que "podrá también el tribunal [...] *no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley*, exigir caución al actor [...]"; es decir, al amparo de esta disposición no hay, en verdad, una invitación abierta para solicitar por parte de los demandantes cualquier tipo de medidas precautorias sino, más bien, una invitación al juez para que cada vez que le soliciten medidas que se aparten de las expresamente autorizadas por el legislador, exija al demandante que otorgue una caución para responder de los eventuales perjuicios que tal medida irrogue. Obsérvese que la norma en cuestión no estableció ningún alcance distinto al de aumentar (razonablemente, en todo caso), el nivel de exigencia para conceder

[960] BLEST GANA, *Proyecto de Código...*, ob. cit., pp. IX y X.

[961] "Embargo y cautela...", ob. cit., p. 87.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la medida. En este sentido, no determinó ni el tipo de peligro que el juzgador puede evitar al conceder este tipo de medidas, ni cuál puede ser su ámbito de maniobrabilidad.

Como se puede vislumbrar, la visión positiva que para el derecho chileno significa la existencia de la norma, rápidamente se ve oscurecida al comprobar, por una parte, la prácticamente nula regulación legal que ella presenta, y por la otra, el escaso tratamiento doctrinal que sobre el particular ha habido.[962] Sin duda que esta situación, unida a la falta total de una jurisprudencia que se haya configurado a su alrededor, obliga al intérprete a efectuar un esfuerzo adicional en orden a establecer el posible contenido que el precepto puede presentar.

Por su parte, los presupuestos que se exigen dentro del ordenamiento jurídico chileno para conceder una medida precautoria *(periculum y fumus)*, pueden verse adicionados con el otorgamiento de una fianza de resultas en la medida que el tribunal así lo ordene. El requisito del *fumus bonis iuris* está constituido por los comprobantes que debe acompañar el demandante y que deben constituir presunción grave del derecho reclamado en conformidad con lo señalado por el propio art. 298 del CPC. Tratándose del *periculum in mora* debemos efectuar un análisis más en detalle del mismo.

Según observa ORTELLS, tratándose de las medidas indeterminadas del derecho español, "en las normas rectoras de medidas

[962] De esta manera, QUEZADA se limita a señalar que "estas son medidas innominadas y deben cumplir con los requisitos generales y especiales de todas las precautorias, con las salvedades que 'el juez, si lo estima necesario, puede exigir caución'". *Medidas prejudiciales...*, ob. cit., p. 103. Agregando, más adelante, que "estas, lógicamente, requieren mayores requisitos y el tribunal debe ser más exigente en su concesión". Ídem, p. 108. ROJAS, por su parte, luego de señalar las medidas indeterminadas reguladas en otras legislaciones (Italia, Alemania, España, entre otros), señala, refiriéndose al art. 298 del CPC, que "en el precepto citado, como se ha dicho, nuestro derecho está reconociendo y confiando al juez explícitamente un poder cautelar general, esto es, la facultad de ordenar providencias de garantía aunque no estén previstas expresamente en la ley. Al consagrar, en esta forma, el Código procesal patrio la medida precautoria innominada, se infiere que adopta una actitud extraordinariamente ventajosa y práctica, puesto que a través de este mecanismo le permite al demandante asegurar el resultado de su acción, en todos los casos en que las providencias cautelares especificadas en la legislación no resulten adecuadas y eficaces". *Las medidas...*, ob. cit., p. 54. TAVOLARI, desde otra perspectiva, luego de postular que la noción cautelar integra el concepto de garantía o tutela jurisdiccional, y de analizar la dimensión procesal de la cautela reconocida en sus más variadas manifestaciones, señala que esta potestad cautelar culmina "con la amplísima facultad concedida al tribunal en el título V del libro II del Código, para adoptar providencias cautelares, anticipadamente previstas allí o, simplemente, las que aparezcan adecuadas y a que la norma alude con la referencia a medidas 'no expresamente autorizadas por la ley'". "La orden...", ob. cit., pp. 687-689.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

cautelares determinadas, también llamadas típicas, las situaciones de riesgo para la efectividad de la sentencia *(el periculum in mora)* se hallan legalmente precisadas de una manera explícita o implícita. Explícitamente, por ejemplo, para el embargo preventivo, en el 'motivo racional para creer que ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores', es decir, en el riesgo que se cree una situación de insolvencia. Implícitamente en otras medidas cautelares, porque el peligro atajado o conjurado por estas puede 'reconstruirse' considerando la réplica que frente a él supone la eficacia propia de la medida concedida". Agregando más adelante que "en el artículo 1428 el *periculum in mora* no aparece precisado en ninguno de estos sentidos. Desde luego no de una manera explícita, pero tampoco implícitamente, puesto que como el precepto deja igualmente sin determinar las medidas adoptables, no se produce aquella tácita restricción de los *pericula* que la medida cautelar es adecuada para contrarrestar. Consiguientemente, con el límite que (de modo implícito) deriva de la clase de medidas que se entienda que este precepto autoriza a adoptar, este permite en principio la tutela frente a una serie de diversas situaciones de peligro, que en cada caso habrán de especificarse".[963]

Por su parte, tratándose de las medidas indeterminadas chilenas, según se puede desprender de lo visto hasta el momento, no hay una regulación implícita ni explícita del *periculum in mora*, como sí ocurre con las medidas del art. 290 del CPC; en consecuencia, será el juez quien en cada caso deberá especificar el peligro correspondiente y la medida que deberá adoptarse. Ahora bien, en esta labor de determinación del peligro, y del posible contenido de la resolución que deberá adoptarse, no presentan problemas tratándose de las medidas cautelares de carácter precautorio o asegurativo. Sintomático pues resulta el hecho de aceptarse, como una típica medida cautelar de creación jurisprudencial, por ejemplo, la notificación al conservador de bienes raíces para que se abstenga de practicar la inscripción de la merced de aguas que se ha pedido.[964]

[963] "Sobre las medidas cautelares indeterminadas del art. 1428", en *Justicia* I (1989), pp. 56 y 57.

[964] Así se ha resuelto: "Que, en la especie, la medida de seguridad impetrada, de acuerdo con las disposiciones legales precedentemente transcritas, es la que se ha dicho, o sea, la notificación del Conservador de Bienes Raíces de Yumbel, para que se abstenga de practicar la inspección de la merced de aguas solicitada por don [...], medida que pidió no para que fuese acogida en la sentencia definitiva que se librara en el pleito, sino para que se decretara desde luego; Que si bien esta medida de seguridad no se halla enumerada en la disposición del art. 280 [art. 290

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Dejando de lado las providencias de carácter asegurativo que encuadran perfectamente dentro del concepto clásico de medidas cautelares, y por lo mismo no presentan ningún inconveniente doctrinal, el tema que se plantea consiste en determinar si estas medidas indeterminadas pueden ampliar el campo de acción de las medidas precautorias hacia otros fines, además de los que tradicionalmente han cumplido dentro del ámbito del título V del libro II del CPC.

En el caso español, la interpretación amplia que de estas medidas se realizó en los últimos años de vigencia de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881,[965] que ha permitido comprender dentro de las medidas indeterminadas no sólo aquellas de carácter asegurativo, sino excepcionalmente también aquellas de fines anticipativos, se efectuó en conformidad con el tenor literal del art. 1428, al contraponer la expresión *"asegurar la efectividad"* (de que hablaba el precepto) con la de "asegurar la ejecución". Como se ha afirmado, "asegurar la efectividad cubre, por descontado, lo anterior, pero supone también que se proteja la sentencia frente a los riesgos que impidan que la ejecución se desarrolle en condiciones de plena utilidad para el que acabe por ser reconocido como titular del derecho".[966]

actual] del CPC, es indudable que dada su naturaleza y la forma en que fue solicitada como anteriormente se ha expuesto, es una verdadera medida precautoria [...]". *Gaceta de los Tribunales* Nº 140 (1940), p. 598. También en un voto particular se ha observado que "aunque la incidencia de que se trata [paralización del juicio de partición de bienes] fue promovida sin darle el carácter de medida precautoria, sin embargo por su naturaleza y el objeto que persigue, tiende a garantir y a asegurar los resultados del juicio principal sobre nulidad de testamento, y es así una medida precautoria no especialmente autorizada". RDJ, t. XXXVIII (1941), segunda parte, sec. 2ª, p. 16. No se olvide, por lo demás, que esta era la misma opinión que tenía la doctrina española del siglo XIX respecto de las facultades que al juez confería el art. 1428 de la LEC de 1881. Así, MANRESA señalaba que "aunque la ley deja al arbitrio judicial la adopción de las medidas que estime necesarias y más conducentes a dicho fin, podrá servirle de norma lo que previene el art. 923 para la ejecución de las sentencias que contengan condena de hacer o de no hacer o de entregar alguna cosa [...]". Agregando que "el embargo preventivo será, pues, la más procedente en la mayor parte de los casos; pero cuando se demande el cumplimiento de una obligación de entregar cosa específica o determinada, será preferible y más adecuado el secuestro y depósito judicial de la cosa litigiosa, siempre que por sus circunstancias sea susceptible de ocultación, destrucción o fraude". *Comentarios...*, ob. cit., t. V, p. 431.

965 Al respecto *vid.* RAMOS, "Las medidas cautelares...", ob. cit., p. 77; ORTELLS, "Sobre...", ob. cit., pp. 62 y ss.; CALDERÓN CUADRADO, *Las medidas cautelares...*, ob. cit., pp. 62 y ss. JOVÉ, *Medidas cautelares...*, ob. cit., pp. 114 y ss., en especial p. 120.

966 ORTELLS, "Sobre...", ob. cit., p. 64; CALDERÓN CUADRADO, por su parte, señala que el "error inicial viene referido a esa preordenación de las medidas cautelares respecto a la ejecución. Sin fundamentación normativa toda la teoría de la homogeneidad descansa en la idea de que la tutela cautelar sólo tiene sentido en función de la ejecución forzosa". *Las medidas...*, ob. cit., p. 61, *vid.*, especialmente nota número 170 al pie de página.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Sin embargo, nada de lo anteriormente señalado es predicable de nuestro art. 298 del CPC, norma que, según se ha dicho, las concibe en términos negativos. De allí que la labor del intérprete debe ir por otro derrotero, en el cual, sin duda, será de gran utilidad el resto de las normas que se refieren a las medidas precautorias y la finalidad que ellas persiguen. En este sentido, es útil recordar que se ha demostrado que las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno cumplen fines más amplios que los asegurativos patrimoniales que tradicionalmente se le han asignado.

Ahora bien, en esta búsqueda de ampliación de los fines que pueden cumplir estas medidas, el problema al que se enfrenta el intérprete ha sido definido correctamente por ORTELLS, a propósito de las medidas indeterminadas españolas, al señalar que "ciertamente nos hallamos ante un fenómeno contradictorio en el régimen de tutela cautelar. Por un lado, puede entenderse que la previsión de unas medidas cautelares indeterminadas o atípicas es índice de perfección del sistema, porque aquellas pueden alcanzar la ductilidad necesaria para combatir una variedad de *pericula* no fácilmente previsible. Pero, por otra parte, esa necesaria indeterminación provoca una cierta retracción a la hora de aplicar las medidas por una suerte de miedo al vacío".[967]

Creemos que, en parte, este miedo al vacío ha sido el que ha impedido a la jurisprudencia chilena desarrollar "algo más" el alcance del art. 298 a la hora de adoptar soluciones lo suficientemente dúctiles para combatir todo tipo de peligro y no sólo el peligro de infructuosidad como hasta ahora ha ocurrido.[968] En este punto no

967 ORTELLS, "Sobre...", ob. cit., p. 60.

968 En este mismo orden de ideas, en un fallo que muestra con toda claridad la postura restrictiva de nuestra jurisprudencia, se ha señalado que "*Estas pretensiones, además, vulneran el régimen de las medidas precautorias, tal como está concebido en nuestro derecho.* Si bien las medidas precautorias no están taxativamente establecidas en la ley, *es discutible que el juez tenga un poder cautelar general.* Puede dictar cualquier providencia que cumpla con la finalidad de tutelar en forma adecuada el bien que lo considere digno de protección, cuando el legislador establece esta facultad, como ocurre en los casos previstos en los artículos 755 del Código de Procedimiento Civil, 156 del Código Civil y 4 de la ley 5.750, y cuando la medida tiene por objeto sólo asegurar un derecho para que pueda realizarse al obtenerse sentencia, calidad en la que se encuentran todas las precautorias a que se refieren los artículos 290

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

debe olvidarse la nueva normativa que en materia familiar, laboral, ambiental, competencia, etc., rige a propósito de las medidas cautelares y la consagración expresa de medidas innovativas ahora en nuestra legislación. Esta nueva orientación que ha experimentado la tutela cautelar puede servir de molde a los jueces al momento de llenar de contenido el art. 298 en la parte relativa a las medidas no autorizadas de manera expresa en algún texto legal.

Así pues, hoy en día lo importante es que la sentencia, al momento de dictarse, pueda cumplirse de manera efectiva, lo cual, evidentemente se logra evitando que los bienes del demandado se dispersen; pero en otras ocasiones no basta con ello, pues es necesario ir más allá. Nos referimos a aquellas situaciones en que con urgencia se debe satisfacer la pretensión solicitada, ya que de lo contrario la sentencia definitiva cuando se pronuncie será ineficaz, por llegar demasiado tarde. Es en estos casos que el juez deberá adoptar providencias lo suficientemente dúctiles, a fin de combatir el *periculum in mora constituido en estas situaciones por el peligro de retardo, más que por el peligro de infructuosidad.*

En los términos planteados, y tratándose de estas medidas indeterminadas, el juez debe exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen. Para los casos excepcionales, de real urgencia, en que sólo anticipando provisionalmente los efectos de la decisión de mérito se evitan perjuicios irreparables para el demandante, el juez debe hacer uso de la facultad que le concede la ley y exigir al actor que otorgue una caución para resguardar todos los perjuicios que esta anticipación de mérito pueda producir en el patrimonio del demandado, para el evento de que finalmente se demuestre que la pretensión era infundada.

En el fondo, gran parte de la solución del problema pasa por determinar desde un principio los intereses económicos en disputa y, de este modo, evitar perjuicios irreparables en cualquiera de los

y siguientes del Código de Procedimiento Civil y también la situación prevista en el inciso primero del artículo 1331 del Código Civil. Pero cuando la medida no sólo tiende a asegurar el resultado de la acción, sino que, además, importa un prejuzgamiento sobre el fondo del asunto, y trata de satisfacer lo demandado provisoriamente, pero desde luego, ella no puede tener origen sino en la ley, como ocurre en el caso del artículo 327 del Código Civil (alimentos provisorios). En realidad, toda medida que importe un pronunciamiento sobre lo controvertido, o que satisfaga provisoriamente las pretensiones del actor, no es una precautoria en el sentido que da a este instituto nuestra legislación, porque para ella sólo son tales las que tienen por objeto asegurar la satisfacción de un derecho y no aquellas que tratan de evitar el retardo del cumplimiento de lo pedido [...]". RDJ, t. LVIII (1961), segunda parte, sec. 1ª, p. 222.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

dos sujetos de la relación procesal. Desde esta perspectiva económica, el problema consiste en determinar cuál de las dos partes de la relación procesal –si demandante o demandado– se encuentra en mejores condiciones económicas de soportar (de manera provisional) el riesgo que la incertidumbre de todo proceso conlleva. Y esto no es algo novedoso, sólo no ha sido explorado adecuadamente. La pregunta puede formularse del siguiente modo: ¿quién debe otorgar la caución y para garantizar qué situación? El demandante a quien se concede la medida para garantizar los eventuales perjuicios en el patrimonio del demandado (que es el punto de vista tradicional); o este último para evitar la concesión de la medida, y así garantizar las resultas del juicio. ¿Quién garantiza mejor el resultado final del litigio al menor coste posible?[969]

Hoy en día, en que prácticamente nadie discute que la justicia carece de eficacia sino se obtiene de manera pronta, en tanto que hay conciencia generalizada de que no se pueden esperar años para que un conflicto se resuelva, anticipar provisoriamente los efectos de la eventual sentencia, cuando en opinión del juez haya probabilidades ciertas de que el demandante obtenga una sentencia favorable, nos conducirá a evitar situaciones de manifiesta iniquidad. La forma como en el derecho inglés se ha regulado la figura de los pagos provisionales puede servir de guía o modelo en esta materia. En el caso nacional el temor de los daños que ello puede producir en el demandado se puede equilibrar, en definitiva, con la exigencia de la caución de resultas y con un procedimiento expedito para su realización. De todos modos de *lege ferenda* es conveniente que el legislador avance en la aprobación del nuevo Código Procesal Civil a fin de contar con una regulación más moderna y clara en este ámbito.

[969] Esto es lo que expresamente, ahora con carácter general para todo tipo de medidas cautelares, se ha consagrado en la nueva Ley de enjuiciamiento civil española. *Vid.*, sobre el particular, arts. 728.3. 737, 746 y 747. Posner a este respecto señala: "La importancia de ponderar los errores por sus costos se pone de manifiesto también mediante la fórmula siguiente para decidir si se otorga o se niega una prohibición preliminar: otorgar si, y sólo si, P(Hp) > (1 - P) Hd, donde P es la probabilidad de que el demandante gane el juicio (y por tanto 1 - P es la probabilidad de que el demandado gane), Hp es el daño irreparable que sufrirá el demandante si no se otorga una prohibición preliminar para mantener el *statu quo* mientras se decide el juicio, y Hd es el daño irreparable que sufrirá el demandado si se otorga la prohibición preliminar". Dicho en términos más intuitivos, debería concederse la prohibición preliminar "si, y sólo si, la proporción de las probabilidades de triunfo del demandante respecto de las del demandado supera la proporción de daño irreparable del demandado respecto del daño irreparable del demandante". *El análisis económico del derecho*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, 1998, p. 520.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

2. Otras medidas cautelares contenidas en el CPC

4.1. *Suspensión decretada en la denuncia de obra nueva: artículo 565 del CPC*

8.75. Aun cuando en la terminología del CPC la denuncia de obra nueva esté regulada dentro de los interdictos o juicios posesorios (título IV, libro III, *De los interdictos*), ella no constituye un juicio posesorio *stricto sensu*, ya que, a diferencia de la querella de amparo, de restitución, y restablecimiento, no tiene por finalidad inmediata la protección de la posesión.

En todo caso, nuestro interés no se centra en la denuncia de obra nueva en cuanto juicio especial y sumario que es, sino en analizar la primera resolución que recae en este juicio, a saber, la suspensión provisional de la obra denunciada.

8.76. En efecto, el art. 565 del CPC señala en su parte primera que "Presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciable, *el juez decretará provisionalmente dicha suspensión* y mandará que se tome razón del estado y circunstancias de la obra y que se aperciba al que la esté ejecutando con la demolición o destrucción, a su costa, de lo que en adelante se haga. En la misma resolución mandará el tribunal citar al denunciante y al denunciado para que concurran a la audiencia del quinto día hábil después de la notificación del demandado, debiendo en ella presentarse los documentos y demás medios probatorios en que las partes funden sus pretensiones".

Merece destacarse que, en España, parte de la doctrina procesal, con un artículo muy similar al chileno que existía en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881,[970] otorgaba el carácter de medida cautelar a la suspensión provisional de la obra. Así, SERRA, para quien si bien el interdicto de obra nueva no era cautelar sí podía "distinguirse en el propio proceso interdictal una primera fase cautelar, la prevista en el artículo 1663 LEC, que se produce en el momento de formulación de la demanda y consiste en el requerimiento al dueño de la obra para que la suspenda en el estado en que se halle bajo apercibimiento de demolición de lo que se edifique".[971]

[970] *Vid.* art. 1663 de la derogada LEC de 1881.

[971] SERRA-RAMOS, *Las medidas...*, ob. cit., p. 69. No deja de ser llamativo, en todo caso, que un autor como SERRA que caracteriza las medidas cautelares como homogéneas, acepte que esta suspensión provisional sea una medida cautelar. En el mismo sentido se pronuncia CALDERÓN CUADRADO: "Que se trata de una medida cautelar puede deducirse sin dificultad de la relación instrumental existente, se

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

En esta suspensión provisional, prevista en el art. 565 del CPC, nos encontramos con una medida cautelar de tipo anticipativo. La medida es provisional e instrumental en relación con la sentencia definitiva que posteriormente recaerá en el pleito. Así, la sentencia definitiva que acoge la demanda reemplazará los efectos provisionales de la suspensión; en este sentido en el inciso 2º del art. 569 del CPC se dispone que "en la sentencia [definitiva] se ratificará la suspensión provisional decretada [...]"; en el art. 570 del mismo Código se señala que "si se ratifica la suspensión de la obra, [...]". Por el contrario si la sentencia rechaza la pretensión se ordenará el inmediato alzamiento de la suspensión decretada, pudiendo el demandado continuar con sus trabajos.

8.77. Resultan criticables, en todo caso, los términos imperativos en que se encuentra redactado el precepto: "el juez *decretará* provisionalmente dicha suspensión y *mandará* [...]" (art. 565 CPC); puesto que no permite al juez entrar a valorar la conveniencia o inconveniencia de la medida o valorar los perjuicios que, eventualmente, puedan irrogarse al dueño de la obra. Si el libelo cumple los requisitos de forma el juez no tiene discrecionalidad alguna al momento de dictar la providencia, debiendo necesariamente suspender la ejecución de los trabajos. Incluso el art. 566 del CPC, haciendo aún más frágil la posición del demandado, señala que "No es necesaria la notificación del denunciado para llevar a efecto la suspensión decretada. Bastará para esta suspensión la notificación del que esté dirigiendo o ejecutando la obra".

De todo lo anterior fue consciente nuestro legislador. Casi al finalizar la sesión 62º de la Comisión Revisora, celebrada el 1º de mayo de 1877, se puso en discusión la parte del proyecto que trataba de la denuncia de obra nueva. El comisionado GANDARILLAS hizo notar en relación con el art. 625 (antecedente del actual 565) que

suspende provisionalmente la obra en el estado en que se halle, bajo apercibimiento de demolición de lo que se edifique, en función de una resolución final del proceso que la suspenderá con carácter definitivo"; ORTELLS-CALDERÓN CUADRADO, *La tutela cautelar...*, ob. cit., p. 109. En contra, SOLDADO GUTIÉRREZ, quien habla de una autotutela civilizada o judicializada: "lo que se ejecuta es la providencia de admisión de la demanda que contiene una declaración judicial (orden de suspensión) que coincide exactamente con la voluntad del demandante". Agregando más adelante el autor que "lo que ocurre es que el Estado sustituye al particular interdictante y ejecuta exactamente su voluntad, ordenando la suspensión de la obra. En definitiva, es la voluntad del denunciante (interdictante) la que determina el contenido de la resolución, en forma de providencia". *El interdicto de obra nueva*, Granada, 1994, 314-316.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

"aquí como en la práctica actual, se decreta la suspensión sin ningún antecedente previo y bajo la sola palabra del denunciante. Y la disposición es tan general que con ella bastaría al actor calificar cualquier trabajo con el nombre de *obra nueva*, para obtener su paralización. Todo esto es muy grave, y se estima indispensable una disposición como la que se discute, a lo menos debe definirse lo que se llama obra nueva para restringir el alcance de este artículo". La discusión continuó en la sesión 63ª, el 4 de mayo de 1877, donde se precisó que el espíritu del precepto era referir la suspensión a "una obra nueva denunciable". Por tanto, el debate se acotó no a suprimir la posibilidad de una suspensión automática sino a definir mejor lo que debía entenderse por *obra nueva*.

Como se comprenderá la precisión anterior en nada contribuyó a evitar algunos abusos que se han realizado al amparo de esta norma. Lo anterior, incluso, llevó a pedir, sin éxito, la declaración de inaplicabilidad de la parte que trata de la suspensión provisional. En los años noventas del siglo pasado tuvo lugar la disputa sobre la propiedad del cerro Paranal, ubicado en la provincia de Taltal, Región de Antofagasta. Como se recordará el gobierno chileno de ese entonces había donado dicho cerro al Observatorio Europeo Austral (ESO por sus siglas en inglés), para construir allí uno de los observatorios internacionales más grande del mundo. Pues bien, la construcción final del observatorio fue paralizada por orden del Juzgado de Letras de Taltal con motivo de denuncia de obra nueva deducida por un supuesto propietario del aludido cerro. En este caso si bien el proceso terminó por medio de un acuerdo extrajudicial, la imagen de Chile se vio comprometida internacionalmente y el costo total de la suspensión provisional ascendió a varios millones de pesos. Lo mismo ha sucedido con importantes inversiones en materia de centrales hidroeléctricas, o casinos de juego. De *lege ferenda* es aconsejable que esta suspensión tenga los mismos elementos de concesión de las demás medidas cautelares y que, en todo caso, el juez pueda valorar si otorga o no la suspensión provisional requerida.[972]

[972] En España SERRA ha observado que "precisamente las fuertes críticas dirigidas al precepto por la doctrina provienen de no haber llevado el legislador a sus últimas consecuencias el carácter cautelar del precepto. Estas deficiencias derivan principalmente del carácter automático de la suspensión, prescindiendo de la apariencia de derecho y de la fianza, propias de las medidas cautelares, ignorando los antecedentes históricos que preveían bien la inspección ocular por el juez de la obra, bien la fundamentación documental del interdicto y en todo caso la previa prestación de fianza". SERRA-RAMOS, *Las medidas...*, ob. cit., pp. 69 y 70. Por su parte, CALDERÓN CUADRADO señala que "la regulación legal, ciertamente

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

4.2. *Medidas urgentes de precaución en la suspensión de obra peligrosa*

8.78. Otra medida cautelar la encontramos en la denuncia de obra peligrosa. Como se sabe, el art. 571 del CPC señala que "Si se pide la demolición o enmienda de una obra ruinosa o peligrosa, o el afianzamiento o extracción de árboles mal arraigados o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia, el tribunal practicará, a la mayor brevedad, asociado de un perito nombrado por él mismo y con notificación de las partes y asistencia de la que concurra, una inspección personal de la construcción o árboles denunciados. Podrá también cada parte, si lo estima conveniente, asociarse para este acto de un perito; y en el acta que de lo obrado se levante se harán constar las opiniones o informes periciales, las observaciones conducentes que hagan los interesados y lo que acerca de ello note el juez que practica la diligencia.

Cuando el reconocimiento haya de practicarse a más de cinco kilómetros de distancia de los límites urbanos de la población en que funciona el tribunal, podrá este cometer la diligencia al juez inferior que corresponda o a otro ministro de fe, quienes procederán asociados del perito que el tribunal designe y en la forma que dispone el inciso anterior".

Se aprecia que por la naturaleza misma del peligro denunciado la resolución que adopte el tribunal debe ser hecha con premura. Por ello el procedimiento es muy simple y una vez practicada la inspección personal de la obra o árboles denunciados, el juez citará a las partes a oír sentencia "la que deberá dictar de inmediato o en el plazo de los tres días subsiguientes, sea denegando lo pedido por el querellante, sea decretando la demolición, enmienda, afianzamiento o extracción a que haya lugar" (art. 572). Al decir de VICENTE y CARAVANTES, refiriéndose a la regulación de esta denuncia en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que es de donde la tomaron nuestros legisladores, "el interdicto de obra vieja, llamado anteriormente denuncia de obra vieja, y en el derecho romano, de *danno infecto*, o daño no hecho pero temido, es el que se entabla para que se repare o demuela un edificio o construcción que amenaza arruinarse o caerse

criticable, va a otorgar carácter automático a la suspensión de forma tal que salvo el peligro en la demora, que debe entenderse implícito, no se exige la presencia de los demás presupuestos propios de las medidas cautelares. No será necesario así ni una apariencia de buen derecho, referido en este supuesto a cualquier derecho real perturbado por efecto de la construcción de una obra, ni tampoco la prestación de fianza, ni como presupuesto de concesión ni de ejecución". ORTELLS-CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial...*, ob. cit., pp. 109 y 110.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

con perjuicio de nuestras propiedades, personas o intereses, o del ejercicio de nuestro derecho. Procede también este interdicto por similitud de razón para pedir que se corten o derriben los árboles que amenazan caer sobre nuestras heredades o causarnos algún daño, y asimismo para que se cierren o cubran zanjas o pozos que pueden causar daño a personas o ganados".[973]

8.79. Pues bien, a propósito de esta denuncia se prevé en el art. 574 del CPC la siguiente medida provisional: "En la misma sentencia que ordena la demolición, enmienda, afianzamiento o extracción, puede el tribunal decretar *desde luego* las *medidas urgentes de precaución* que considere necesarias, y además que se ejecuten dichas medidas, *sin que de ello pueda apelarse*". (Énfasis añadido).

Pese a la escasa utilización que esta disposición ha tenido en el foro nacional, ella contiene varios aspectos bien interesantes y curiosos de analizar. En primer término no es para nada claro que estas medidas urgentes lo sean a petición de parte. Mi primera impresión es que así debería ser por el principio de justicia rogada que rige en nuestra legislación civil (art. 166 del CPC y 10 del COT), pero la redacción de la norma va en sentido contrario de esta primera opinión. La norma parece entregar al juez una facultad que este puede ejercer o no. Podría entenderse que es uno de aquellos casos aislados en que la ley le permite al juez civil actuar de oficio. En cualquier evento, es conveniente que el actor, de ser el caso, pida en un otrosí de su demanda alguna de estas medidas a fin de que el tribunal se pronuncie al momento de resolver la denuncia. Más adelante explicaré el error que nuestros legisladores cometieron en esta reglamentación. En segundo lugar, el legislador no establece ni el número de medidas que se pueden ordenar, ni el tipo de ellas. La única exigencia que establece el legislador es que el juez las considere necesarias para resguardar la eficacia de la sentencia que acogió el interdicto. El tribunal, por tanto, tiene potestad para decretar cualquier providencia precautoria que permita evitar el peligro que representa la obra que debe demolerse, enmendarse, afianzarse o extraerse.

8.80. En tercer lugar, nótese que las medidas se decretan en la misma sentencia que ordena la demolición, enmienda, afianzamiento o extracción de la obra denunciada y puede el juez, adicionalmente,

[973] VICENTE y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico...*, ob. cit., t. III, pp. 263 y 264.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

mandar que se ejecuten desde luego. Es decir, en la misma resolución que tuvo por acogida la denuncia de obra ruinosa el tribunal goza de la facultad de disponer una o más medidas urgentes. Materialmente, por tanto, la medida de urgencia se contiene en la misma resolución que ha puesto término al interdicto. Nuestros tribunales tienen una sólida jurisprudencia –construida primordialmente a propósito del incidente de tacha de testigos y de costas judiciales– que sostiene que la sentencia definitiva en aquella parte que resuelve la tacha o el incidente de costas no participa de tal naturaleza. Hay al interior de esta sentencia dos resoluciones diversas: la que resuelve el conflicto entre las partes es la sentencia definitiva; la que se pronuncia sobre la tacha (o las costas), una interlocutoria o un auto. Así han dicho:

> No puede darse el nombre de definitivas a las resoluciones que, incorporadas dentro de la sentencia final, resuelven, junto con la cuestión de fondo controvertida, las peticiones procesales de las partes. La oportunidad en que se dicta una resolución cualquiera no es factor determinante de su calificación. Existen casos en que en un mismo juicio se deducen peticiones de fondo, como son la acción y acciones entabladas por el actor, las excepciones perentorias, o, en general, las defensas opuestas por el demandado encaminadas a enervar en definitiva el derecho del demandante; y en que, además, de esas peticiones tocantes al fondo de la cuestión debatida, se formulan, conjuntamente con ellas, peticiones de carácter procesal, como ocurre con las tachas contra los testigos reservadas para definitiva, con la impugnación de documentos, etc. Admitiendo la teoría de la desintegración de la sentencia final en resoluciones parciales, es posible distinguir en aquella: la sentencia definitiva misma, que como tal debe calificarse la resolución que decida la cuestión de fondo controvertida; sentencias interlocutorias, que no otro nombre deben tomar las resoluciones que en definitiva fallen incidentes de aquellos que crean derechos permanentes a favor de las partes; y aun, autos, como debe calificarse la resolución definitiva en cuanto decida, en dicha oportunidad, derechos nacidos en función de la sentencia, que deben ser fallados por simples autos; y así sucesivamente. No todo lo reservado para definitiva es materia que forzosamente debe ser resuelta en sentencia final. Las peticiones sometidas a las decisiones de los tribunales son de fondo o procesales, no por el lugar o ubicación que ocupan dentro del proceso, sino según la naturaleza de la cosa pedida, que es la que imprime su fisonomía y caracteriza a las resoluciones que en ella recaigan. De modo que es perfectamente procedente hacer la disgregación de una sentencia final y distinguir en ella la sentencia definitiva propiamente tal y las resoluciones incidentales, que pueden ser interlocutorias o autos, según se trate de resolver la cuestión de fondo o peticiones de índole meramente procesal.[974]

Lo mismo se puede predicar de la situación que ahora comentamos. La medida precautoria de urgencia, sea cual fuere la que

[974] *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Código de Procedimientos Civiles*, Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2010, jurisprudencia a propósito del artículo 158 del CPC.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

hubiere dictaminado el tribunal, si bien materialmente se encuentra en la sentencia que acogió la denuncia de obra vieja, no participa de dicha naturaleza. Como toda medida cautelar simplemente es instrumental a la sentencia final y, por tanto, no puede sobrevivir a la ejecución misma de dicha sentencia. Por ello el artículo refiere que el juez puede ordenar *desde luego* las medidas urgentes y prescribir su ejeución inmediata. De lo contrario, en verdad, no tendría ningún sentido. No deja de ser curioso, en todo caso, que esta medida se dicte en un estadio procesal tan tardío. Es mucho más razonable que se pida junto con la presentación de la denuncia y que el juez la conceda o rechace de inmediato sin esperar la resolución final del interdicto. Las razones que explican esta situación son, por un lado, históricas (dicen relación con un error de interpretación que cometieron nuestros legisladores al estudiar la legislación española), y, por el otro, con los efectos del recurso de apelación deducido en contra de la sentencia que resolvió el interdicto. Es lo que vamos a explicar en el siguiente apartado.

8.81. En cuarto lugar el legislador descartó la posibilidad de que se pueda apelar de la resolución que ordena alguna de estas medidas urgentes. La razón de ello la encontramos en lo que dispone el art. 575: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente, la apelación de la sentencia definitiva en este interdicto se concederá en ambos efectos". Bajo esta tesitura se comprende que lo ordenado en la sentencia por el juez *a quo* no puede ejecutarse. La demolición de la obra que debe hacerse con urgencia no puede materializarse porque, como sabemos, la apelación concedida en ambos efectos paraliza la competencia del juez de primera instancia (art. 191 del CPC). En esta hipótesis la premura en la resolución del interdicto se ve fuertemente menguada. Basta con apelar para que la sentencia no produzca sus efectos. Esta situación fue advertida por nuestros legisladores y la solución de consenso que encontraron fue facultar al juez para ordenar y ejecutar las medidas urgentes, sin posibilidad de paralizar sus efectos por medio del recurso de apelación.

8.82. La denuncia de obra ruinosa fue analizada por la Primera Comisión (o Comisión Revisora) en su sesión Nº 64, el 18 de mayo de 1877. Allí se discutieron los diversos artículos que integraban el respectivo capítulo de esta denuncia, en especial el 634 del Proyecto. Esta norma señalaba: "No obstante lo dispuesto en el art. 182, la apelación en este interdicto se concederá siempre en ambos efectos". El comisionado ALDUNATE, puesto en debate el referido artículo,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

advirtió que la disposición "debe limitarse al caso en que se ordene la demolición de la obra, y no comprender las sentencias en que se decretan simples reparaciones que pueden ser muy urgentes, y en las que cualquier demora podría producir el daño que se trata de evitar. La Ley Española de Enjuiciamiento Civil hace esta distinción, que le parece conforme con la naturaleza del interdicto y con los diferentes casos que abraza. El señor presidente apoya estas ideas porque aun revocada la sentencia no se perjudica al querellado. En efecto, si se declara que la obra no estaba ruinosa ni eran necesarias las reparaciones, el querellante será responsable de lo que se haya gastado por su culpa y sin necesidad".[975]

Frente a este planteamiento los comisionados LIRA y GANDARILLAS se opusieron. En su parecer con dicha propuesta "se suscitarían graves dificultades. Desde luego, se obligaría al demandado a soportar reparaciones dictadas por la discreción de una persona extraña, como sería el perito [¿?] reparaciones que acaso imperfeccionarían la construcción u obra de que se trata. En seguida, se haría necesario un nuevo pleito en que el querellado solicitara el reembolso y el avalúo de los gastos que hubiera hecho. Por otra parte, no hay ningún precepto legal que deje a beneficio del querellado las reparaciones que se efectúen, y que grave con su valor al denunciante; todo lo cual sería materia de ley sustantiva. La disposición del Código Español [aluden a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855] parece muy justa; pero no tiene el alcance que se le daría en este proyecto si se extendiese a todas las reparaciones que pudieran ser objeto de la denuncia; porque en realidad aquella disposición comprende solo las *medidas precautorias* destinadas a evitar un peligro inminente". A renglón seguido los comisionados LIRA y GANDARILLAS expresaron:

> Para consultar las observaciones del señor Aldunate, *basta precisar una prescripción análoga a la del art. 758 de la Ley española, es decir que en la misma sentencia que ordene la demolición, extracción o enmienda, puede el tribunal decretar desde luego las medidas urgentes de precaución que estime necesarias y ordenar que se ejecuten sin que de ello pueda apelarse.*[976]

Se entiende, por tanto, que lo que se hizo fue evitar la paralización de los efectos de la resolución que ordena las medidas urgentes. Esta resolución no queda afecta a la suspensión que se producirá una vez que el querellado apele de la sentencia que acogió el interdicto. Como sabemos esta apelación se concede en ambos efectos (art. 575).

[975] Actas..., p. 235.

[976] *Actas...*, pp. 295 y 296. (Énfasis añadido). La disposición fue aprobada en dichos términos.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

Al contenerse la medida urgente materialmente en dicha sentencia, la paralización de esta afectaba a aquella. Esto es lo que se evitó con la norma. La competencia del juez *a quo,* en este concreto aspecto, no se paraliza por la apelación del querellado y, por tanto, dicho juez puede ejecutar lo ordenado cautelarmente. Es uno de los casos excepcionales en que el tribunal de primera instancia mantiene su "jurisdicción" en los términos del art. 191 inc. 2º del CPC.

8.83. Como mencioné, en todo caso, arribamos a esta situación tan extraña por un error de nuestros legisladores. En la legislación española de 1855 el denominado interdicto de obra vieja, de acuerdo con el art. 750, tenía dos objetivos: "El interdicto de obra ruinosa puede tener dos objetos: 1º La adopción de medidas urgentes para evitar los riesgos, que el mal estado de cualquier construcción pueda ofrecer. 2º Obtener su demolición". Como expresó VICENTE y CARAVANTES refiriéndose a este asunto "[e]l interdicto puede, pues, deducirse desde luego con cualquiera de estos dos objetos si hubiere motivos para ellos, sin que obste el haberse denegado el que se dedujo con el segundo para que se entable otro con el primero. También podía entablarse con los dos objetos a un tiempo mismo, expresando que si no basta el primero para evitar el daño que amenaza, se adopte el segundo, en cuyo caso el juez dará la tramitación que corresponda al que creyere más conveniente". [977]

Se aprecia, por tanto, que a diferencia de la regulación nacional que mezcló ambos objetivos en la sentencia definitiva, en la legislación española de aquel entonces ambas fines se mantenían independientes. Se comportaban como si fueran dos interdictos. Tanto que tenían dos procedimientos diversos. Las medidas urgentes se regulaban en el art. 751 de la Ley española de 1855 que señalaba: "Deducido el interdicto para la adopción de medidas urgentes de precaución, el juez previa inspección que hará por sí de la obra, decretará las medidas oportunas para *procurar provisional e interi-*

[977] VICENTE y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico...*, ob. cit., t. III, p. 264. Del mismo parecer era MANRESA: "Pero las más de las veces no será posible al demandante precisar si bastará la aseguración del edificio, o si será necesaria la demolición, puesto esto dependerá de reconocimientos periciales que no estará en sus manos practicar: por ello, y porque la ley no lo prohíbe, creemos que bien podrá proponer los dos medios simultánea o sucesivamente. Si entabla primero el interdicto con el objeto de que se adopten medidas urgentes de precaución, y ejecutadas resulta que no son suficientes para evitar el peligro, y que es necesaria la demolición del edificio en todo o en parte, bien podrá en seguida solicitar esto último; en cuyo caso se sustanciarán cada interdicto o cada una de estas solicitudes por sus trámites especiales".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

namente la debida seguridad". (Énfasis añadido). Y en el art. 753: "Las providencias que el juez dictare otorgando o denegando las medidas urgentes de precaución no son apelables". En cambio el interdicto para demoler la obra vieja se reglamentaba en el art. 754 de la ley de 1855: "Si el interdicto tuviere por objeto la demolición de algún edificio, deducida que sea la demanda, el juez convocará a las partes a un juicio verbal [...]". Se puede ver que el primero se tramitaba sin la intervención del demandado, cosa que no sucedía en el segundo en el que sí se lo escuchaba. Nuestro legislador adoptó para el interdicto de obra ruinosa la tramitación que la legislación española reservaba al de medidas urgentes, incluida la regla de no apelación de dichas medidas.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

CAPÍTULO NOVENO

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN ALGUNAS LEYES ESPECIALES

1. MATERIA FAMILIAR

1.1. *Planteamiento*

9.1. En esta materia se han previsto medidas que confieren amplias facultades al juzgador para que, en cada oportunidad, determine el peligro que debe evitarse con la concesión de la correspondiente resolución, misma que también deberá establecer. En uso de esta facultad el juez de familia podrá conceder no sólo medidas que tengan un carácter asegurativo patrimonial, sino medidas que cubran otro tipo de peligros; así, por ejemplo, la seguridad de la mujer y la de los hijos, evidentemente, no está referida exclusivamente a un asunto monetario o patrimonial. Muchas veces el acceder a la separación provisional de cuerpos o el otorgar la custodia provisional de los hijos a uno de los cónyuges, puede ser decisivo para evitar perjuicios difícilmente reparables con una indemnización posterior.

1.2. *Ley Nº 19.968, de 30 de agosto de 2004*

1.2.1. Procedimiento Ordinario[978]

9.2. La referida normativa, que creó los tribunales de familia, se enmarca dentro del abanico de reformas estructurales a las que ha sido sometido el sistema judicial chileno en los últimos lustros. La necesidad de contar con una justicia especializada en materia de

[978] En general véase NÚÑEZ-CORTÉS, *Derecho procesal de familia*, ob. cit., pp. 175 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

familia, que diera una respuesta oportuna y adecuada a los requerimientos de esta peculiar área del derecho, fueron recogidos en el nuevo procedimiento familiar que reguló la Ley Nº 19.968. En él destacan los principios de desformalización, de mayor colaboración de las partes y de actuación de oficio del juzgador. Si bien son principios teóricamente plausibles, la experiencia de estos años ha mostrado que las motivaciones humanas en ocasiones van más lejos que las buenas intenciones del legislador.

En nuestro ámbito, no hay duda que la decisión legislativa fue dotar a los jueces de importantes facultades cautelares. El Ejecutivo fue categórico en el mensaje que acompañó el respectivo proyecto de ley:

> "Con el objeto de posibilitar la adopción de medidas urgentes cuando la situación lo amerite, se otorga al juez de familia una potestad cautelar amplia, que puede ejercer tanto de oficio como a petición de parte".

9.3. El artículo 22 –localizado dentro del párrafo segundo *De las reglas generales*– relativo a la potestad cautelar señala:

> Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.
>
> Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto aun antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene expresamente. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados.
>
> En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.
>
> Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el párrafo primero del Título IV de esta ley, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71".

9.4. La disposición transcrita tiene varios elementos que debemos analizar. En primer término, su carácter residual: las medidas que aquí se permiten son sin perjuicio de otras que puedan preverse en algunas leyes especiales. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en materia de violencia intrafamiliar (Ley Nº 20.066), o tratándose del pago de pensión alimenticia (Ley Nº 14.908), que cuentan con medidas específicas. Por otro lado, sin embargo, en todo lo que no

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

se encuentre previsto en el art. 22 de la Ley Nº 19.968, que ahora analizamos, se aplican las normas relativas a las medidas precautorias y prejudiciales precautorias del CPC (títulos IV y V del libro II), que ya conocemos. Tenemos, por tanto, que el art. 22 se aplica a falta de alguna otra regulación peculiar de esta materia; y en todo lo que no se encuentre previsto en él rigen las disposiciones contenidas en el CPC.

9.5. En segundo lugar, lo que constituye una tradición en este ámbito: las medidas se pueden adoptar en cualquier etapa del procedimiento, sea en primera o en segunda instancia. También se permite que se soliciten y concedan antes del inicio del proceso mismo. En este último evento tendrán el carácter de medidas prejudiciales y se regirán por lo dispuesto en el título IV del libro II del CPC, artículos 273 al 289. A raíz de esta amplia remisión, habrá que estar atento a la forma como aplican los jueces de familia la presunción de dolo que se contiene en el artículo 280 del CPC, cuando el futuro actor no cumpla con las cargas previstas en dicho numeral.[979]

9.6. En tercer término, estas medidas pueden ser decretadas de oficio por el tribunal. Tratándose de esta facultad los jueces deben ser extremadamente prudentes. No es bueno, incluso en una materia tan delicada como las relaciones de familia, que el juez sin petición del actor conceda *motu propio* una medida cautelar.[980] El riesgo de perder la imparcialidad es muy grande y esto sí que desnaturalizaría la función propia del juzgador. No se olvide que por más que sea un

[979] NÚÑEZ y CORTÉS plantean la inquietud de si se aplican o no supletoriamente las normas del CPC relativas a las medidas prejudiciales. *Vid. Derecho procesal de familia*, ob. cit., pp. 180 y 186.

[980] No hay que confundir esta posibilidad con el principio que informa todo el proceso de familia previsto en el art. 13: "Actuación de oficio. Promovido el proceso y en cualquier estado del mismo, el juez deberá adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad. Este principio deberá observarse especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes y a las víctimas de violencia intrafamiliar.

Asimismo, el juez deberá dar curso progresivo al procedimiento, salvando los errores formales y omisiones susceptibles de ser subsanados, pudiendo también solicitar a las partes los antecedentes necesarios para la debida tramitación y fallo de la causa". Esta situación alude al impulso para hacer avanzar el proceso hacia su fin que, en este evento, no se radica (solo) en las partes, sino primordialmente en el juzgador. A este respecto no hay, en principio, nada reprochable a menos, claro está, que el juez vulnere las garantías procesales de las partes. De hecho la adición del inc. 2º de este artículo (fruto de la Ley Nº 20.286) está en el límite de lo aceptable en cuanto a la actuación oficiosa del juzgador.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

procedimiento distinto del civil tradicional (al menos de ello se hace una abundante argumentación en el mensaje del Ejecutivo) estamos frente a una forma heterónoma de solución de la controversia, en que el juez es por definición el sujeto imparcial del proceso. Su posición no puede ser más antagónica a la que cumplen las partes. Estas últimas son los sujetos *interesados* en el conflicto. El juez es el sujeto *desinteresado* del mismo. En este ámbito es preferible un juez que oriente a las partes, particularmente a la más débil, y no uno que directamente se alinee con sus intereses.

9.7. En cuarto lugar, para conceder estas medidas el juez tiene que analizar los clásicos conceptos creados por la doctrina italiana y que hemos analizado latamente con anterioridad: el peligro en la demora y el *fumus boni iuris*. En relación con este último criterio, como hemos dicho, prácticamente se ha seguido la doctrina de CALAMANDREI, en cuanto a la veracidad en la pretensión; así la ley exige que el derecho reclamado aparezca como verosímil. El autor italiano hace más de ochenta años observó que "por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud".[981] En relación con el *periculum in mora* ya hemos enfatizado que asociarlo a la tramitación del proceso no es suficiente y que el mismo debe traducirse en actos concretos de amenaza o de daño del derecho pretendido, en su doble variante: peligro de tardanza o de infructuosidad.

9.8. En quinto lugar el juez podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas *que estime procedentes*. Quizá sí esta sea una de las alteraciones más trascendentes en este ámbito. El expreso reconocimiento de que el juez puede adoptar medidas no sólo de carácter conservativo sino, también, aquellas de carácter innovativo. No sólo medidas de estricta precaución, sino las que alteren el *statu quo* imperante. La norma, adicionalmente, no acota el número ni el tipo de medidas que el juez puede adoptar. Se pueden conceder todas aquellas que de acuerdo con las circunstancias de cada caso sean procedentes. Lógicamente ellas deben estar en estricta armonía con el daño que se pretende evitar. Así, por ejemplo, la suspensión de la patria potestad, la autorización de salida de un menor del

[981] *Introducción...*, ob. cit., p. 77. NÚÑEZ y CORTÉS sitúan el juicio de verosimilitud en un cincuenta por ciento "que el derecho que alega el actor sea igual al que finalmente contenga una sentencia firme". *Derecho procesal de familia*, ob. cit., p. 181.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

país, la prohibición de comercialización de un bien de la sociedad conyugal, una declaración de interdicción, etc., son todas plausibles de conceder si son útiles para resguardar un inminente daño. Sin duda que esta circunstancia constituye un gran avance en nuestra legislación y como tal debe celebrarse, pero los jueces deben ser especialmente cautelosos al momento de conceder una medida innovativa, porque los riesgos de error son mayores y, porque, la injerencia en la esfera de la contraparte es máxima.

De allí que, razonablemente, el legislador haya sancionado que tratándose de estas medidas "sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar". Por lo tanto, no se trata de que los jueces frente a cualquier temor concedan una medida de carácter innovativo, sino que se requiere de una situación de urgencia cualificada, o que el interés de los sujetos involucrados lo justifique, o que la inminencia del daño requiera un actuar rápido y de máxima injerencia por parte del juzgador.

9.9. En sexto término, en relación con la tramitación de estas medidas, ya sabemos que pueden solicitarse en cualquier etapa del procedimiento. Ahora bien, lo normal es que se pidan antes de iniciar el proceso (prejudiciales) o, junto con la presentación de la demanda, sin perjuicio, claro está, de poderse pedir también en la audiencia preparatoria (artículo 61 Nº 3). Esta última disposición señala: "En la audiencia preparatoria se procederá a: [...] 3) Decretar las medidas cautelares que procedan, de oficio o a petición de parte, a menos que se hubieren decretado con anterioridad, evento en el cual el tribunal resolverá si las mantiene". En el primer evento –prejudiciales– rige la reglamentación prevista en el título IV del libro II del CPC que hemos analizado latamente. En el segundo, esto es, cuando la medida se pide junto con la presentación de la demanda, el actor puede requerir que se acceda a la medida y se lleve a efecto sin que se notifique a la contraparte. Si el tribunal determina que existen razones graves para ello (por ejemplo, porque es inminente el daño para el solicitante o porque de notificarse la medida pueden frustrarse sus fines) accederá a dicha petición y así lo ordenará expresamente. En este caso, el actor tiene el plazo fatal de cinco días desde que la o las medidas fueron concedidas para notificar la correspondiente resolución a la contraparte. Si no se materializa la referida notificación en el plazo aludido, las diligencias practicadas en razón de las medidas concedidas quedarán –de

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

plano– sin valor. El referido plazo de cinco días puede ser ampliado por el tribunal si existen motivos fundados para ello. Lógicamente esta ampliación deber ser requerida antes de que el plazo venza. El art. 22 no dice el número de días de esta ampliación. Debemos entender, por tanto, que se aplica supletoriamente el plazo previsto en el art. 280 del CPC, esto es, hasta treinta días. Notificada que sea la medida, surge la oportunidad de la contraparte de oponerse a la medida ya concedida.[982] A falta de norma expresa en esta materia, para saber cómo se tramita esta oposición, parece razonable aplicar el artículo relativo a los incidentes (artículo 26).

Ahora bien, si el tribunal estima que no hay razones o que estas no son graves para prescindir de la notificación, entonces la resolución que concede la medida (la ley habla de llevar a efecto la medida con o sin notificación) debe notificarse. Con la notificación surge el derecho de la contraparte de oponerse a la medida ya concedida, en los términos ya indicados.

La resolución que se pronuncia sobre la solicitud de una medida cautelar, sea acogiéndola sea desechándola, puede ser impugnada por medio del recurso de apelación (artículo 67 Nº 2). En este caso, tal cual pusimos de relieve con anterioridad, el legislador ha establecido el recurso de apelación de manera directa. No es procedente, por tanto, reponer de la resolución que concedió o denegó la medida, Este recurso de entablarse por escrito y se concederá en el solo efecto devolutivo (artículo 67 Nº 3).

En resumen, el inciso segundo del artículo 22 parece ratificar la opinión doctrinal y jurisprudencial que se ha impuesto en la tramitación de las medidas precautorias: frente a la petición de una medida cautelar el tribunal debe concederla o rechazarla de plano, esto es, con la sola presentación del solicitante. Si la concede puede llevarse a efecto con o sin notificación de la contraparte, dependiendo si hay o no motivos graves para ello. Una vez notificada nace el derecho de oposición del sujeto pasivo de la medida. Si el tribunal, pese a la oposición, mantiene la medida, de todos modos debe resolver sobre la continuidad de la misma en la audiencia preparatoria (artículo 61 Nº 3). Estas resoluciones pueden ser apeladas.

[982] De acuerdo con NÚÑEZ y CORTÉS "la forma de la notificación dependerá si la medida cautelar es solicitada antes del inicio del juicio o durante el curso del procedimiento. En este último caso, se aplica las reglas generales pero la solicitada antes del juicio, por ser la primera notificación a la demanda se efectuará personalmente por un funcionario que haya sido designado para cumplir esta función por el juez presidente del comité de jueces, a propuesta del administrador del tribunal o por receptor judicial". *Derecho procesal de familia*, ob. cit., p. 185.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

1.2.2. Procedimiento especial relativo a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes[983]

9.10. El inciso final del artículo 22 dispone que "Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71". La disposición alude al procedimiento especial relativo a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes. Tratándose de este procedimiento sólo pueden decretarse las medidas cautelares previstas en el artículo 71. Veamós, por tanto, que dispone dicha norma.

Artículo 71 (inciso primero): "En cualquier momento del procedimiento, y aun antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente, el juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares [...]".

9.11. Este inciso amplía considerablemente los sujetos legitimados que pueden solicitar las medidas aquí previstas. El legislador ha consagrado una especie de "acción cautelar popular" ya que la medida no sólo puede ser requerida por la autoridad pública o el juez de oficio, sino por cualquier persona –natural o jurídica– que esté interesada en la protección de los derechos del niño, niña o adolescente. Esta circunstancia rompe con la tradicional estructura del proceso civil –sólo las partes pueden actuar en el mismo–, y plantea el complejo tema de precisar si es razonable establecer una legitimación tan extensa como la sancionada. La experiencia ha mostrado que cada vez que amplía la legitimación para actuar en favor de intereses "superiores", que van más allá de los estrictos derechos de los involucrados, las consecuencias ha sido más bien nefastas.

9.12. ¿Qué medidas pueden adoptarse al amparo de este artículo? El propio inciso primero señala al respecto:

a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;
b) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza;

[983] En general véase NÚÑEZ-CORTÉS, *Derecho procesal de familia*, ob. cit., pp. 368 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro residencial, por el tiempo que sea estrictamente indispensable;
d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;
e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que estas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;
f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;
g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio o de trabajo del niño, niña o adolescente. En caso de que concurran al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquellos;
h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que estos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e
i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección.

Como puede apreciarse, estamos frente a un vasto número de medidas de las que se puede echar mano, las cuales –en su gran mayoría– no tienen relación con cuestiones estrictamente patrimoniales e, indudablemente, permiten innovar y romper con el *statu quo* imperante. Así, por ejemplo, la entrega inmediata del menor a sus padres o a quien tenga su custodia legítima; o en caso de urgencia el confiar al menor a una familiar, son un clásico ejemplo de medidas esencialmente innovativas. En cambio, prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común, o en el lugar de estudio o trabajo del niño o adolescente, o suspender las relaciones directas de una persona con ellos, son medidas de carácter más conservativo.

9.13. En el inciso tercero del artículo 71 se dispone que "La resolución que determine la imposición de una medida cautelar deberá fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para ameritar su adopción, de los que se dejará expresa constancia en la misma". En este ámbito el legislador exige que se acompañen *antecedentes suficientes* para conceder la medida requerida. Ellos estarán dados precisamente por el ámbito de protección de la respectiva medida. Así, por ejemplo, si se pide cautelarmente la entrega inmediata del

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

menor a sus padres, los *antecedentes suficientes* deben mostrar el riesgo que para el menor significa permanecer –durante el transcurso del proceso– alejados de ello. Y así respectivamente.

9.14. Tratándose de las medidas prejudiciales, el legislador ha dado algunas normas propias. Así, en el inciso quinto del artículo 71 se señala que "Cuando la adopción de cualquier medida cautelar tenga lugar antes del inicio del procedimiento, el juez fijará desde luego la fecha en que deberá llevarse a cabo la audiencia preparatoria, para dentro de los cinco días siguientes contados desde la adopción de la medida". Por lo tanto, el legislador previendo los efectos radicales que este tipo de medidas suelen producir, ha ordenado que el juez fije, dentro de los cinco días siguientes de la concesión de la medida prejudicial, la fecha en que se desarrollará la audiencia preparatoria. En este caso, será precisamente en esta audiencia donde el sujeto pasivo discutirá la procedencia y corrección de la medida otorgada.

9.15. Finalmente, el inciso sexto del artículo 71 dispone que "En ningún caso la medida cautelar decretada de conformidad a este artículo podrá durar más de noventa días". Esta disposición constituye un acierto del legislador. Ya hemos dicho que las medidas cautelares pueden causar graves trastornos. De allí que acotar su duración a un plazo predeterminado pueda mitigar en parte estos problemas. Hubiera sido razonable, en todo caso, que la disposición hubiese previsto la posibilidad de renovar la medida o las medidas decretadas al cumplirse el plazo fijado por el tribunal. Comprendo que la duración legal de este proceso no es superior a los noventa días señalados, pero ya sabemos que la realidad suele deparar más de alguna sorpresa.

1.2.3. Procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar que son de competencia del juez de familia

9.16. El artículo 81 de la Ley Nº 19.968 dispone que corresponderá el conocimiento de los conflictos a que dé origen la comisión de actos de violencia intrafamiliar, regulados en la Ley Nº 20.066, al juzgado de familia dentro de cuyo territorio jurisdiccional tenga residencia o domicilio el afectado".[984]

[984] La Ley Nº 20,066, por su parte, establece en el artículo 6 que "los actos de

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En el tema que nos ocupa, el artículo 92 de la Ley Nº 19.968 ha previsto una serie de medidas cautelares de protección de la víctima: "El juez de familia deberá dar protección a la víctima y al grupo familiar. Cautelará, además, su subsistencia económica e integridad patrimonial. Para tal efecto, en el ejercicio de su potestad cautelar y sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes, podrá adoptar una o más de las siguientes [...]".[985]

9.17. En este inciso, en primer término, se establece el deber del juez de dar protección a la víctima y al grupo familiar, y de cautelar su subsistencia económica e integridad patrimonial. Para cumplir con estas obligaciones, el legislador ha entregado al juez de familia, entre otras facultades, una potestad cautelar amplia. En ejercicio de dicha potestad el tribunal puede conceder provisionalmente cualquier medida que estime pertinente y que sirva para dar cabal cumplimiento a dicha obligación, por ejemplo, fijar de inmediato una pensión de alimentos a cargo del agresor; prohibir la enajenación de cualquier bien de propiedad de los cónyuges, etc. Adicionalmente el juez puede conceder una o más de las siguientes medidas que la propia disposición enumera:

1. Prohibir al ofensor acercarse a la víctima y prohibir o restringir la presencia de aquel en el hogar común y en el domicilio, lugar de estudios o de trabajo de esta. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.
2. Asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común.
3. Fijar alimentos provisorios.
4. Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad al artículo 225 del Código Civil, y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos.
5. Decretar la prohibición de celebrar actos o contratos.
6. Prohibir el porte y tenencia o incautar cualquier arma de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director del Servicio respectivo para los fines legales y reglamentarios que correspondan.
7. Decretar la reserva de la identidad del tercero denunciante.
8. Establecer medidas de protección para adultos mayores o personas afectadas por alguna incapacidad o discapacidad."

violencia intrafamiliar que no constituyan delito serán de conocimiento de los juzgados de familia y se sujetarán al procedimiento establecido en la Ley Nº 19.968".

[985] Esto, además, se ve complementado con las medidas cautelares reglamentadas en el artículo 7º de la Ley Nº 20.066 de violencia intrafamiliar, que son de competencia del juez de familia. Artículo 7º "Situación de riesgo. Cuando exista una situación de riesgo inminente para una o más personas de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, aun cuando este no se haya llevado a cabo, el tribunal, con el solo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan. Se presumirá que existe una situación de riesgo inminente como la descrita en el inciso anterior cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor o cuando concurran además, respecto de este, circunstancias o antecedentes tales como: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la Ley Nº 17.798, o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta. Además, el tribunal cautelará especialmente los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

9.18. Una vez más, como podemos percatarnos, el legislador ha entregado un amplio abanico de posibilidades al juez de familia para que este, dependiendo de las concretas circunstancias que rodean al proceso que le toca resolver, adopte una o más de estas medidas. En este abanico se entrecruzan medidas claramente conservativas (números cinco y seis, por ejemplo) con otras de nítidos efectos innovativos (tres y cuatro, por citar algunas). Evidentemente, el juez de familia puede ordenar una y otras, conjunta o separadamente.

9.19. En el inciso segundo del referido artículo 92 ha dispuesto que "Las medidas cautelares podrán decretarse por un período que no exceda de los 180 días hábiles, renovables, por una sola vez, hasta por igual plazo y podrán, asimismo, ampliarse, limitarse, modificarse, sustituirse o dejarse sin efecto, de oficio o a petición de parte, en cualquier momento del juicio. El juez, para dar protección a niños, niñas o adolescentes, podrá, además, adoptar las medidas cautelares contempladas en el artículo 71, cumpliendo con los requisitos y condiciones previstas en la misma disposición".

En este inciso, junto con reiterar el carácter esencialmente temporales que estas medidas presentan, reconoce otra característica que la doctrina predica de estas medidas: su variabilidad. Así Montero Aroca señala que "las medidas cautelares son variables, es decir, pue-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

den ser modificadas e incluso suprimidas según el principio *rebus sic stantibus*, cuando se modifica la situación de hecho con base en la que se adoptaron".[986] De allí que si varían las circunstancias que se tuvieron en vista para conceder la medida, puede el tribunal ampliarla (se mostró insuficiente); limitarla (resultó excesiva), modificarla (resultó inadecuada), sustituirla (hay otra más eficaz) o dejarla sin efecto (se mostraron infundadas). Todo esto de oficio o a petición del afectado y en cualquier momento del proceso.

9.20. En esta ley además se entregan algunas directrices al juez en relación con la manera de ejecutar la o las medidas concedidas. Esto es algo más bien inédito en nuestra legislación. Normalmente las normas sobre medidas cautelares no prevén esta circunstancia. En esta ley el artículo 93 dispone que "El juez, en la forma y por los medios más expeditos posibles, pondrá en conocimiento de la víctima las medidas cautelares decretadas, otorgándole la certificación correspondiente". Agrega en el inciso segundo que "Asimismo, el juez podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, disponer su intervención con facultades de allanamiento y descerrajamiento y ejercer, sin más trámite, los demás medios de acción conducentes para el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas".

De este modo, todo el procedimiento cautelar está diseñado –al menos teóricamente– para dar una cabal y expedita protección a la víctima de la violencia intrafamiliar. Se han entregado facultades a los jueces para dar plena eficacia y ejecución a las medidas que otorguen. Incluso, en caso de incumplimiento de la o las medidas adoptadas, el legislador ha previsto la posibilidad de arrestar, como medida de apremio, al infractor hasta por quince días, sin perjuicio de oficiar al Ministerio Público para los efectos de lo previsto en el inc. 2º del artículo 240 del CPC (artículo 94 Ley Nº 19.968).[987] En verdad es difícil imaginar más facultades en este ámbito, sin que se arriesgue seriamente la imparcialidad del juzgador.

[986] *Trabajos de derecho procesal*, Barcelona, 1988, p. 434. En el mismo sentido, CALDERÓN CUADRADO afirma que "la posible modificación o incluso revocación de las medidas cautelares acordadas por el órgano jurisdiccional se basa en el principio *rebus sic stantibus*, en los llamados límites temporales de la cosa juzgada y no en su carácter provisional". *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, p. 34. *Vid.*, igualmente, ORTELLS, *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, p. 42.

[987] Similar contenido se reitera en el artículo 10 de la Ley Nº 20.066 de violencia intrafamiliar.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

1.3. *Ley Nº 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, modificada por la Ley Nº 20.152, de 9 de enero de 2007*

9.21. La mencionada ley establece en su artículo 6 inciso 1º que "las medidas precautorias en estos juicios podrán decretarse por el monto y en la forma que el tribunal determine de acuerdo a las circunstancias del caso". Nuevamente estamos frente a una norma que otorga amplias facultades al juzgador, quien deberá en cada oportunidad determinar el tipo de peligro y la correspondiente medida cautelar. En ellas, es clarísimo cómo el legislador permite al tribunal adoptar cualquier medida cautelar, y por el monto que él estime oportuno, teniendo sólo como limitación *las circunstancias fácticas del caso*. De esta forma, el inciso 2º del artículo 6º añade que "toda resolución que fije una pensión de alimentos deberá determinar el monto y lugar de pago de la misma".

9.22. Aplicando este precepto los tribunales han establecido que "de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Nº 14.908 podrán decretarse por el monto y en la forma que el tribunal determine de acuerdo con las circunstancias del caso y en uso de esta facultad la Juez de Menores [...] concedió a la demandante [...] la medida de retención –aun cuando no lo dice expresamente– del diez por ciento de los fondos que obtenga el demandado al dejar de prestar servicios en [...], para el solo efecto de asegurar el pago de futuras pensiones alimenticias [...]".[988]

9.23. Dentro de las medidas cautelares que establece esta ley, sin lugar a dudas la más importante es la relativa a los alimentos provisorios. La Ley Nº 20.152 efectuó importantes modificaciones en este ámbito. De este manera, el actual artículo 4º de la Ley Nº 14.908 señala lo siguiente: "En los juicios en que se demanden alimentos el juez deberá pronunciarse sobre los alimentos provisorios, junto con admitir la demanda a tramitación, con el solo mérito de los documentos y antecedentes presentados".

La norma, por tanto, obliga al juez a tomar una decisión escuchando sólo al solicitante de la medida.[989] Aquí es donde el actor

[988] Fallos del Mes, Nº 323 (1985), p. 642. Igualmente se ha fallado que "en la demanda entablada por doña [...] para que se le obligara al pago de una pensión alimenticia, consta que para garantir la acción se decretó la prohibición de enajenar y gravar el bien raíz [....]". RDJ, t. XXVI, segunda parte, sec. 1ª, p. 227.

[989] Incluso si el juez no se pronuncia sobre los alimentos provisorios, comete una falta o abuso perseguible de conformidad con lo señalado en el artículo 536 del Código Orgánico de Tribunales (artículo 4 inciso final).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

deberá acreditar el *fumus* y el *periculum* para que se concedan los alimentos. Obsérvese que en los alimentos provisorios el *periculum in mora* no está dado por el peligro de infructuosidad, sino por el peligro de retardo, esto es, por el temor a que la justicia llegue demasiado tarde. En estos casos si bien es posible que se dicten medidas que resguarden el efectivo cumplimiento de la futura e hipotética sentencia condenatoria, por ejemplo, prohibiendo la celebración de actos y contratos sobre determinados bienes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Nº 14.908, lo relevante a la hora de fijar los alimentos provisionales es que el legislador presume, por el carácter urgentísimo que ellos tienen, que el solicitante de los mismos no puede esperar el desarrollo íntegro del proceso para ver satisfecha su pretensión.[990]

9.24. La posibilidad de actuación del demandado ha sido diferida hasta el momento en que se le notifique la demanda. A partir de ese momento tiene el plazo de cinco días para oponerse al monto provisorio decretado (art. 4 inc. 2º). Al respecto el inciso 3º del artículo 4 señala: "Presentada la oposición, el juez resolverá de plano, salvo que del mérito de los antecedentes estime necesario citar a una audiencia, la que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes". Lógicamente esta situación favorece la postura del actor. La oposición del demandado se formula respecto de una medida ya concedida. Quien revisa su planteamiento es el propio juez que la concedió. Es cierto que su resolución es apelable (art. 4 inc. 6º), pero entre la concesión de la medida y su eventual alzamiento por el juez de segunda instancia puede transcurrir mucho tiempo.

Incluso el inc. 3º del artículo 4 dispone que "Si en el plazo indicado en el inciso segundo no existe oposición, la resolución que fija los alimentos provisorios causará ejecutoria". Por lo tanto, si el demandado no presente su contradicción en el plazo establecido, los alimentos provisorios pueden ejecutarse desde luego. Por el contrario si se hubiere ofrecido una oposición, la medida cautelar sólo puede materializarse una vez que el tribunal resuelva la contradicción. Esta resolución normalmente será de plano, a menos que el tribunal estime necesario citar a una audiencia para dentro de los diez días siguientes.

[990] Al respecto los tribunales chilenos ha señalado que "la concesión de alimentos provisorios es un medio de conservarle la existencia al alimentario, buscando el legislador que, a través de ellos, se provea con urgencia a la satisfacción de las necesidades de aquél mientras se dilucida la acción que las difíciles circunstancias lo obligaron a entablar". RDJ, t. LXXVIII (1981), segunda parte, sec. 2ª, p. 34.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Como vemos previo a discutir sobre el fondo de la cuestión y, por tanto, previo a que se determine si en definitiva el demandado es obligado al pago de alguna clase de alimentos, puede verse compelido a entregar una suma de dinero a título provisional por conceptos de alimentos; suma que se pagará durante el transcurso de todo el procedimiento y hasta que se dicte la sentencia definitiva en la causa, a menos, claro está, que durante el proceso obtenga el cese de la pensión.

En los términos descritos, estos alimentos constituyen una clara medida cautelar de fines innovativos, esto es, de aquellas medidas que se pronuncian interinamente sobre la pretensión deducida en el proceso.[991]

2. Materia laboral

2.1. *Planteamiento*

9.25. Las relaciones laborales constituyen uno de los aspectos más sensibles de las modernas democracias. Regular el conflicto que invariablemente surge entre el capital y la mano de obra es, sin duda, uno de los mayores desafíos que, a lo largo de la historia nacional, han enfrentado las distintas autoridades que nos han gobernado. El conflicto laboral es, probablemente, el que acusa la mayor carga ideológica al momento de su regulación. Por ello no es de extrañarnos que en los últimos años el procedimiento laboral en Chile haya sido objeto de un profundo cambio. Como se sabe, la Ley Nº 20.087 sustituyó dicho procedimiento previsto en libro V del Código del Trabajo. El Ejecutivo de la época justificó estos cambios de la siguiente manera:

> En la actualidad existe consenso a nivel de los ciudadanos y de los operadores del derecho laboral, de las falencias de nuestra justicia del trabajo. En efecto, la percepción de la comunidad jurídica laboral es que el acceso a la justicia laboral y previsional y su funcionamiento, plantean serios problemas de equidad y de efectiva vigencia del derecho, en razón de las insuficiencias que presenta, afectando principalmente a quienes recurren ante el órgano jurisdiccional, normalmente trabajadores que han perdido su empleo y que carecen de los medios necesarios para el sustento familiar.

[991] La jurisprudencia ha señalado que "la dación de alimentos provisorios importa jurídicamente acceder desde luego y provisionalmente a lo pedido en la demanda presentada al juicio o, en otros términos significa el reconocimiento en igual forma del derecho que asiste al demandante para reclamar los alimentos definitivos, por lo cual es aplicable el artículo 331 del Código Civil, y, en consecuencia, los referidos alimentos se deben desde la presentación de la demanda en el juicio principal". RDJ, t. XXIX segunda parte, sec. 2ª, p. 101.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

El sistema vigente, caracterizado por la excesiva tardanza en la tramitación de los procesos laborales, producto tanto de la insuficiente cobertura de los tribunales como por la propia conformación del procedimiento, plantean serias dificultades en relación con el debido acceso a la justicia por parte de los trabajadores, produciendo con ello sentimientos de frustración y desencanto y la sensación de que aquellos derechos que les son reconocidos en la práctica se transforman en letra muerta.

Es un hecho que los demandantes de justicia laboral deben postergar sus expectativas de solución jurisdiccional, debido a lo extenso de los procesos y a las dificultades para ejercer patrimonialmente los derechos declarados en juicio.

Es por ello, que se hace patente e impostergable la necesidad de introducir profundas transformaciones en el sistema de la justicia laboral y previsional, con miras a implementar en Chile un modelo de relaciones laborales que dé cuenta de un mayor nivel de equidad y equilibrio, asegurando niveles adecuados de bienestar social y económico.

9.26. Como podemos ver, la reforma se enmarcó dentro del mismo rumbo que previamente habían transitado las reformas penal y familiar. Los conflictos en materia laboral requieren de un procedimiento especial que de plena efectividad a los derechos de la parte más débil –normalmente el trabajador– y que al mismo tiempo resuelva el conflicto dentro de uno parámetros de duración razonables. De este modo el art. 425 del Código del Trabajo dispuso:

"Los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados. Primarán en ellos los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad.

Todas las actuaciones procesales serán orales, salvo las excepciones expresamente contenidas en esta ley.

Las actuaciones realizadas oralmente, por o ante el juez de la causa, serán registradas por cualquier medio apto para producir fe y que permita garantizar la fidelidad, conservación y reproducción de su contenido. Se considerarán válidos, para estos efectos, la grabación en medios de reproducción fonográfica, audiovisual o electrónica. La audiencia deberá ser registrada íntegramente, como asimismo todas las resoluciones, incluyendo la sentencia que dicte el juez fuera de ella".

2.2. *Reglamentación de las medidas cautelares*

9.27. En el campo concreto de las medidas cautelares debemos tener presente que estas han pasado a desempeñar un papel mucho más activo del que hasta ahora habían tenido en materia laboral. El Ejecutivo justificó esta decisión del siguiente modo:

Se amplía la facultad del juez para decretar cualquier medida cautelar que estime necesaria para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y de su patrimonio.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Se dispone, además, que la función cautelar del tribunal comprende la posibilidad de requerir información de organismos públicos, empresas u otras personas jurídicas o naturales, sobre cualquier antecedente que a criterio del juez contribuya al objetivo de su función, incluidos las deudas, créditos, bienes, valores y otros derechos de las partes, así como los de sus empresas o personas relacionadas o que tengan interés en ella.

De este modo, el artículo 444 del Código del Trabajo, luego de las modificaciones llevadas adelante por la Ley Nº 20.260, quedó redactado de la siguiente manera:

En el ejercicio de su función cautelar, el juez decretará todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio en términos suficientes para garantizar el monto de lo demandado.

Con todo, las medidas cautelares que el juez decrete deberán ser proporcionales a la cuantía del juicio.

Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas.

Las medidas precautorias se podrán disponer en cualquier estado de tramitación de la causa aun cuando no esté contestada la demanda o incluso antes de su presentación, como prejudiciales. En ambos casos se deberá siempre acreditar razonablemente el fundamento y la necesidad del derecho que se reclama. Si presentada la demanda al tribunal respectivo persistieran las circunstancias que motivaron su adopción, se mantendrán como precautorias. Si no se presentare la demanda en el término de diez días contados desde la fecha en que la medida se hizo efectiva, esta caducará de pleno derecho y sin necesidad de resolución judicial, quedando el solicitante por este solo hecho responsable de los perjuicios que se hubiere causado. Con todo, por motivos fundados y cuando se acredite por el demandante el inminente término de la empresa o su manifiesta insolvencia, el juez podrá prorrogar las medidas prejudiciales precautorias por el plazo prudencial que estime necesario para asegurar el resultado de la litis.

Habiendo sido notificada la demanda, la función cautelar del tribunal comprenderá la de requerir información de organismos públicos, empresas u otras personas jurídicas o naturales, sobre cualquier antecedente que a criterio del juez contribuya al objetivo perseguido.

9.28. En el inciso primero se reconoce explícitamente la existencia de una función cautelar. Debemos entender que el legislador ha querido referirse a una potestad cautelar genérica. En uso de esta facultad el juez del trabajo puede adoptar cualquier medida que considere idónea para asegurar el resultado de la acción, la protección de un derecho, la identificación de los obligados y la individualización del patrimonio del obligado, *todo ello en términos*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

suficientes para garantizar el monto de lo demandado. La parte en cursiva fue adicionada por la Ley Nº 20.260 en lo que debemos entender fue una precisión que se hizo de los fines que estas medidas cumplen. De este modo, el número de las medidas que el juez puede adoptar, la identificación de las mismas y los fines que pueden desarrollar se ven considerablemente ampliados. En uso de esta potestad cautelar genérica el juez del trabajo puede adoptar un número plural de estas medidas. Las mismas pueden ser conservativas o innovativas debiendo, en todo caso, cumplir con los objetivos que ya hemos identificado. En relación con las medidas innovativas el año 2014 la Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de hecho interpuesto por el demandado en un juicio laboral sobre prácticas antisindicales, respecto de la resolución que ordenó la reincorporación del demandante a sus labores. Esta resolución del tribunal de alzada capitalino es un muy buen ejemplo del cambio ideológico que estas medidas han experimentado en el país.

Se recordará que en la introducción de este libro cuando analizamos los fines que estas medidas desempeñan, vimos un fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta del año 1972 que rechazó, como medida precautoria, la inmediata reincorporación de los trabajadores despedidos por Codelco. Señaló en aquella oportunidad el tribunal de alzada del Norte Grande: "Que, por su naturaleza, la institución de las medidas precautorias tiene *como único y limitado objetivo el de asegurar el resultado de la acción deducida* (c. 1º.); Que en la especie se ha pedido que se decrete desde luego, y sin previa notificación como medida precautoria, *la inmediata reincorporación en los cargos que desempeñaban los demandantes* en la Compañía del Cobre de Chuquicamata S.A. en juicios del trabajo sobre nulidad de despidos (c. 2º.); Que, a juicio de esta Corte no puede estimarse que "existan razones graves" para ordenar desde luego el cumplimiento de las precautorias solicitadas, *en atención a que no se observa, con los antecedentes reunidos, que las susodichas medidas tienden a asegurar el resultado de la acción, toda vez que no procede confundir el 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 –aún entendiendo en la forma más amplia las finalidades de las precautorias– podría significar autorizar de manera encubierta a un Tribunal a decretar una verdadera orden de no innovar a lo obrado por particulares en relación, precisamente con los hechos que motivan el litigio* (c. 3º.).[992]

[992] RDJ, t. LXIX, (1972), segunda parte, sec. 3ª, pp. 26 y 27. También en Fallos Nº 160 (1972), pp. 16 y 17.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Pues bien, cuarenta años después del fallo que acabamos de transcribir la Corte de Apelaciones de Santiago, con un marco laboral muy diferente, señaló:

> Que el inciso segundo del artículo 476 del Código del Trabajo señala que "tratándose de medidas cautelares la apelación de la resolución que otorgue o que rechace su alzamiento, se concederá en el solo efecto devolutivo", de lo que se desprende que la normativa laboral hace procedente la apelación respecto de las resoluciones que otorguen o rechacen una medida cautelar y, también, como sucede en la especie, respecto de las resoluciones que niegan el alzamiento de alguna de estas medidas (c. 3º);
>
> *Que claramente el ordenar la reincorporación de un trabajador pretendidamente aforado, constituye una medida cautelar, de manera tal que de acuerdo a la regla del referido artículo 476 del código laboral, en la hipótesis del rechazo a su alzamiento, la apelación resulta procedente* (c. 4º).[993] (Énfasis añadido).

En el siglo XXI, por tanto, no hay duda que la reincorporación provisional del trabajador a sus faenas es considerada por nuestros jueces como una inequívoca medida cautelar innovativa. Situación diametralmente opuesta a lo que ocurría en el siglo que le precedió. Ahora bien, la Ley Nº 20.260 también añadió al art. 444 un nuevo inciso segundo del siguiente tenor. "Con todo, las medidas cautelares que el juez decrete deberán ser proporcionales a la cuantía del juicio".

9.29. En la historia de la Ley Nº 20.260 aparece que el Ejecutivo presentó el proyecto de ley con la finalidad de perfeccionar la justicia laboral, de modo tal de permitir a las partes "ver satisfechas a plenitud y en forma oportuna sus expectativas de solución jurisdiccional, logrando así la efectiva tutela de los derechos, tanto de trabajadores como de empleadores en sede jurisdiccional". Todo indica que, en relación con la regulación de las medidas cautelares, el Ejecutivo solo buscaba enmendar un evidente error de texto que tenía el art. 444 al que luego me referiré. El nuevo inciso segundo apareció en el primer trámite constitucional por indicación del diputado Monckeberg. En dicho trámite los diputados de oposición formularon una serie de indicaciones que buscaban limitar el alcance de las medidas cautelares tal como se encontraban reguladas en el Código del Trabajo. La mayoría de dichas restricciones fueron desechadas. No así, sin embargo, la que originó el inciso segundo que ahora comentamos.

[993] Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de abril de 2014. Rol Nº 189-2.014. Pronunciada por la Décima Sala, presidida por el ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por el ministro señor Omar Astudillo Contreras y por el abogado integrante señor Mauricio Izquierdo Páez.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Se propuso en el debate la siguiente redacción: "Con todo, las medidas cautelares que el juez decrete deberán ser proporcionales a la cuantía del juicio". En su defensa el diputado Nicolás Monckeberg señaló que "con ella se buscaba asegurar la proporcionalidad entre la entidad de la medida y la cuantía de lo demandado, cuestión que los representantes del Ejecutivo consideraron innecesaria, toda vez que de acuerdo al inciso primero de este artículo, el juez debe decretar todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción y no más de eso". Cerrado el debate se aprobó la indicación por unanimidad.

Indudablemente el nuevo inciso segundo constituye un acierto. Tal como hemos explicado en esta obra, estas medidas deben moverse en el difícil equilibrio de garantizar adecuadamente los derechos del actor, en este caso normalmente del trabajador, sin provocar una presión indebida en el patrimonio del demandado, por regla general el empleador. El principio de proporcionalidad, según lo vimos, es un elemento que permite alcanzar este equilibrio evitando todo abuso que pudiere cometerse en el uso de estas providencias. Asi lo resolvió la Corte de Apelaciones de Coyhaique:

> "Que la medida de retención anterior encuentra su fundamento en lo dispuesto en el artículo 444 del Código del Trabajo, que faculta al juez para que, en el ejercicio de su función cautelar, decrete todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho, para garantizar el monto de lo adeudado, las que deben ser proporcionales a la cuantía del juicio, no siendo, por tanto efectivo lo aseverado por la apelante que las retenciones ordenadas sumen más de $ 30.000.000, dado que, expresamente en la resolución que concedió esta, se encuentra ordenada una retención de dinero habiéndose señalado en forma clara y precisa que ella es "hasta por el monto de $ 10.000.000", lo que es coincidente con el monto de lo adeudado y que hasta la fecha no ha sido enterado al trabajador, pese a haberse llegado a un avenimiento, que tiene el carácter de sentencia judicial (c. 6º);
>
> Que, en consecuencia, de acuerdo a las razones dadas en los motivos precedentes, habiéndose cumplido plenamente con la legislación vigente por el juez del grado, en orden a decretar la cautelar de retención que fuera solicitada, no cabe sino desestimar el recurso de apelación planteado por el tercero, don Miguel Ángel Méndez Maldonado, y así se declarará".[994]

9.30. En el inciso tercero del artículo 444 no sufrió alteración en su redacción original, más allá de su nueva ubicación. La norma

[994] Corte de Apelaciones de Coyhaique, 8 de junio de 2012. Rol Corte 12-2012. Pronunciada por los ministros señores Sergio Fernando Mora Vallejos, Luis Daniel Sepúlveda Coronado y Pedro Alejandro Castro Espinoza.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

señala: "Las medidas cautelares podrán llevarse a efecto antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas". La norma es similar a lo analizado en el artículo 22 inciso 2º de la Ley Nº 19.968, con la única excepción que en materia laboral no se previó la posibilidad de extender el plazo para realizar la notificación de la demanda. Creo que en la reforma llevada adelante por la Ley Nº 20.260 se perdió una buena oportunidad de haber corregido esta diferencia.

9.31. El inciso cuarto del artículo 444, el más extenso, se expresa lo siguiente: "Las medidas precautorias se podrán disponer en cualquier estado de tramitación de la causa aun cuando no esté contestada la demanda o incluso antes de su presentación, como prejudiciales. En ambos casos se deberá siempre acreditar razonablemente el fundamento y la necesidad del derecho que se reclama. Si presentada la demanda al tribunal respectivo persistieran las circunstancias que motivaron su adopción, se mantendrán como precautorias. Si no se presentare la demanda en el término de diez días contados desde la fecha en que la medida se hizo efectiva, esta caducará de pleno derecho y sin necesidad de resolución judicial, quedando el solicitante por este solo hecho responsable de los perjuicios que se hubiere causado. Con todo, por motivos fundados y cuando se acredite por el demandante el inminente término de la empresa o su manifiesta insolvencia, el juez podrá prorrogar las medidas prejudiciales precautorias por el plazo prudencial que estime necesario para asegurar el resultado de la litis".

En primer término se reitera lo analizado en la Ley Nº 19.968 y lo que hemos visto es una tradición en este ámbito: las medidas cautelares pueden requerirse antes o después de la presentación de la demanda, y en este último evento en cualquier etapa del proceso. No hay ninguna restricción al respecto. Caben, por tanto, medidas prejudiciales precutorias y medidas precautorias propiamente tales. En cuanto a su tramitación, si bien no hay una referencia expresa en la norma que analizamos, dado lo similar que resulta este procedimiento con el de familia, se puede aplicar lo que hemos dicho a propósito de la Ley Nº 19.968 (procedimiento ordinario). Así en materia laboral también existe una audiencia preparatoria en la que el juez decretará las medidas cautelares que procedan, o se pronunciará sobre su mantención si ya hubieren sido ordenadas con

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

anterioridad (artículo 453 Nº 7).[995] La resolución que se pronuncia sobre una medida cautelar puede ser impugnada a través del recurso de apelación (art. 476). Apelación que se concede en el solo efecto devolutivo: "Tratándose de medidas cautelares, la apelación de la resolución que la otorgue o que rechace su alzamiento, se concederá en el solo efecto devolutivo" (art. 476 inciso segundo).

En segundo lugar, la norma señala que el actor debe acreditar a efectos de que la medida sea concedida, fuere como prejudicial, fuere como precautoria, *razonablemente el fundamento y la necesidad del derecho que se reclama.* Curiosamente en esta parte el legislador se apartó de la reglamentación que vimos en la Ley Nº 19.968, donde inequívocamente se aludía a los clásicos *fumus boni iuris* y *periculum in mora.* Lo anterior obligará al intérprete a un esfuerzo adicional para establecer si con estas palabras se está aludiendo a los mismos conceptos recogidos en las palabras latinas, o si hay alguna diferencia. Pareciera que la idea de *fundamento razonable* puede ser reconducida a la idea de verosimilitud (por oposición a certeza) empleada en materia de familia. Y la idea de necesidad podemos entenderla que engloba la idea de peligro de no satisfacción del derecho en sede provisional.

En tercer lugar, tratándose de las medidas prejudiciales la norma entrega algunas indicaciones que, en parte, se diferencian de la reglamentación de estas medidas existente en el título IV del libro II del CPC. En materia laboral el juez debe analizar, una vez que se hubiere presentado la demanda (¿debe pedir el mantenimiento de las medidas el actor?), si se mantienen las circunstancias que tuvo en vista para conceder la medida prejudicial. En caso afirmativo las ratificará; en caso contrario debe ordenar su alzamiento. Ahora bien, si el actor no presenta la demanda en el plazo de diez días siguientes de la fecha en que se hizo efectiva la medida, esta caducará *ipso facto,* sin necesidad de resolución judicial alguna, y el actor será responsable de los perjuicios que le medida hubiere ocasionado al demandado. La norma es similar a lo establecido en el artículo 280 del CPC, pero elimina la presunción de dolo allí prevista. La regla del art. 444 en cuanto a la caducidad de las medidas tiene una excepción en la parte final del inciso 4º del art. 444: "Con todo, por motivos fundados y cuando se acredite por el demandante el inminente término de la

[995] Si se estima que no resultan aplicables las normas que hemos visto a propósito del procedimiento de familia, no queda otra opción que valerse de la tramitación de las medidas precautorias prevista en el CPC (artículo 432 Código del Trabajo).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

empresa o su manifiesta insolvencia, el juez podrá prorrogar las medidas prejudiciales precautorias por el plazo prudencial que estime necesario para asegurar el resultado de la litis". En la redacción original de la norma se hablaba del demandado y no del demandante. Bajo esa redacción la disposición no se entendía bien. Así lo hicimos notar en su momento. Con la modificación hecha por el Ejecutivo la disposición ha quedado bien. Frente al inminente término de la empresa o su manifiesta insolvencia, el juez puede prorrogar las medidas prejudiciales. El demandante, por tanto, debe acreditar estas circunstancias y el juez, pese a que las medidas ya caducaron, las puede renovar por el plazo prudencial que estime necesario para asegurar el resultado de la *litis.*

Finalmente, el inciso final del artículo 444 dispone que "Habiendo sido notificada la demanda, la función cautelar del tribunal comprenderá la de requerir información de organismos públicos, empresas u otras personas jurídicas o naturales, sobre cualquier antecedente que a criterio del juez contribuya al objetivo perseguido". Vemos aquí una especie de norma de cierre del sistema. En uso de esta facultad cautelar, una vez notificada la demanda, el juez tiene amplia competencia para requerir la información que estime pertinente, de organismos públicos o privados, y que en su concepto sea útil para resolver adecuadamente el conflicto. Por ejemplo, si el tema en discusión es el monto al que debe ascender la gratificación anual del trabajador, pedir información a la Superintendencia respectiva sobre el estado de resultado de la empresa puede ser de gran utilidad.

3. Propiedad Industrial

3.1. *Planteamiento*

9.32. En su artículo *What kind of property is intellectual property?* Julie E. Cohen[996] formula dos preguntas para intentar mostrar que los derechos de *copyrights* y de patentes son indudablemente un derecho de *propiedad* y, sin embargo, cuando la gente piensa en esta palabra lo hace por referencia a los bienes raíces y no a los derechos de patentes. Señala el autor en cita: "Consider two questions: First, are copyrights and patents property? Second, when you hear the word

[996] Cohen, Julie E., "What kind of property in intellectual property?" en *Houston Law Review,* v. 52 (2014) Nº 2, pp. 691-707.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

property, what is the first things that comes to mind? I'd be willing that for most lawyers, including most intellectual property lawyers, the answer to the first question is that copyrights and patents are property, but the answer to the second question is land. An intellectual property lawyer's clients think of their copyrights and patents, and for that matter their trademarks and trade secrets, as their property, and there are good reasons fot that. In our culture, the label "property" is a way of referring to things that have substancial economic or personal value. In our system of political economy "property" denotes a type of institucional solution for managing valuable resources". Para los efectos de este libro no tiene mayor importancia hacia donde dirige el autor su argumento sobre la propiedad del *copyright* y de las patentes. Solo queremos destacar que de acuerdo con nuestra tradición los derechos reconocidos en el art. 1º de la ley de Propiedad Industrial (marcas, patentes de invención, modelos de utilidad, dibujos y diseños, entre otros) forman parte del patrimonio de las personas y, como tal, son objeto de resguardo por esta ley. Es a propósito de esta protección que las medidas cautelares pueden tener una importancia muy significativa.

3.2. *Ley Nº 19.039*

9.33. La protección que reciben los derechos de propiedad industrial requieren para ser realmente efectivos, muchas veces, no solo de medidas conservativas sino particularmente de acciones innovativas. De allí que doctrina comparada haya observado que hay "ciertas obligaciones que sólo se pueden asegurar anticipando la ejecución de la sentencia y de hecho la LP [ley de patentes] nos permite expresamente adoptar la medida cautelar de cesación de actos para garantizar la acción de cesación de actos".[997] En parte es lo que ha ocurrido en el ordenamiento jurídico nacional. En efecto, la Ley Nº 19.996, de 11 de marzo de 2005, introdujo importantes modificaciones a la Ley Nº 19.039, de propiedad industrial. En lo que ahora nos importa, se incorporó un título X, relativo a la observancia de los derechos de propiedad industrial, con tres párrafos, que tratan, respectivamente, de las acciones civiles (párrafo 1º); de las medidas precautorias (párrafo 2º); y de las medidas prejudiciales (párrafo 3º).

[997] PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Barcelona, 1996, p. 96.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

La idea que está detrás de estas modificaciones es muy clara: los derechos de propiedad industrial no se encontraban debidamente amparados en la legislación chilena, prestándose esta situación para innumerables abusos. Como se sabe, Chile es uno de los países que goza de una mala reputación en la lucha contra la piratería. En esta materia, donde la regulación del derecho internacional tiene enorme injerencia, se requería alguna adecuación de la ley nacional.

De este modo, el artículo 106 dispuso que el titular cuyo derecho de propiedad industrial sea lesionado podrá demandar civilmente:

a) La cesación de los actos que violen el derecho protegido.
b) La indemnización de los daños y perjuicios.
c) La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la infracción.
d) La publicación de la sentencia a costa del condenado, mediante anuncios en un diario a elección del demandante. Esta medida será aplicable cuando la sentencia así lo señale expresamente.

Nótese que dentro del párrafo primero del título X, dedicado a las acciones civiles, la ley dispuso como objetivo de la demanda civil, junto con la tradicional indemnización de daños y perjuicios, la cesación de los actos que violen el derecho protegido y la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la infración. Es decir, en un artículo que podemos entender como de derecho sustantivo aparecen dos fines claramente cautelares. En este punto debemos entender que las medidas cautelares conservativas serán las adecuadas para resguardar la indemnización de daños que se reclame. A propósito de esta pretensión las providencias que se regulan en el art. 290 y ss. del CPC son suficientes para proteger el derecho del actor a recuperar una suma de dinero. En cambio, tratándose de las acciones civiles previstas en las letras a) y c) del art. 106, es indudable que ellas requerirán de medidas más agresivas para hacer verdaderamente eficaz la protección del derecho lesionado.

El art. 107 de la ley, por su parte, dispone que "Las acciones civiles establecidas en el artículo 106 se tramitarán conforme al procedimiento sumario y corresponderán a cualquiera que tenga interés en deducirlas, sin perjuicio de la acción penal que pueda proceder". Es a propósito de este procedimiento sumario que debemos estudiar las medidas precautorias que de manera específica se reconocen en la normativa de protección industrial, destacando desde luego la amplia legitimación que el art. 107 ha dado en este ámbito.

Como he adelantado, para hacer verdaderamente efectivos los derechos reconocidos en el artículo 106 –en ocasiones la única forma de hacerlo– se adicionó un párrafo 2º, al título X de esta ley,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

intitulado, *De las medidas precautorias*, un artículo que contiene importantes medidas cautelares. Si bien en este punto no se entregó, a diferencia de lo que hemos visto en otras leyes especiales, una potestad cautelar genérica al juzgador, sí se previeron medidas de carácter innovativo que, junto con otras más tradicionales, y una cláusula abierta para conceder "otras medidas precautorias", dan buena movilidad a los jueces para proteger los derechos de propiedad industrial. Es lamentable, en todo caso, que finalmente –no era así en el proyecto del Ejecutivo– sólo se hubiere dedicado un artículo a este rubro. Tal vez una regulación más detallada hubiera despejado algunas dudas que ahora se presentan.

9.34. Dispone el artículo 112 sobre este punto: "Las medidas precautorias procederán en todos los asuntos que digan relación con infracciones a los derechos de propiedad industrial. Sin perjuicio de otras medidas precautorias, el Tribunal podrá decretar las siguientes:

a) La cesación inmediata de los actos que constituyan la presunta infracción;
b) El secuestro de los productos objeto de la presunta infracción y de los materiales y medios que sirvieran principalmente para cometerla. Tratándose de signos distintivos, podrá además decretarse el secuestro de los envases, embalaje, etiquetas, material impreso o de publicidad que posean el signo motivo de la presunta infracción;
c) El nombramiento de uno o más interventores;
d) La prohibición de publicitar o promover, de cualquier manera, los productos motivo de la presunta infracción, y
e) La retención, en poder de un establecimiento de crédito o de un tercero, de los bienes, dineros o valores que provengan de la venta o comercialización de dichos productos, en cualquier forma".

9.35. En primer término se puede apreciar que la enumeración que señala el art. 112 es meramente enunciativa. El tribunal en materia de infracciones a los derechos de propiedad industrial puede adoptar las medidas que aquí se enumeran, como otras que se contengan en la propia legislación o en el derecho común (CPC). En segundo lugar, la disposición entrega al juez la facultad para conceder tanto medidas conservativas, como innovativas. Entre las primeras tenemos las clásicas que ya estudiamos a lo largo de este libro: el secuestro, el interventor, la retención y la prohibición de celebrar actos y

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

contratos. El secuestro está previsto para los productos objeto de la presunta infracción y de los materiales y medios que sirvieran principalmente para cometerla. Tratándose de signos distintivos, podrá además decretarse el secuestro de los envases, embalaje, etiquetas, material impreso o de publicidad que posean el signo motivo de la presunta infracción. Nosotros ya sabemos que el secuestro produce el efecto de privar al demandado de la tenencia física de la cosa, la cual debe depositarse en manos de un tercero. Es el único efecto que esta medida provoca en nuestro sistema procesal. Tratándose del nombramiento de uno o más interventores, se recordará que este tiene limitadas facultades. Debe, primordialmente, asegurar que el demandado no realice una administración descuidada o fraudulenta que agrave su situación patrimonial. De allí que pueda ser oportuno, en este evento, pedir junto con el interventor alguna otra medida cautelar más agresiva. La retención de bienes, según ya lo sabemos, es el embargo preventivo del siglo XIX. Produce una indisponibilidad jurídica en los bienes afectos a la medida. Lleva aparejado, también, la privación física de estos bienes, los cuales deben ser depositados en un establecimiento de crédito o en poder de un tercero. Finalmente, la prohibición tiene un concreto fin en el campo de la propiedad industrial: evitar la publicidad o promoción de los productos motivos de la presunta infracción. Lógicamente, también es procedente cualquier otra prohibición de celebrar actos y contratos. Junto con estas medidas tradicionales aparecen, también, otras que inequívocamente producen una mayor injerencia en la esfera del sujeto demandado. Inequívocamente la prevista en la letra a) del art. 112: "la cesación inmediata de los actos que constituyan la presunta infracción". Si ahora volvemos un segundo sobre las acciones civiles que se contemplan en el art. 106 de la ley, ya sabemos que allí se prevén dos procedimientos que se acomodan muy bien a este tipo de medidas. Me refiero, en primer término, a la cesación de los actos que violen el derecho protegido (letra a); y, en segundo, a la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la infracción (letra c). En estos dos procedimientos, pero sobre todo en el primero, vemos que la medida cautelar prevista en el art. 112 letra a) no es más que una anticipación exacta en sede provisional de lo que el actor pide en el fondo de la disputa.

Son precisamente este último tipo de medidas las que en el derecho comparado se han mostrado de mayor utilidad en esta materia. Así, por ejemplo, la suspensión inmediata de la venta de productos que utilizan indebidamente una marca puede ser de mayor utilidad que una eventual indemnización posterior. Lo mismo,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

por ejemplo, si cautelarmente se prohíbe publicitar o promocionar los productos indebidamente utilizados, o proceder a su inmediato retiro del comercio.

Frente al silencio normativo en cuanto a los requisitos para conceder estas medidas, la forma como se tramitan y demás elementos propios de estas providencias, y teniendo presente que los procedimientos civiles aquí previstos se tramitan de conformidad con las reglas del juicio sumario, debemos entender que se aplican las normas del título V del libro II del CPC.

9.36. En el párrafo tercero del título décimo se encuentran las medidas prejudiciales. El artículo 113 de esta ley señala: "Podrán solicitarse como medidas prejudiciales, las precautorias de que trata el Párrafo 2º del Título X de esta ley y las medidas contempladas en los Títulos IV y V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil". Pues bien, nosotros ya conocemos todas estas medidas cautelares que puede solicitarse antes de que se inicie el proceso judicial. Estas son las previstas en el art. 112, que acabamos de estudiar, las reguladas en los artículos 290 y ss. del CPC, que a estas alturas conocemos de memoria: secuestro, intervención, retención y prohibición de celebrar actos y contratos. Frente al silencio normativo, al igual que lo vimos en la regulación del art. 112 de esta ley, debemos entender que los requisitos de concesión de estas medidas, así como las reglas sobre tramitación, incluidas las de notificación, ampliación del plazo y demás pertinentes, se rigen por las normas del título IV del libro II del CPC.

9.37. A pesar de la reforma llevada adelante en materia de medidas precautorias por la Ley Nº 19.996 el año 2005, los problemas en la protección de los derechos de propiedad industrial no se han solucionado del todo. Por esta razón, el 20 de enero de 2012 el Presidente de la República envió al Congreso Nacional un proyecto de ley que modifica la Ley Nº 19.039, a fin de fortalecer la protección de principios activos de medicamentos. En el mensaje que acompañó el referido proyecto, luego de señalar los problemas que en general enfrenta el desarrollo de un nuevo medicamento, se dijo lo siguiente:

> [...] En razón de lo anterior, se han detectado problemas en el funcionamiento del sistema actual tanto para los fármacos genéricos como para aquellos innovadores. *Por una parte, se ha señalado que los jueces son reacios a conceder las medidas precautorias que establece la ley.* Por otra, se ha indicado que existe poca transparencia e información sobre los medicamentos que cuentan con patentes vigentes. Finalmente, y en especial por ser un tema de gran importancia económica para la salud pública, en términos de asequibilidad de la población a este vital elemento terapéutico, se hace imprescindible establecer resguardos e incorporar medidas que permitan equilibrar la función social del sistema de patentes y la necesidad de poner a disposición de la comunidad nuevas tecnologías en el área farmacéutica que permitan mantener y mejorar la calidad de vida.[998] (Énfasis añadido).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

Más adelante en la fundamentación del proyecto se expresó que:

> "[...] Esta iniciativa plantea la incorporación de una *nueva medida precautoria o prejudicial precautoria, consistente en la suspensión del otorgamiento del registro sanitario de un producto por parte del Instituto de Salud Pública (en adelante ISP), ante una presunta infracción a los derechos protegidos por patentes sobre principios activos.* Con la suspensión del otorgamiento y no del procedimiento en sí, se resguarda el objetivo del sistema de patentes y en particular la llamada excepción Bolar contenida en el inciso final del artículo 49 de la Ley 19.039 de Propiedad Industrial, consistente en permitir a terceros realizar actos en relación a la materia protegida por una patente, siempre y cuando estos tengan por único objeto la obtención de un registro o autorización sanitaria de un producto farmacéutico.
>
> Para entregar transparencia y seguridad a los usuarios del sistema, el proyecto contempla la creación de un libro público, que será administrado por el ISP en el que todos aquellos titulares de patentes de principio activo podrán anotar dichas patentes. Para asegurar el cumplimiento de este objetivo sólo podrá hacerse uso de la medida precautoria creada por el proyecto respecto de aquellas patentes que han sido anotadas en el libro con anterioridad al registro sanitario que se pretende paralizar.

De este modo el aludido proyecto adiciona los artículos 112 B y 112 C y un nuevo inciso segundo al art. 113 de la Ley Nº 19.039, con el siguiente contenido:

> "Artículo 112 B. El juez decretará como medida precautoria especial la suspensión del otorgamiento del registro sanitario de un producto farmacéutico por el plazo de hasta un año, en el caso de que exista una patente otorgada y vigente sobre el mismo principio activo anotada en el libro que a tal efecto llevará el Instituto de Salud Pública, incluido en el producto farmacéutico correspondiente, y siempre que se acompañe información que permita acreditar la existencia del derecho que se reclama y el riesgo de una inminente infracción al mismo.
>
> Se presumirá acreditada la existencia del derecho cuando el titular de la patente sobre el principio activo incluido en el producto farmacéutico correspondiente, o quien legítimamente ejerza el derecho conferido por ella, presente:
>
> a. Un certificado de registro de la patente del principio activo incluido en el producto farmacéutico cuyo otorgamiento de registro sanitario se pretende suspender;

[998] Cámara de Diputados, boletín 8183-03, 05 de marzo de 2012.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

b. Copia de la declaración de la patente a que se alude en el Nº 1 del artículo anterior; y
c. Copia del título en virtud del cual ejerce el derecho, si el demandante es distinto del titular de la patente sobre principio activo.

Se presumirá que existe un riesgo de inminente infracción cuando el demandante presente copia de la solicitud de registro sanitario requerido por el demandado respecto de un producto farmacéutico que contiene el mismo principio activo protegido por patente y de la declaración efectuada por el demandado ante el Instituto de Salud Pública.

Quien solicite la medida precautoria deberá rendir caución suficiente para responder por los perjuicios que se originen y las multas que se impongan. En la determinación de dicha caución, el juez deberá fijar un monto por este concepto de entre 1.000 y 5.000 unidades tributarias mensuales.

En cualquier momento, y siempre que se presentaren antecedentes suficientes, el juez podrá decretar el alzamiento de la medida. Sin perjuicio de los demás antecedentes que se puedan hacer valer ante el juez, se presumirá que existen fundamentos suficientes, si se presentan a lo menos dos informes periciales que, de manera concordante, determinan que el producto para el cual se pide se suspenda el otorgamiento del registro sanitario, no infringe la patente de principio activo declarada por el titular o su representante ante el Instituto de Salud Pública en el libro público.

Artículo 112 C. La suspensión del otorgamiento del registro sanitario establecida en el inciso primero del artículo anterior sólo procederá respecto de aquellas solicitudes de registro sanitario que se formulen con posterioridad a la declaración de la patente sobre principio activo efectuada ante la autoridad sanitaria." (Énfasis añadido).

Artículo 113 inciso segundo, nuevo: "Podrá también solicitarse la medida contemplada en el artículo 112 B, en cuyo caso será decretada sin audiencia de la persona contra quien se pide y le será aplicable además de lo dispuesto en dicho artículo, lo que se establece en los artículos 280 y 287 del Código de Procedimiento Civil."

La presente iniciativa, que a la fecha de escribir estas palabras no se ha transformado en ley, contiene varios aspectos que podemos destacar. Quizá el más importante sea la mayor reglamentación, al menos en la suspensión que se propone, de los elementos para concederla y alzarla. En todo caso, no es el momento de analizar estos elementos, sino concentrarnos en el fallo que a propósito de estos artículos emitió el Tribunal Constitucional. La iniciativa en cuestión fue impugnada por un grupo de senadores, quienes solicitaron al TC la declaración de inconstitucionalidad de los incisos 2º y 3º del art. 112 B. De cara a este cuestionamiento el TC señaló:

> Que la primera de las impugnaciones que los requirentes formulan dice relación con el indebido privilegio que, en su opinión, importaría la concesión de una medida precautoria de suspensión de registro sanitario a favor del titular de una patente sobre el principio activo incluido en el medicamento de cuyo registro se trata [...]. En tal caso, a juicio de los objetores, se estaría incurriendo en una discriminación arbitraria en perjuicio de los productores de un fármaco genérico que incorpora el mismo principio activo amparado por una patente, en circunstancias de que la protección del titular de la patente podría obtener sin recurrir a tal arbitrio procesal extraordinario (c. 5º);
>
> Que el privilegio indebido que advierten los requirentes en la adopción de la referida medida precautoria, en realidad no es tal, pues este tipo de providencias procesales tiene precisamente por objeto asegurar el resultado de la acción deducida y, en el caso preciso de la que prevé el proyecto, impedir que se consume una infracción del derecho invocado por el actor. *Esto es propio de toda medida precautoria de índole anticipatoria,* plenamente justificada por la verosimilitud del derecho invocado y del riesgo de vulneración que se cierne sobre el mismo, de modo que su consagración en este caso mal podría configurar una discriminación arbitraria en beneficio del titular de la patente farmaceútica y en desmedro de los interesados en producir medicamentos similares que empleen el mismo principio activo del producto patentado" (c. 6º).[999] (Énfasis añadido).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Como vemos el TC en estos considerandos ha reconocido expresamente la finalidad anticipativa de las medidas cautelares en nuestro sistema procesal, y, particularmente, en materia de propiedad industrial. Se aprecia que el lenguaje de la cautela anticipativa ya se ha instalado en el máximo intérprete de nuestra Constitución.

4. Medio ambiente

4.1. *Planteamiento*

9.38. Dentro de los grandes cambios al que ha sido sometido nuestro sistema procesal en los últimos quince años, se ha sumado de manera reciente la materia ambiental. En efecto, la Ley Nº 20.600, de 2012, ha creado unos juzgados especializados en este ámbito. Más allá de alguna discusión que ha existido en torno a la necesidad de crear en cada materia un procedimiento y unos tribunales especiales, lo cierto es que tres de estos últimos ya se encuentran funcionando en el país. En el mensaje con que el Ejecutivo envió el proyecto de ley al Congreso de la República se expresó, en lo que aquí importa, lo siguiente:

> Tal como se ha explicado existen buenas razones para promover la potestad administrativa de sanción desde la perspectiva de la calidad regulatoria y la eficiencia de los sistemas de cumplimientos, pero eso no se puede hacer a cualquier precio. Por otro lado, existen buenas razones para acotar las potestades de los organismos administrativos en defensa de los derechos de los particula-

[999] TC, rol 2411-2013, 22 de marzo de 2013.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

res, pero eso no puede significar afectar el interés público y el bienestar social detrás de la regulación. Por tal motivo, los sistemas democráticos han tratado de buscar equilibrios. Por un lado, dotando a los organismos administrativos de competencias regulatorias y de sanción, que busquen una finalidad de disuasión efectiva (y no una retributiva) para promover cumplimientos y por la otra, establecer un mecanismo efectivo de revisión judicial de las intervenciones de las autoridades públicas. Los jueces cumplen un rol esencial en el sistema de contrapesos de un sistema democrático, pero también tienen un rol esencial e insustituible en la protección de los derechos de las personas. Es decir, actúan como instrumentos al servicio de la democracia para limitar los desbordes del poder público, en especial de la Administración en relación a las competencias conferidas por el legislador, y por la otra, como instrumento al servicio de la tutela de derechos, ahí donde la exigencia de tutela efectiva resulta indispensable. Esto explica por qué resulta necesario crear un tribunal, pero concretamente el de un tribunal especializado. Medio Ambiente es un buen espacio para conjugar ese equilibrio. En él está en juego el bienestar de la comunidad, pero también el derecho de personas específicas que puedan verse afectadas por las decisiones de la autoridad pública. Por tal motivo el Ejecutivo ha accedido a la creación de un Tribunal Ambiental, pero en el contexto de un acceso a una tutela judicial efectiva por parte de los ciudadanos en estas materias, de modo de no restringir su competencia sólo al control de las decisiones de la Superintendencia, si no que también ampliarlo a todo el contencioso de la Ley Nº 19.300, permitiendo de ese modo el igual acceso a la jurisdicción a todos los ciudadanos.

9.39. En el plano concreto de nuestro estudio la regulación que la Ley Nº 20.600 ha hecho de las medidas cautelares, si bien presenta en algunos aspectos coincidencia con la reglamentación de las otras materias que hemos analizado, es con distancia la más deficiente y, me temo, inconstitucional en más de un aspecto. Confío en que los magistrados de los tribunales ambientales no olviden que son los terceros *imparciales* que deben resolver los conflictos sometidos a su competencia porque, al menos en materia de medidas cautelares, el texto aprobado los puede conducir por un camino peligroso y errado. Adicionalmente, la reglamentación que tienen las cautelares en materia ambiental aparece extremadamente compleja, desordenada, contradictoria, con una redacción descuidada y reierativa en muchos aspectos. Todo esto se traduce en no pocos problemas y dudas interpretativas que genera el texto aprobado.

4.2. *Competencia de los tribunales ambientales para decretar medidas cautelares*

9.40. El artículo 24 de la Ley Nº 20.600, que creó los Tribunales Ambientales, intitulado de las medidas cautelares, señala lo siguiente:

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento. Son medidas conservativas aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida. Son innovativas aquellas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida.

El Tribunal podrá decretar estas medidas en cualquier estado del proceso o antes de su inicio y por el plazo que estime conveniente. Podrá decretarlas de oficio o a petición de parte, según corresponda, de acuerdo a las normas generales, debiendo en este último caso resolver mediante resolución fundada, sea de plano o con citación.

Cuando se soliciten estas medidas, el requirente deberá acompañar los antecedentes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. El Tribunal podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que podrían originarse.

Deducida oposición o pedido el alzamiento de la medida, deberá adjuntarse a los correspondientes escritos la prueba documental pertinente, debiendo el Tribunal poner las respectivas solicitudes en conocimiento de la parte contraria, citando a una audiencia dentro de un plazo no superior a diez días, en la que escuchará a las partes y resolverá la mantención, modificación o alzamiento de la medida.

En las controversias cautelares sólo se admitirá prueba documental. Las medidas decretadas se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa.

La cautela innovativa sólo podrá decretarse ante la inminencia de un perjuicio irreparable. Si el Tribunal estimare que no concurren las circunstancias que la hagan procedente podrá, de oficio, decretar la medida cautelar que a su juicio corresponda.

La resolución que conceda o deniegue una medida cautelar se notificará al afectado. Si la medida se hubiere concedido prejudicialmente el solicitante deberá presentar su demanda en el plazo de quince días hábiles contado desde que se concedió la cautela o en el término mayor que fije el Tribunal. Si así no lo hiciere la medida quedará sin efecto de pleno derecho.

Siempre que existiere motivo grave, el Tribunal podrá disponer que las medidas se lleven a efecto antes de notificar a la persona contra quien se dictan. En este caso, transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas.

El Tribunal podrá ampliar este plazo por motivo fundado".

9.41. La disposición transcrita tiene varios elementos que debemos analizar. En primer término, las medidas buscan proteger los intereses jurídicamente tutelados por la normativa ambiental que, como sabemos, resguarda un conjunto de categorías supra individuales agrupados, normalmente, en el género de los intereses difusos. A efectos de hacer efectiva esta protección se acude, como hemos puesto

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

de manifiesto a lo largo de este libro, a la idea de verosimilitud de la pretensión que hace valer el actor. Es un elemento muy conocido en este ámbito y su origen doctrinal se remonta a CALAMANDREI. Un poco más adelante, en todo caso, veremos que el legislador ha precisado este concepto al exigir, como *fumus boni iuris*, antecedentes que constituyan una presunción grave del derecho que se reclama.

9.42. En segundo lugar, al igual que ocurre en familia, el legislador en materia de medio ambiente autoriza al juez para adoptar tanto medidas conservativas como innovativas. Lo interesante, en este punto, es que se ha definido el alcance de una y otra medida. Lo anterior, eventualmente, puede servir de marco de referencia para otras materias en las que no se cuenta con esta definición. No es muy aconsejable, en todo caso, que el legislador realice una labor académica para lo cual no suele estar preparado. Así, el art. 24 entiende por medidas conservativas "aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida". En esta ocasión, por tanto, el mantenimiento del *statu quo* existente antes de la solicitud de la medida es la finalidad que cumplen este tipo de medidas. Las medidas innovativas, por su parte, son definidas como "aquellas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida". De este modo las segundas son más agresivas en la finalidad que buscan porque permiten alterar, en sede provisional, el estado de hecho o de derecho que existía al tiempo de ser requeridas. En todo caso, esta clase de medidas son excepcionales. El art. 24 en el inc. 6º añade: "La cautela innovativa sólo podrá decretarse ante la inminencia de un perjuicio irreparable. Si el Tribunal estimare que no concurren las circunstancias que la hagan procedente podrá, de oficio, decretar la medida cautelar que a su juicio corresponda". Entiendo que esta última necesariamente debe ser conservativa.

9.43. El inc. 2º del art. 24 dispone que *"El Tribunal podrá decretar estas medidas en cualquier estado del proceso o antes de su inicio y por el plazo que estime conveniente. Podrá decretarlas de oficio o a petición de parte, según corresponda, de acuerdo a las normas generales, debiendo en este último caso resolver mediante resolución fundada, sea de plano o con citación".* Nosotros ya sabemos que la oportunidad para solicitar una medida cautelar es muy amplio: antes de que exista un concreto proceso judicial (prejudiciales); durante la existencia del referido proceso, en

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

primera o en segunda instancia, aun cuando en materia ambiental, por regla general, no habrá segunda instancia (art. 26 de la ley). En cuanto a la regulación de las medidas prejudiciales su tratamiento continúa en la segunda parte del inciso 7º: "[...] *Si la medida se hubiere concedido prejudicialmente el solicitante deberá presentar su demanda en el plazo de quince días hábiles contado desde que se concedió la cautela o en el término mayor que fije el Tribunal. Si así no lo hiciere la medida quedará sin efecto de pleno derecho*". Como se aprecia nada dice la norma de la presunción de dolo que en esta materia rige en el ámbito civil. Debemos entender, por tanto, que el legislador ambiental no ha querido traer dicha presunción a esta parcela.

No se justifica bien que el tribunal pueda ordenar de oficio estas medidas. Ya hemos manifestado a propósito de la regulación en materia de familia, que no es aconsejable que los jueces pierdan su imparcialidad al momento de resolver una disputa entre las partes. No se olvide que una de ellas puede ser un organismo de la administración del Estado (art. 18 de la ley). No obstante el carácter provisional que estas medidas presentan, lo aconsejable es que los jueces actúen siempre, en este ámbito, a solicitud de parte. Mucho más complicado de concebir es el hecho que la ley señale que la fundamentación (que toda resolución debe tener como parte de un debido proceso de ley) solo se exija cuando se adopten medidas cautelares a requerimiento de parte y no de oficio. Destaco que bajo la actual normativa estas medidas se pueden conceder *motu propio* por el tribunal ambiental, sin fundamentar la razón de ello, sin que la parte afectada pueda recurrir de apelación en contra de esta decisión y sin que la medida tenga preestablecido un plazo legal. Me parece que lo anterior es abiertamente inconstitucional. No habla bien del legislador nacional el voluntarismo jurídico que se ha ido imponiendo en los últimos años, especialmente en este ámbito. En esta tesitura tampoco se comprende que las medidas puedan decretarse por el plazo que el tribunal estime conveniente. La idea correcta es exactamente la opuesta. El legislador debe establecer plazos de concesión de las medidas, por ejemplo por un término no superior a sesenta días y facultar al juez para que, de ser el caso, las renueve por igual período. La regulación en materia familiar puede servir de ejemplo para actualizar esta materia (ver art. 92 de le Ley Nº 19.968).[1000]

[1000] Alguna moderación de esta situación vemos en el propio art. 24 de la ley cuando dispone: "[...] Las medidas decretadas se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

9.44. No se entiende, adicionalmente, lo que quiso decir el legislador en la siguiente oración: "Podrá decretarlas de oficio o a petición de parte, *según corresponda, de acuerdo a las normas generales*". ¿Qué alcance debemos dar a la expresión según corresponda? Y, ¿a qué normas generales se refiere? ¿Al CPC? Finalmente, el inciso 2º termina señalando que las medidas se adoptarán de *plano o con citación.* Supongo que en los casos en que el tribunal ordene de oficio una medida cautelar siempre la tramitará de plano No es muy lógico que tramite con citación su resolución de otorgar oficiosamente una medida cautelar. En relación con las medidas cautelares que el tribunal ordena a petición de parte, es claro que la ley lo faculta para adoptarlas de plano o con citación. La primera opción parece no presentar mayores problemas. Es la regla general en nuestro sistema. La segunda posibilidad, en cambio, solo se había previsto con anterioridad en materia de competencia. La tramitación con citación genera problemas. Recordemos que el art. 69 inc. 1º del CPC, expresamente aplicable a la materia ambiental (art. 47), dispone lo siguiente: "Siempre que se ordene o autorice una diligencia con citación, se entenderá que no puede llevarse a efecto sino pasados *tres días después de la notificación de la parte contraria,* la cual tendrá el derecho de oponerse o deducir observaciones dentro de dicho plazo, suspendiéndose en tal caso la diligencia hasta que se resuelva el incidente". La diligencia, por tanto, en principio se ordena pero no puede llevarse a cabo sino pasados tres días desde la *notificación* a la contraparte, la que si se opone en el referido término generará un incidente que mientras no sea resuelto impide materializar la gestión. A este propósito la primera parte del inciso 7º del artículo en análisis señala: "La resolución que conceda o deniegue una medida cautelar se notificará al afectado [...]". Podemos interpretar que la que concede una medida cautelar se notifica al afectado para que este pueda oponerse. Pero véase lo que adicionalmente señalan los incisos 8º y 9º del art. 24: "Siempre que existiere motivo grave, el Tribunal podrá disponer que las medidas se *lleven a efecto antes de notificar a la persona contra quien se dictan.* En este caso, transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El Tribunal podrá ampliar este plazo por motivo fundado". (Énfasis añadido). ¿Cómo podría ordenarse *con citación* la solicitud de una medida cautelar y, al mismo tiempo disponerse que se lleven a efecto *sin notificar* a la persona contra quien se dictan? La contradicción salta a la vista y resulta difícil compatibilizar ambos incisos. Como si la confusión no fuera poca, el inciso 4º del art. 24 añade lo siguiente:

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

> "Deducida oposición o pedido el alzamiento de la medida, deberá adjuntarse a los correspondientes escritos la prueba documental pertinente, debiendo el Tribunal poner las respectivas solicitudes en conocimiento de la parte contraria, citando a una audiencia dentro de un plazo no superior a diez días, en la que escuchará a las partes y resolverá la mantención, modificación o alzamiento de la medida".

Este inciso es muy arduo de interpretar. Entiendo que tiene ver con la forma como se tramitan las medidas, una especie de continuación de la parte final del inciso 2º. Pero si las medidas se adoptan de plano o con citación ¿a qué cuento viene la audiencia? ¿Por qué deben ser allí mantenidas las medidas? En cualquier caso no se comprende a qué se refiere el legislador con la frase *poner las respectivas solicitudes,* ni cuál es el ámbito de competencia para modificar las medidas ya concedidas. Es difícil creer que el legislador haya complicado tanto una materia, teniendo presente que ya contaba con otras leyes que habían abordado esta materia.

9.45. El inc. 3º del art. 24 dispuso que *"Cuando se soliciten estas medidas, el requirente deberá acompañar los antecedentes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. El Tribunal podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que podrían originarse".* En este inciso aparecen dos de nuestros conocidos elementos para conceder una medida cautelar: el *fumus* y la caución. El primero es muy similar a lo que establece el art. 298 del CPC que ya hemos estudiado. Solo que en el art. 24 se habla de *antecedentes* y en el 298 de *comprobantes.* La diferencia mayor, sin embargo, se produce porque tratándose de los comprobantes la jurisprudencia ha entendido que no se acotan solo a documentos, sino que incluyen cualquier medio de prueba. En cambio de acuerdo con la primera parte del inciso 5º del art. 24: "En las controversias cautelares sólo se admitirá prueba documental". La limitación no tiene ningún sentido y es deseable su pronta derogación. Tratándose de la caución ella es potestativa. El tribunal puede exigir que el actor particular constituya una a fin de responder de los eventuales daños que se ocasionen con la medida. Los organismos públicos, de notoria solvencia en el parecer del legislador, no requiren constituir esta caución. El tercer elemento que se requiere para conceder una medida cautelar, el *periculum in mora,* si bien no figura en el presente inciso, sí parece recogerse en el primero. En efecto, este último señala que el tribunal podrá decretar las medidas, conservativas o innovativas, *necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento.* De todos modos es deseable que

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

el legislador precise mejor este último elemento que aparece muy desvinculado de los otros.

Finalmente, el art. 26 de la Ley Nº 20.600 en materia de recursos dispone en el inciso 1º que "En estos procedimientos sólo serán apelables las resoluciones que declaren la inadmisibilidad de la demanda, las que reciban la causa a prueba y las que pongan término al proceso o hagan imposible su continuación. De este recurso conocerá la Corte de Apelaciones en cuyo territorio jurisdiccional tenga asiento el Tribunal Ambiental que haya dictado la resolución apelada". No se logra comprender por qué el legislador descartó la procedencia el recurso de apelación en contra de la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de una medida cautelar, máxime cuando este medio de impugnación fue expresamente previsto en materia familiar, laboral y procesal penal. Puedo comprender que se desee valorar la sentencia de los tribunales ambientales y limitar el número de recursos que proceden en contra de sus resoluciones, pero las medidas cautelares tienen en el país una larga tradición de discutirse en doble instancia y, en mi parecer, nada justifica, salvo un olvido legislativo, el que se rompa con esta tradición en el ámbito que ahora analizamos. Espero que este error se enmiende a la brevedad y se establezca la procedencia del recurso de apelación en contra de la sentencia de los tribunales ambientales que conceden, deniegan o alzan medidas cautelares.

5. Competencia

5.1. *Planteamiento*

9.46. La libre competencia en los mercados es el objeto que resguarda el Decreto de Ley Nº 211.[1001] El Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y la Fiscalía Nacional Económica (FNE), en la esfera de sus respectivas atribuciones, son los órganos que dan aplicación a la referida normativa.

El TDLC tiene facultad para conocer situaciones que pongan en riesgo el objeto de la ley en mención. En el procedimiento se

[1001] Artículo 1º. La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley. Decreto de Ley Nº 211

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

analizan los efectos negativos de las conductas expuestas y el interés común para el resguardo de la libre competencia en los mercados. El atentado contra la libre competencia puede ser corregido, prohibido, reprimido o sancionado.

5.2. *Medidas cautelares*

9.47. El art. 25 del DL 211 dispone:

> "El Tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá decretar en cualquier estado del juicio o antes de su iniciación, y por el plazo que estime conveniente, todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común. Estas medidas serán decretadas con citación, y en caso de generarse incidente, este se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada.
>
> Las medidas decretadas serán esencialmente provisionales y se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa. Para decretarlas, el requirente deberá acompañar antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. El Tribunal, cuando lo estime necesario, podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que se originen.
>
> La resolución que conceda o deniegue una medida cautelar se notificará por carta certificada, a menos que el Tribunal, por razones fundadas, ordene que se notifique por cédula. En caso de que la medida se haya concedido prejudicialmente, el Fiscal o el solicitante deberá formalizar el requerimiento o la demanda en el plazo de veinte días hábiles o en el término mayor que fije el Tribunal, contado desde la notificación de aquélla. En caso contrario, quedará sin efecto de pleno derecho.
>
> Sin embargo, las medidas podrán llevarse a efecto antes de notificar a la persona contra quien se dictan siempre que existieren motivos graves para ello y el Tribunal así lo ordenare. En este caso, transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El Tribunal podrá ampliar este plazo por motivo fundado.
>
> Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos precedentes, no regirá respecto de las medidas prejudiciales y precautorias que dicte el Tribunal lo establecido en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil, salvo lo señalado en los artículos 273, 274, 275, 276, 277, 278, 284, 285, 286, 294, 296 y 297 de dicho cuerpo legal, en cuanto resultaren aplicables.

9.48. A continuación analizaremos el art. 25 antes transcrito. Destaco, desde luego, que la regulación que aquí se analiza nos recuerda, en algún aspecto, a la que hace un rato vimos a propósito de la materia ambiental, aun cuando sin incurrir en los excesos, ni complicaciones que la última materia reviste. Por de pronto el inciso primero dispone que "El Tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

decretar en cualquier estado del juicio o antes de su iniciación, y por el plazo que estime conveniente, todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común. Estas medidas serán decretadas con citación, y en caso de generarse incidente, este se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada".

9.49. En primer término al igual que sucede en materia familiar y ambiental el TDLC puede adoptar estas medidas ya sea de oficio o a petición de parte. Hemos sido críticos con la posibilidad de que los tribunales de familia y ambientales adopten estas medidas oficiosamente. Lo mismo nos parece en el ámbito de la libre competencia. No puede olvidarse que el TDLC es un órgano jurisdiccional en toda plenitud y, como tal, debe resolver imparcialmente el conflicto que las partes le han sometido a su resolución. Por mucho que en este ámbito estemos frente a materias que, en general, son de orden público el TDLC no puede olvidar que no está para resolver de manera *parcial* la disputa. Por mandato constitucional debe hacerlo de manera imparcial e independiente de los litigantes. La forma de conceder estas medidas debería ser siempre a petición del actor, tal cual lo pusimos de relieve al estudiar las medidas precautorias previstas en el CPC.

9.50. En segundo lugar lo que ya sabemos constituye un lugar común en esta materia: el TDLC puede ordenar las medidas cautelares en cualquier etapa del proceso judicial e, incluso, como prejudiciales antes de su inicio. Entiendo que en este segundo evento solo pueden otorgarse a petición de parte. Ahora bien, tratándose de las medidas prejudiciales el art. 25 en el inc. 3º dispone lo siguiente: "[...] En caso de que la medida se haya concedido prejudicialmente, el Fiscal o el solicitante deberá formalizar el requerimiento o la demanda en el plazo de veinte días hábiles o en el término mayor que fije el Tribunal, contado desde la notificación de aquélla. En caso contrario, quedará sin efecto de pleno derecho". Por tanto, las cargas procesales que debe cumplir la FNE o el solicitante de la medida es presentar la demanda o el requerimiento en el plazo de veinte días hábiles, o en el plazo mayor que el TDLC determine. En caso contrario la o las medidas ordenadas caducarán *ipso iure*. En relación con el art. 280 del CPC vemos que en este caso el legislador amplió el plazo para presentar la demanda de diez a veinte días y no indicó por cuantos días puede el tribunal ampliar este plazo.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

La posibilidad de aplicar supletoriamente el art. 280 del CPC está descartada de conformidad con lo señalado en el inciso final del art. 25 del DL 211. No rige, en consecuencia, la presunción de dolo que contiene el art. 280, ni la obligación de pedir que se mantengan las medidas como precautorias.

9.51. En tercer lugar al igual que ocurre en materia ambiental el TDLC puede ordenar las medidas por el tiempo que estime conveniente. No hay, por lo tanto, un plazo legal preestablecido de duración de estas medidas. El TDLC debe indicar en la resolución que la concedió el tiempo por el cual lo hizo. Entiendo que si no dice nada sobre este punto, las medidas lo serán de manera indefinida, sin perjuicio del carácter esencialmente provisional que ellas revisten. En cuarto lugar el TDLC no tiene ninguna restricción en cuanto a la o las medidas que puede ordenar: *todas las medidas cautelares que sean necesarias*. Por tanto, puede otorgar una o varias, y ellas pueden ser conservativas, de conformidad con lo que ha sido una larga tradición en Chile, o innovativas, como viene imponiéndose normativamente en los últimos años. La única restricción que tiene el juzgador dice relación con los fines que ellas deben cumplir: impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y resguardar el interés común. Aparece la idea del *periculum in mora* no solo referido al interés privado del solicitante, sino, también, una protección del interés común ligado a la libre competencia, sobre todo cuando el requirente es la FNE.

9.52. En cuarto lugar en relación a la tramitación de estas medidas la norma dispone, al igual que sucede en medio ambiente, que se decretarán con citación y en caso de generarse un incidente, este se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada. Esto quiere decir que la medida debe ser notificada al demandado el cual dispone del plazo de tres días para oponerse a la solicitud, y deducir las observaciones que estime conveniente. Con esta oposición nace el incidente el cual debe ser resuelto por el TDLC y determinar si concede o no la medida cautelar pedida (art. 69 del CPC). El incidente se rige por las disposiciones de los artículos 82 y ss. del CPC y el mismo no paraliza la tramitación de la causa principal (art. 87 del CPC). Ahora bien, el art. 25 del DL 211 en el inciso cuarto dispone que "Sin embargo, las medidas podrán llevarse a efecto antes de notificar a la persona contra quien se dictan siempre que existieren motivos graves para ello y el Tribunal así lo ordenare. En este caso, transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

sin valor las diligencias practicadas. El Tribunal podrá ampliar este plazo por motivo fundado". En este evento el TDLC tiene la competencia de ordenar que la medida concedida se lleve a efecto antes de notificar a la persona afectada por la misma. Supongo que en este caso no es lógico decretar la medida con citación, no al menos como lo regula el art. 69 del CPC. La norma exige para justificar esta excepción que el solicitante acredite la existencia de *motivos graves*. Ya sabemos lo que en el ámbito cautelar esto significa: que de notificarse la resolución el demandado puede agravar la situación que se busca resguardar con la providencia cautelar, por ejemplo, realizar una serie de actos jurídicos que dañen aun más la libre de competencia. En el evento que el tribunal acceda a la petición del actor y ordene que la medida se ejecute antes de notificarse al afectado, aquel tiene cinco días para materializar la notificación. Este plazo, al igual que sucede con el de las prejudiciales, puede ser ampliado por el TDLC. No se establece qué ampliación puede otorgar el tribunal. Puede ser, por tanto, la que el tribunal estime prudente. Es deseable que este no supere los treinta días como ocurre en el CPC. Sabemos, en todo caso, que dicha ampliación debe solicitarse antes de que venza el término original de cinco días. También sabemos que en la práctica civil los litigantes suelen pedir esta ampliación en un *otrosí* del escrito en el que solicitan que la medida se lleve adelante sin previa notificación del demandado. Esta notificación, así como la que deniegue una medida cautelar, debe notificarse por carta certificada, a menos que el TDLC, por razones fundadas, ordene que se notifique por cédula (art. 25 inciso tercero del DL 211).

9.53. El inciso segundo del art. 25 del DL 211 señala que "Las medidas decretadas serán esencialmente provisionales y se podrán modificar o dejar sin efecto en cualquier estado de la causa. Para decretarlas, el requirente deberá acompañar antecedentes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama o de los hechos denunciados. El Tribunal, cuando lo estime necesario, podrá exigir caución al actor particular para responder de los perjuicios que se originen". Se reconoce una de las principales características de estas medidas: su provisionalidad. Aun cuando nosotros sabemos que este carácter provisional apunta más a la idea de variabilidad, esto es, si cambian las circunstancias que tuvo presente el TDLC para otorgarlas puede, con posterioridad, dejarlas sin efecto. Nótese, en todo caso, que la disposición no explica las razones por las cuales se pueden dejar sin efecto las medidas. No habla del cambio de condiciones al que hemos aludido. No creo, de todos modos, que existan muchas

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

otras razones para que el mismo tribunal que ordenó la medida decrete, más tarde, su alzamiento. Tampoco refiere la norma si el afectado por la medida puede dar una caución suficiente para alzarla. Entiendo que al no haberse regulado ello no es factible.

En lo demás el inciso segundo que ahora analizamos es exactamente igual al inciso tercero del art. 24 de la Ley Nº 20.600, a cuyo análisis nos remitimos.

9.54. Constituye una absoluta novedad en este ámbito el que no se apliquen supletoriamente los títulos IV y V del libro II del CPC, salvo los artículos que regulan las medidas prejudiciales preparatorias (273-278 del CPC); los destinados a regular la prueba confesional y testimonial anticipada (284-286); el relativo a las facultades del interventor (curiosamente no el que permite su nombramiento) y los relativos a la prohibición de celebrar actos y contratos (arts. 296 y 297). No es claro por qué no se aplican, al menos, las normas relativas al secuestro y a la retención de bienes.

9.55. Finalmente es bueno tener presente que en contra de la resolución del TDLC que concede o deniega una medida cautelar solo procede el recurso de reposición (art. 27 DL 211). Una vez más esta situación no me parece lo más razonable. Reitero que tratándose de las medidas precautorias es bueno que exista una doble revisión. Son instrumentos muy importantes y en materia de competencia pueden ser decisivas para evitar que un atentado a la libre competencia se logre materializar, pero también para ocasionar severos daños si son otorgadas de manera errónea. No creo que la especialidad de la materia ni del órgano jurisdiccional sean razón suficiente para privar a las partes de un medio de impugnación tan relevante como el recurso de apelación.

5.3. *Jurisprudencia del TDLC*

9.56. A continuación analizaremos algunos fallos que ha dictado el TDLC en materia de medidas cautelares. Son todos muy interesantes porque permiten clarificar en algunos aspectos cómo el referido tribunal ha interpretado el art. 25 del DL 211. En general, en todo caso, el TDLC se ha mostrado más bien reacio a conceder estas medidas.[1002]

[1002] Ver, por ejemplo, las causas roles números (todas referidas a los cuadernos de medidas cautelares): C 179-08; C 187-09; C 285-14 (reposición incluida); C 287-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

9.57. En el proceso rol Nº 203-10 (contencioso), el 26 de mayo de 2010, el TDLC acogió una medida prejudicial precautoria solicitada por la FNE en favor de la empresa Sistemas Integrados de Información S.A. (SIISA) en contra de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., en la cual pidió mantener la provisión del Boletín de Informaciones Comerciales[1003] bajo las mismas condiciones del contrato vigente entre los involucrados. El tema es muy relevante porque en su petición la FNE argumentó que la medida debía ser concedida de manera urgente y sin notificación del afectado, porque este había condicionado la mantención del contrato que la vinculaba con SIISA, a que esta última se desistiera de una demanda arbitral instada en su contra y a que suscribiera un nuevo contrato en la que no se insertara la cláusula contractual que había originado la demanda arbitral. En su presentación la FNE argumentó que lo que buscaba la Cámara de Comercio era extremadamente grave porque excluía del mercado a SIISA, el cual quedaba en manos de solo tres empresas, amén de que era claramente abusivo supeditar la continuidad de un contrato a que la contraparte se desista de una demanda arbitral. El TDLC resolvió la solicitud el mismo día en el que la FNE hizo su petición:

> Atendido lo expuesto y considerando los eventuales efectos negativos de las conductas descritas y que serán sometidas al conocimiento del Tribunal, la necesidad de resguardar el interés común en la materia, y dado que, a juicio de este Tribunal, los antecedentes acompañados por la solicitante constituyen presunción grave del derecho que se reclama en relación con el acceso al Boletín de Informaciones Comerciales, elaborado por la Cámara de Comercio de Santiago A.G., y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto Ley Nº 211, se accede a la medida prejudicial cautelar solicitada, ordenando a la Cámara de Comercio de Santiago A.G. mantener la provisión del Boletín de Informaciones Comerciales a la empresa Sistemas Integrados de Información S.A., bajo las mismas condiciones del contrato actualmente vigente, por un periodo de veinticinco días hábiles.[1004]

14. En general las resoluciones del TDLC son muy parcas. Simplemente refieren que no se han cumplido con los requisitos que el art. 25 del DL 211 exige para conceder una medida cautelar. Sería deseable que el tribunal fuera más explícito en establecer por qué en el caso concreto no se cumplen dichos requisitos.

[1003] Esta información hacia referencia al buró de crédito. La información financiera que provee la Cámara de Comercio de Santiago A.G. era vital para el funcionamiento de SIISA.

[1004] TDLC, causa rol C 203-10. 26 de mayo de 2010. Pronunciada por los ministros señores Tomás Menchaca Olivares, Andrea Butelmann Peisajoff, Radoslav Depolo Razmilic, Julio Peña Torres y Joaquín Morales Godoy.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

La medida es inequívocamente innovativa al ordenar a la Cámara de Comercio mantener bajo las mismas condiciones el contrato vigente con SIISA. Es una orden que coincide casi en su totalidad con lo que la FNE solicitaría posteriormente en el fondo de su demanda. Es importante destacar, también, que el plazo por el cual se concedió la medida cautelar fue un tanto breve: veinticinco días. De todos modos entiendo que la medida podía renovarse una vez que fuera notificada al afectado, en este caso, a la Cámara de Comercio de Santiago.

9.58. En otro proceso tramitado ante el TDLC la sociedad Transportes Delfos Limitada solicitó una medida cautelar en contra de SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A., a efectos de impedir que se implementara, en los hechos, el programa de "Vía controlada" que animaba a los usuarios del terminal aéreo solo a utilizar taxis oficiales en desmedro de los demás transportes que el propio terminal ofrecía. El TDLC señaló en su resolución:

> A fojas 88: a lo principal y primer otrosí, atendido lo dispuesto en el artículo 25º del Decreto Ley Nº 211, y que, a juicio de este Tribunal, la medida cautelar solicitada es necesaria para impedir los eventuales efectos negativos de dicha conducta y para resguardar el interés común, se hace lugar a lo solicitado y se concede, con citación, la medida cautelar consistente en prohibir a SCL Terminal Aéreo de Santiago S.A. la implementación en los hechos del denominado proyecto "Vía Controlada"; y, al segundo otrosí, atendido que los documentos en cuestión no contienen fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, no ha lugar a las solicitudes de confidencialidad. Ténganse por acompañados los documentos, con citación.[1005]

Una vez más la medida es innovativa: impedir la implementación del proyecto Vía controlada por parte del Terminal Aéreo de Santiago, de tal forma de reconocer que durante la sustanciación del proceso judicial no se iba a llevar adelante la medida de favorecer la utilización de taxis por parte de los usuarios del terminal de aéreo de Santiago. Lo interesante de esta medida, en todo caso, fue que la misma se otorgó *con citación*. Si bien la providencia cautelar ha sido acogida favorablemente por el TDLC, no puede llevarse a efectos mientras no se notifique la resolución al demandado y transcurran tres días sin oposición de este último. La sociedad SCL hizo uso de la

[1005] TDLC, causa rol C 283-14. 3 de septiembre de 2014. Pronunciada por los Ministros señores Tomás Menchaca Olivares, Enrique Vergara Vial, María de la Luz Domper Rodríguez y Eduardo Saavedra Parra.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

citación e impugnó la resolución del TDLC. Este resolvió el incidente casi un mes después de la petición en los siguientes términos:

> Se resuelven derechamente las oposiciones de fojas 74, 221 y 307 y del primer otrosí de fojas 327: atendidos los antecedentes expuestos por las partes, se acogen las oposiciones presentadas y, en consecuencia, se deja sin efecto la medida cautelar solicitada por Transportes Delfos Limitada a fojas 1, y decretada, con citación, a fojas 9. Lo anterior, toda vez que, a juicio de este Tribunal, la misma no es necesaria para impedir los eventuales efectos negativos de las conductas sometidas al conocimiento del Tribunal durante la tramitación del proceso, ni para resguardar el interés común en materia de libre competencia, como dispone el artículo 25º del Decreto Ley Nº 211". [1006]

Es decir, el TDLC casi un mes después de haber concedido la medida y con el cambio de uno solo de sus integrantes, vuele sobre sus pasos y concluye que la providencia no es necesaria. En verdad, ninguna de las dos resoluciones, ni la que concedió la medida, ni la que la rechazó, son muy claras en sus fundamentos. No se logra captar bien por qué la medida no es necesaria ahora para impedir los eventuales efectos negativos de las conductas sometidas al conocimiento del tribunal durante la tramitación del proceso, ni para resguardar el interés común en materia de libre competencia, y antes sí lo fue.

9.59. En el proceso rol C Nº 256-13 la sociedad Ramírez y Compañía Limitada, demandó al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones por haber diseñado bases de licitación para el mercado de la instalación y operación de plantas de revisión técnica que, en conjunto con el llamado a licitación, establecerían condiciones que a su juicio impedían, restringían y entorpecían la libre competencia. Junto con su demanda el actor solicitó que se decretara como medida cautelar la suspensión del llamado a licitación para otorgar las respectivas concesiones. El TDLC rechazó la concesión de la medida de suspensión por estimar que los antecedentes acompañados no constituían una presunción grave que justificara la medida cautelar. Pese a lo anterior el tribunal añadió lo siguiente:

> Que [...] este Tribunal puede, de oficio, decretar otras medidas cautelares menos gravosas, cuando estas "sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y resguardar el interés común" y le permitan cumplir, de ese modo, con su función de prevenir atentados a la libre competencia, establecida en los artículos 3 y 5 del Decreto Ley Nº 211;
>
> Que es en ese contexto en el que debe entenderse la imputación de la demandante en orden a que las bases de licitación generarían un riesgo de colusión, toda vez que el punto 2.2.5.5 de las mismas obliga a que cada proponente presente, a más tardar dos días hábiles administrativos antes de la entrega de las ofertas técnicas y económicas, una boleta de garantía en la que se señale la región a la que corresponde la licitación, la concesión específica a la que se postula y el nombre del proponente, de modo que con anterioridad a la entrega de las propuestas, el Ministerio ya sabrá perfectamente quiénes postularán a cada concesión, generándose el riesgo de que esa información pueda ser de conocimiento de los oferentes antes de presentar sus ofertas;
>
> Que, al respecto, la literatura ha señalado que si los postulantes a una licitación conocen con antelación la identidad de los demás postulantes o de los precios que estos ofertarán, esa información aumentará los riesgos de colusión pues facilitará la detección de posibles desviaciones al acuerdo (véase en este sentido el documento denominado *Collusion and Corruption in Public Procurement* publicado el año 2010 por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico);
>
> Que, por su parte, el MTT señaló como justificación a este punto que "el análisis de las boletas requiere de un estudio pormenorizado de sus requisitos, lo que a juicio de este Ministerio no puede hacerse con la rigurosidad que se requiere en el acto de apertura";
>
> Que, sin embargo, a juicio de este Tribunal, dicha razón no es suficiente para justificar la entrega anticipada de las boletas de garantía, toda vez que basta para evitar el riesgo de colusión antes señalado que las boletas de garantía sean presentadas conjuntamente con las ofertas técnicas y económicas, sin que sea necesario que su análisis se haga en el acto de apertura;
>
> *Que, en consecuencia, una debida ponderación de los intereses en juego cede en favor de decretar la medida cautelar que se indicará en lo resolutivo de esta resolución, pues de ese modo se estará precaviendo eventuales riesgos de colusión, sin afectar significativamente los tiempos de la licitación;*
>
> Que, por último, es necesario reiterar que esta medida cautelar se fundamenta en que, como se ha dicho, la obligación para los postulantes establecida en el punto 2.2.5.5 de las bases de la licitación constituye un elemento facilitador de un eventual acuerdo que podría existir entre los postulantes, ya que favorece el monitoreo de un cartel, circunstancia que, sin embargo, no implica prejuzgamiento alguno por parte de este Tribunal respecto de la eventual imputabilidad y reproche que pudiese significar la inclusión de dicha cláusula en las citadas Bases de Licitación".

Sobre la base de los considerandos el TDLC resolvió: "Decretar como medida cautelar, *con citación*, la de ordenar al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que *modifique las bases de licitación* del proceso para otorgar concesiones para operar establecimientos que practiquen revisiones técnicas de vehículos en las regiones V y Metropolitana, decretada a través de sus resoluciones Nº 251 de 27 de noviembre de 2012, Nº 83 de 10 de abril de 2013, Nº 272 de 10 de diciembre de 2013, Nº 88 de 18 de abril de 2013 y Nº 41 de 5 de febrero de 2013, estableciendo que las boletas de garantía de seriedad de la oferta que acompañen los proponentes *deberán ser*

[1006] TDLC, causa rol C 283-14. 14 de octubre de 2014. Pronunciada por los ministros señores Tomás Menchaca Olivares, Enrique Vergara Vial, Eduardo Saavedra Parra y Javier Tapia Canales.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

presentadas simultáneamente con las ofertas técnicas y económicas, y no con antelación a estas".[1007]

9.60. Es importante destacar algunos aspectos de la resolución anterior. En cuanto al fondo de la medida cautelar el tribunal ordena que el Ministerio de Transporte modifique las bases de la licitación, de tal manera de no incentivar la aparición de prácticas colusorias entre los interesados. Nótese que esta medida es menos invasiva y menos dañina –tanto para el afectado como para terceros– que la solicitada por el actor: paralizar provisionalmente toda la licitación. Indudablemente la modificación de las bases en esta sede es una medida innovativa en cuanto obliga al referido ministerio a alterar las originalmente aprobadas. En este punto pienso que el TDLC se equivocó en la forma como justificó la concesión de la medida cautelar. No porque la modificación no hubiere sido necesaria u oportuna para resguardar mejor el proceso de libre competencia, sobre lo que en verdad no tengo mayor conocimiento como para poder establecer lo correcto o incorrecto de la determinación, sino porque el TDLC rechazó la solicitud de paralizar el proceso de licitación teniendo presente que *"los antecedentes acompañados por la solicitante no constituían presunción grave que justificara suspender los llamados a licitación"* (c. 2º). Es evidente que si los antecedentes adjuntados no constituyen una

[1007] TDLC, causa rol C 256-13, 31 de julio de 2013. Pronunciada por los ministros señores Tomás Menchaca Olivares, Andrea Butelmann Peisajoff, Radoslav Depolo Razmilic, Enrique Vergara Vial y María de la Luz Domper Rodríguez. La resolución anterior fue acordada con el voto en contra de los ministros Menchaca y Domper, quienes estuvieron por no decretar, de oficio, la medida cautelar por las siguientes consideraciones: 1) Que, si bien comparten la opinión de que, en general, es una mejor técnica en la preparación de bases de licitación establecer que las boletas de garantía se entregarán conjuntamente con las ofertas, para disminuir los riesgos a que se refiere la decisión de mayoría, estiman que el mero hecho de que dichas boletas deban ser entregadas con dos días de antelación no tiene la entidad suficiente para justificar que se decrete –de oficio– una precautoria de la importancia de esta, que ordena modificar las bases de licitación, esto es, modificar un acto o contrato, que es una de las sanciones establecidas en el artículo 26 del DL 211; 2) Que a juicio de los disidentes no existen a la fecha en autos antecedentes graves –ni de ningún tipo– que permitan suponer que el número y procedencia de las referidas boletas de garantía podrán ser conocidas por el resto de los proponentes, que es lo único que podría crear el riesgo detectado por la decisión de mayoría; 3) Que el juicio de autos es un asunto contencioso y no una consulta en la que este Tribunal deba analizar o recomendar el mejor diseño posible de bases de licitación; sólo debe constatar a su respecto si las bases constituyen un hecho, acto o convención que tiene por objeto impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tiende a producir dichos efectos; es decir, si constituyen un ilícito que deba ser sancionado en esta sede.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

presunción grave no puede concederse ninguna medida cautelar. Ni de oficio, ni a petición de parte. El requisito que habilita la concesión de una providencia de este tipo está dado por los referidos antedentes que deben generar una presunción grave en el tribunal. Otra cosa es que existiendo estos antecedentes y constituyendo ellos una presunción grave se estime por el tribunal que la medida requerida no es la más idónea y, entonces, decida actuar de oficio y otorgar una menos gravosa. El TDLC no puede, por un lado, desechar la medida *porque no hay antecedentes que justifiquen su concesión* y, por el otro, *otorgarla de oficio*. Es una contradicción lógica. Puede decir que los antecedentes sí alcanzan el estándar exigido por el legislador en cuanto a la gravedad de la presunción, pero que la medida solicitada no es la adecuada y, entonces, actuar de oficio. Creo que esta fue la idea que expresaron los ministros disidentes en su voto de minoría y es la forma como se regulan las medidas cautelares en el proyecto de Código Procesal Civil (art. 173 inc. 2º).

9.61. Finalmente, no logro comprender por qué el TDLC otorga de oficio la medida y la tramita con citación. Una vez que se convenció oficiosamente de la necesidad de otorgar la medida, qué podría alegar el afectado que no hubiere ya expuesto con anterioridad. En el aludido fallo se dice expresamente que "el MTT señaló como justificación a este punto que 'el análisis de las boletas requiere de un estudio pormenorizado de sus requisitos, lo que a juicio de este Ministerio no puede hacerse con la rigurosidad que se requiere en el acto de apertura'". No se divisa ninguna justificación para seguir con la discusión una vez que el tribunal hace uso de sus facultades oficiosas. Por esta razón he manifestado que no es bueno que esto suceda. De *lege ferenda* sería conveniente eliminar la posibilidad que los tribunales otorguen de oficio medidas cautelares. En cierto sentido pasan a ser la contraparte del afectado. No se olvide que si este se opone en el plazo de la citación se va a generar un incidente que el propio TDLC debe resolver. ¿Juez y parte?

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

CAPÍTULO DÉCIMO

LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES EN EL PROCESO PENAL

1. Código Procesal Penal

1.1. *Planteamiento*

10.1. El Código Procesal Penal en el título VI de su libro I, bajo la denominación de *Medidas Cautelares Reales*, consagró los artículos 157 y 158 para regular esta materia. La primera de las disposiciones mencionadas lo que hace es remitirse a los conocidos títulos IV y V del libro II del CPC. La segunda, por su parte, se refiere a la procedencia del recurso de apelación en contra de las resoluciones que dieren lugar o negaren alguna de las medidas previstas en el título VI del CPP.

> La regulación del CPP, como se comprenderá, es muy pobre. Esto obliga a realizar algún esfuerzo adicional para comprender bien de que hablamos cuando nos referimos a las medidas cautelares reales.
>
> El art. 157 dispone: "Durante la etapa de investigación, el ministerio público o la víctima podrán solicitar por escrito al juez de garantía que decrete respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. En estos casos, las solicitudes respectivas se substanciarán y regirán de acuerdo a lo previsto en el Título IV del mismo Libro. Con todo, concedida la medida, el plazo para presentar la demanda se extenderá hasta la oportunidad prevista en el artículo 60.
>
> Del mismo modo, al deducir la demanda civil, la víctima podrá solicitar que se decrete una o más de dichas medidas".

10.2. Lo primero que abordaremos en nuestro estudio será determinar qué medidas pueden solicitarse bajo la regulación procesal penal. Como hemos visto el art. 157 señala que se pueden pedir una o más de las medidas precautorias *autorizadas* en el título V

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

del libro II del CPC. Nosotros ya sabemos cuáles son esas medidas. El art. 290 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:

1º El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda.
2º El nombramiento de uno o más interventores.
3º La retención de bienes determinados.
4º La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados".

No hay duda, en consecuencia, que al amparo de la normativa procesal penal el ministerio público y la víctima pueden solicitar como medidas cautelares reales el secuestro de la cosa que es objeto de la demanda, el nombramiento de uno o más interventores, la retención de bienes determinados y la prohibición de celebrar actos y contratos. Ellas constituyen la piedra angular sobre la cual se ha construido el edificio de las medidas cautelares en Chile, según lo hemos explicado latamente en este libro.

No es tan clara la situación, sin embargo, de otras medidas precautorias que también se prevén en el título V, del libro II, del CPC, como son las medidas indeterminadas de creación jurisprudencial de conformidad con lo establecido en el art. 298 del CPC, que permiten al tribunal –según lo hemos visto– adoptar cualquier otra medida que sea idónea para garantizar el resultado de la acción. Si bien el asunto es discutible, ya que no hay duda de que estas medidas también se encuentran *autorizadas* en el mencionado título V, la naturaleza del proceso penal parece sólo conformarse con medidas expresamente previstas por el legislador y no con aquellas que quedan abiertas a la imaginación de las partes y a la discrecionalidad judicial (art. 5 inc. 2º NCPP).[1008]

[1008] La discusión parlamentaria nada aclara sobre este particular. Lo único relevante en esta materia fue el cambio de la expresión *previstas* en el título V, por *autorizadas* en dicho título. Pero no se indica si el legislador estaba pensando sólo en las medidas enumeradas en el art. 290 del CPC o si, también tenía en mente las medidas indeterminadas del art. 298. *Vid.* al respecto MATURANA, Cristián (coordinador) con VVAA, *Reforma procesal penal (génesis, historia sistematizada y concordancias)*, t. I, Santiago, 2003, pp. 767-771. En el derecho español, Arangüena observa que "el juez, a la hora de decretar la tutela cautelar real, no puede disponer más medidas que aquellas legalmente previstas en el caso concreto, como por el contrario sí sucede en el ámbito del proceso civil: piénsese en la medidas cautelares indeterminadas o innominadas del art. 1428 Lec". *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Barcelona, 1991, p. 21.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

1.2. *Finalidad*

10.3. La finalidad de toda medida cautelar es asegurar la efectividad de la sentencia que en su momento se dicte. En este sentido, las cautelares reales tienen por misión asegurar un conjunto de bienes en los cuales posteriormente se hará efectiva la responsabilidad pecuniaria que se derive del delito. Esta responsabilidad, según se desprende del art. 48 del Código Penal, puede tener una naturaleza meramente civil (en aquellos casos en que el delito ha producido en la víctima daños patrimoniales o morales, y la pretensión civil se ha ejercido en el respectivo proceso criminal), o una naturaleza penal (en los casos en que el delito tiene prevista como sanción la pena de multa), sin perjuicio de que además puede surgir una responsabilidad pecuniaria por el pago de las costas y gastos ocasionados durante el proceso.[1009]

Lo anterior muestra una importante diferencia doctrinal entre estas medidas y las cautelares civiles: el interés protegido en estas últimas es siempre un interés privado (exclusivamente el del demandante), en cambio tratándose de las medidas cautelares reales si bien el interés de la víctima es muy relevante, claramente no es el único, resguardándose también un interés público en el caso de la multa, de las costas procesales y de los gastos ocasionados durante el proceso.

10.4. El CPP en el título correspondiente a las medidas cautelares reales no señala de un modo expreso qué motivos hacen procedente estas medidas.[1010] Con todo, el inc. 2º del art. 157, a propósito de la

[1009] En España la doctrina sostiene que "la existencia de las medidas cautelares reales en el proceso penal se justifica por la condena en costas, o porque el delito sea de los que llevan aparejada la pena de multa, o, por último, como consecuencia de la acumulación de la pretensión civil restitutoria o indemnizatoria a la pretensión punitiva dentro de aquel". MORENO CATENA (director) con VVAA, *El proceso penal*, v. II, Valencia, 2000, p. 1.778.

[1010] El Código de Procedimiento Penal (1906), en cambio, sí lo hacía. En efecto, en el art. 380 dentro del título dedicado al embargo y demás medidas para asegurar la responsabilidad pecuniaria del procesado y de los terceros civilmente responsables, disponía: "En la resolución que someta a proceso al inculpado, el juez ordenará de oficio que, si tiene bienes, se le embarguen los que sean suficientes para *cubrir las costas y gastos que pueda ocasionar el juicio al Estado y el máximo de la multa señalada por la ley al delito, fijando el monto hasta el cual deba calcularse el embargo*". Agregaba en los inc. 2º y 3º que "para fijar esta cantidad, el juez no tomará en cuenta las *responsabilidades civiles* provenientes del delito, sino cuando ellas cedan a favor del Fisco. Podrá también considerarlas a petición fundada de parte". Por su parte, el inc. 5º dispone que "en cualquier estado del proceso, el querellante o el actor

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

oportunidad en la cual se pueden pedir estas medidas, indica que al deducir la demanda civil la víctima podrá solicitar que se decrete una o más de dichas medidas. Es decir, indirectamente sí se prevé al menos una de las finalidades que hemos dicho cumplen estas medidas. Esta idea se reitera en el inc. 2º del art. 61 a propósito de la preparación de la demanda civil: "Asimismo, se podrá cautelar la demanda civil, solicitando alguna de las medidas previstas en el art. 157". Por tanto, no hay duda de que uno de los fines que cumplen las medidas cautelares reales es la protección de la acción civil que puede hacerse valer dentro del proceso penal, y que tiene como pretensión, según hemos avanzado, la indemnización de los daños ocasionados por el ilícito a la víctima. Queda por establecer, en consecuencia, si a través de estas medidas también se puede cautelar el pago de la multa, de las costas y de los gastos ocasionados en el respectivo proceso. La duda no es baladí, por de pronto la cuantía de la medida y lo que en cada caso deberá acreditarse para su eventual concesión están en estricta armonía con la interrogante planteada. Al respecto, creo que la referencia explícita que realiza el CPP a la demanda civil pone de manifiesto sólo una cosa: para el legislador la responsabilidad civil es la que tiene mayor relevancia dentro de las posibles responsabilidades pecuniarias a las que puede ser condenado el imputado. Con esto se ha plasmado lo que sin duda constituye una preocupación importante del CPP, a saber, resguardar debidamente los derechos de la víctima a quien se le reconoce expresamente el derecho de ejercer contra el imputado las acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible (art. 109 letra c). Pero lo anterior no es indicativo de que las otras responsabilidades pecuniarias, por las que también puede responder el condenado, queden al margen de la protección que brindan estas medidas. Por de pronto, ellas se contemplan expresamente en el aludido art. 48 del Código Penal, y en verdad, no se divisa razón para excluirlas de este resguardo.

En este sentido, el art. 45 del CPP dispone que toda resolución que pusiere término a la causa o decidiere un incidente deberá pronunciarse sobre el pago de las costas del procedimiento. Estas comprenden, de acuerdo con el art. 46 del citado Código, tanto las procesales como las personales.[1011] Por su parte, el art. 139 del

civil podrían pedir el embargo de bienes del procesado o del tercero civilmente responsable para el aseguramiento de todas las *responsabilidades civiles provenientes del delito* [...]". (El destacado es nuestro).

[1011] Asimismo, el art. 47 del Código Penal dispone que "en todos los casos en que se imponga el pago de costas se entenderá comprender tanto las procesales como

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

CPC (expresamente aplicable de conformidad con lo dispuesto en el art. 52 del CPP) nos indica en el inc. 2º que las procesales "son las causadas en la formación del proceso y que corresponden a servicios estimados en los aranceles judiciales". En todo caso, el art. 140 del CPC dispone que el tribunal solo tasará las costas procesales útiles, "eliminándose las que correspondan a diligencias o actuaciones innecesarias a no autorizadas por la ley [...]".

El inc. 1º del art. 47 del CPP, por su parte, añade que las costas serán de cargo del condenado, regla que es reiterada por el Código Penal en el art. 24: "Toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligación de pagar las costas, daños y perjuicios por parte de los autores, cómplices, encubridores y demás personas legalmente responsables". Con todo, el tribunal por razones fundadas puede eximir total o parcialmente al condenado del pago de estas (inc. 3º art. 47 del NCPP).

En lo que dice relación con la multa, el art. 21 del Código Penal la regula como una pena común a crímenes, simples delitos y faltas. De conformidad con el art. 25 del citado Código, la cuantía de la multa tratándose de crímenes no puede exceder de 30 unidades tributarias mensuales; en los simples delitos de 20, y en las faltas de 4.[1012] Ahora bien, si el condenado no tuviere bienes para satisfacer esta sanción, podrá el tribunal imponer, por vía de sustitución, la pena prestación de servicios en beneficio de la comunidad (art. 49 bis del CP).

Si los bienes del condenado no fueren suficientes para el pago de estas responsabilidades pecuniarias, el art. 48 del Código Penal establece un orden de prelación para su pago:

1º Las costas procesales y personales;
2º El resarcimiento de los gastos ocasionados por el juicio;
3º La reparación del daño causado e indemnización de perjuicios;
4º La multa.

En caso de un procedimiento concursal, estos créditos se graduarán, considerándose como uno solo, entre los que no gozan de preferencia".

las personales y además los gastos ocasionados por el juicio y que no se incluyen en las costas. Estos gastos se fijaran por el tribunal, previa audiencia de las partes".

[1012] Según dispone el inc. 6º del art. 25 del Código Penal, la expresión "unidad tributaria mensual" en cualquier disposición del Código Penal, del de Procedimiento Penal y demás leyes penales especiales, significa una unidad tributaria mensual vigente a la fecha de la comisión del delito, y tratándose de multas, ellas se deberán pagar en pesos, en el valor equivalente que tenga la unidad tributaria mensual al momento de su pago".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

Como se aprecia, en el orden de prelación el legislador penal da cierta preferencia al pago de los intereses públicos por sobre los intereses privados, aun cuando sitúa en último lugar el pago de la multa.

En definitiva, si bien hubiere sido preferible que la normativa penal hubiese previsto expresamente las razones que justifican este tipo de medidas, creo que no hay mayor dificultad para concluir que son las mismas razones que se señalan por la doctrina y que se contemplaban en el Código de Procedimientos Penales de 1906, esto es, la protección de la pretensión civil, y el pago de las costas, gatos y multas del proceso penal.

Despejado lo anterior, en las páginas siguientes nos concentraremos en el estudio de las medidas cautelares reales en vista de asegurar un conjunto de bienes para hacer efectiva la *responsabilidad civil* que emana del delito y, en concreto, para materializar la indemnización de los daños y perjuicios que el ilícito pueda producir.

1.3. *Legitimación activa y pasiva*

10.5. El art. 157 del CPP dispone, en lo que ahora importa, que durante "la etapa de investigación, el *ministerio público* o *la víctima* podrán solicitar por escrito al juez de garantía que decrete respecto del *imputado*, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil". (Énfasis añadido).

1.3.1. Legitimación activa

10.6. En relación con la legitimación activa aparece que tanto el Ministerio Público como la víctima pueden pedir una o más de las medidas cautelares reales autorizadas en nuestra legislación. El Ministerio Público debe solicitar estas medidas para resguardar el pago de las costas, gastos y multas del proceso penal. La víctima, en cambio, primordialmente, para asegurar el pago de las reparaciones pecuniarias que el delito hubiere producido.

El artículo 108 del CPP nos aclara qué debemos entender por víctima. Allí se indica que "para los efectos de este Código, se considerará víctima al ofendido por el delito". Por tanto debemos entender que es el *ofendido directamente por el delito*, sea persona física o persona jurídica, quien se encuentra legitimado activamente para

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

pedir las medidas cautelares reales en el procedimiento penal.[1013] Normalmente es este sujeto quien ha sufrido un daño moral o patrimonial a consecuencia de la acción u omisión delictiva. Las personas afectadas indirectamente por el delito, por ejemplo, los que reclamen el denominado daño reflejo o por repercusión no pueden demandar esta reparación en el proceso penal ni pueden, por tanto, pedir medidas cautelares reales Ahora bien, el propio art. 108 agrega que en los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que este no pudiere ejercer los derechos que el CPP le otorga, "se considerará víctima: a) al cónyuge y a los hijos; b) a los ascendientes; c) al conviviente; d) a los hermanos, y e) al adoptado y al adoptante". Agrega el párrafo final de la disposición en comento que para los efectos de su intervención en el procedimiento "la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes". Si, por ejemplo, estamos frente al delito de homicidio (artículos 390 y ss. del CP) quienes pueden demandar en sede penal en su carácter de víctimas la reparación de los daños que a ellos directamente se les ha ocasionado, y pedir, por tanto, las respectivas medidas cautelares reales a fin de garantizar el pago de dichos daños, son el cónyuge y los hijos y a falta de todos ellos, los ascendientes del occiso y a falta de ellos sucesivamente las personas que la disposición enumera de acuerdo con el orden de prelación allí establecido. De allí que el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, frente a la reclamación del daño moral realizada por la hija de la víctima (homicidio simple), resolvió que ella tenía legitimación para tal reclamación, mas no sus hijos –los nietos del difunto–: "Que habiéndose acreditado con la prueba antes reseñada que la querellante, quien se encuentra legitimada para deducir esta acción civil de conformidad con lo que dispone el artículo 108 del Código Procesal Penal, sufrió y sufre actualmente un gran do-

[1013] De allí, por ejemplo, que dentro del libro I título I, principios básicos, se señale que el fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la *reparación del daño causado a la víctima*. Lo cual, según el CPP, no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponderle a la *víctima* (artículo 6). Por la misma razón, entre los deberes que tienen los fiscales para con las *víctimas*, se encuentra la obligación de informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles. (Artículo 78 letra c) del NCPP).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

lor y aflicción por la pérdida de su padre, y por el dolor que han experimentado sus hijos menores, este tribunal acoge la demanda civil interpuesta, sólo a su favor, toda vez que por mandato expreso de la norma legal antes citada, sus hijos y nietos del occiso, no son sujetos titulares de esta acción [...]". En este caso, por ejemplo, la única que pudo solicitar una o más medidas cautelares fue la hija del difunto.[1014]

1.3.2. Legitimación pasiva

10.7. En lo que dice relación con la legitimación pasiva estas medidas se decretan respecto del imputado. Así lo señala expresamente el art. 157 del CPP. Si bien en las disposiciones que el Código dedica exclusivamente al imputado (artículos 93 al 101) no encontramos una definición de este sujeto procesal, sí podemos extraer una enunciación del mismo del artículo 7 del CPP, entendiendo por tal a la *persona natural* en contra de quien se dirige cualquier diligencia o gestión (sea de investigación, cautelar o de otra especie) realizada ante un tribunal con competencia en lo criminal, por el ministerio público o por la policía, y a la cual se le atribuye la participación en un hecho punible. El imputado necesariamente, por tanto, será una persona natural (art. 58 del CPP).

El hecho de que las medidas cautelares reales solo puedan pedirse en contra de los bienes del imputado es de toda lógica. Como se sabe, de acuerdo con la normativa procesal penal no puede entablarse en el procedimiento penal la acción civil en contra de una persona distinta del imputado, primordialmente no puede demandarse en esta sede al llamado tercero civilmente responsable, quien sólo puede ser enjuiciado en el respectivo proceso civil ante el juez civil competente (art. 59 inc. 3º). Seré en el respectivo proceso civil donde se deben pedir las medidas precautorias en contra de estos sujetos.

1.4. *Presupuestos*

10.8. Como sabemos, la aplicación de las medidas cautelares requiere la concurrencia de dos presupuestos normativos: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. A ellos la doctrina agrega, tratándose de las medidas cautelares civiles, la caución o contracautela que debe constituir el solicitante de la respectiva medida.

[1014] LexisNexis, Nº 30269, considerando vigésimo cuarto. Véase también Revista Chilena de Derecho Privado Nº 3, diciembre (2004), pp. 155-159 con comentario del aludido fallo de Alejandra Aguad D. y Carlos Pizarro W.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

1.4.1. Fumus

10.9. El Código de Procedimiento Penal de 1906 exigía para conceder una medida cautelar real algún elemento de imputabilidad en contra del sujeto pasivo de la medida. Este elemento, por regla general, se encontraba configurado por la existencia de presunciones fundadas de participación (art. 380 C de PP-1906) y, excepcionalmente, por la existencia en contra del inculpado de fundadas sospechas de participación en un hecho que presente caracteres de delito (art. 381 del C de PP-1906). En uno y otro evento, el referido Código requería de algún elemento que mostrara la posible participación de un sujeto en la comisión de un delito.

Nada de lo anterior ocurre en la actual normativa. El CPP efectuó una remisión general a las medidas prejudiciales reguladas en el CPC (art. 157 del CPP). Surge, por tanto, la interrogante de saber cómo se configura el *fumus* bajo la actual regulación. En este punto no debemos olvidar que la acción civil que nace del daño ocasionado por el delito y que se hace valer en sede penal, no deja de ser una acción civil *stricto sensu*. Ella no pierde su carácter eventual y de protección de un interés esencialmente privado. Lo anterior, incluso, se ha visto potenciado por el CPP que sólo permite, como hemos avanzado, el ejercicio de la acción civil en sede penal cuando la presenta la víctima en contra del imputado. Las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado –nos indica el inc. 3º del art. 59 del CPP–, "deberán plantearse ante el tribunal civil que fuere competente de acuerdo a las reglas generales".

Tratándose, por ejemplo, del derecho español si bien la doctrina exige como *fumus* para decretar una medida cautelar real que existan *indicios de criminalidad*, ello se debe a la existencia de una norma que expresamente así lo exige. En efecto, el art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecr) dispone que "cuando en el sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan de-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

clararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades sino prestare fianza".

En este sentido, ARANGÜENA señala que "vemos que el *fumus boni iuris* que justifica la adopción de una medida de este tipo se identifica con la expresión 'indicios de criminalidad' que se emplea en el art. 589 Lecr".[1015] CORTÉS, aun cuando no reconoce carácter cautelar a estas medidas y prefiere denominarlas medidas de seguridad, observa en relación con los presupuestos para adoptar estas medidas que "tienen que existir indicios racionales de criminalidad contra una determinada persona. Requisito este que viene a ser en el proceso penal lo que en el proceso cautelar civil es el requisito de la apariencia de derecho".[1016] Con todo, evidenciando el problema que para la doctrina española significa el artículo recién transcrito, FONT SERRA observa que "por lógica, el primer presupuesto para la adopción de medidas cautelares patrimoniales frente al imputado debería ser que resultaren indicios de responsabilidad patrimonial. Sin embargo, el art. 589 de la Lecr. requiere, al igual que el art. 384 para dictar [el] auto de procesamiento, que resulten indicios de criminalidad".[1017] De ahí que una parte de la doctrina observe que este *fumus* sólo permite adoptar medidas cautelares reales para asegurar las costas procesales y no para asegurar las responsabilidades civiles del inculpado. Para este último evento exigen que el delito sea de aquellos que por su naturaleza y grado de ejecución sea capaz de producir tales responsabilidades civiles,[1018] o que exista un derecho aparente a ser indemnizado.[1019]

Tratándose de la legislación chilena, en cambio, el art. 157 expresa que en los casos en que se solicite una o más de las medidas precautorias reguladas en el título V, del libro II del CPC, dichas solicitudes se *substanciarán y regirán de acuerdo a lo previsto en el Título IV del mismo Libro.* Por tanto, para que el tribunal pueda ordenar una medida cautelar real debemos acreditar el *fumus* propio de las medidas prejudiciales precautorias, según la regulación que se contempla en el mencionado título IV del libro II del CPC.

[1015] ARANGÜENA, *Teoría general...*, ob. cit., p. 26; en el mismo sentido *vid.* ORTELLS, *El embargo preventivo*, 2ª ed., Granada, 1998, p. 58.

[1016] CORTÉS, *Derecho Procesal Penal*, con Gimeno y Moreno Catena, 3ª ed., Madrid, 1999, p. 552.

[1017] FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid, 1991, p. 64.

[1018] MORENO CATENA (director) con VVAA, *El proceso penal*, ob. cit., p. 1.785.

[1019] FONT SERRA, *La acción civil...*, ob. cit. p. 65.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En este sentido, el art. 287 del CPC señala que el solicitante de la medida debe indicar la acción que se propone deducir y *someramente sus fundamentos.* Requisito que debe vincularse con el elemento característico de la responsabilidad civil extracontractual, esto es, con el daño producido en la víctima; de allí que el solicitante debe señalar que la pretensión que oportunamente deducirá es la de indemnización de daños y perjuicios; que *prima facie* el delito es de aquellos que generan precisamente una obligación de indemnizar daños; y que los hechos que fundamentan su pretensión civil son los mismos que han generado el respectivo proceso penal. Adicionalmente, el solicitante debe acreditar los requisitos generales que se exigen para conceder una medida precautoria, esto es, acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho reclamado (art. 298 del CPC). La doctrina y la jurisprudencia nacional son contestes en exigir este elemento tratándose de las prejudiciales precautorias civiles.[1020] En relación con la forma en que se debe acreditar frente al tribunal la presunción grave del derecho reclamado, ya sabemos que se admite cualquier medio de prueba y no solo la prueba documental.[1021] Lo anterior es de toda lógica si pensamos que tratándose de la responsabilidad civil extracontractual normalmente no existirá un documento previo en el cual se fundamente la acción.

En definitiva el *fumus* queda establecido por los requisitos previstos en los arts. 287 y 298 del CPC, aun cuando este último no se encuentre dentro del título de las medidas prejudiciales.

1.4.2. *Periculum*

10.10. En relación con el segundo elemento normativo, esto es, con el *periculum in mora,* en el proceso civil este se configura, como sabemos, por el peligro de que durante la tramitación del procedimiento se verifique un evento que limite o restrinja el patrimonio del demandado, en términos de hacer ilusoria la ejecución de la posible sentencia que en su día se dicte (peligro de infructuosidad). Esta configuración doctrinal también fue recogida en el C de PP-1906 en el art. 381, al exigir para la procedencia de los embargos, junto con las fundadas

[1020] Ver Gaceta, Nº 59 (1985), p. 12. RDJ, t. LXXXVI (1989), segunda parte, sec. 2ª, p. 19. Gaceta, Nº 53 (1984), pp. 56 y 57; Gaceta, Nº 57 (1985), p. 90 y RDJ, t. XXVIII, (1931), segunda parte, sec. 1ª, p. 630.

[1021] ROJAS, *Las medidas precautorias*, Concepción, 1965, pp. 83 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

sospechas de participación *(fumus)*, casos graves y urgentes, o que sea de temer que el inculpado o el responsable civil oculten sus bienes o se desprendan de ellos, o que la persona a la cual se deba aplicar la medida no sea de conocida solvencia. Eran todas situaciones, como vemos, que mostraban un especial peligro de no poder realizar en términos efectivos la responsabilidad del sujeto demandado.

Tratándose del CPP ya sabemos que él se remite a la reglamentación de las medidas prejudiciales contenidas en el CPC, por tanto es allí donde debemos buscar este elemento. Sobre este particular se recordará que el artículo 279 señala que "Podrán solicitarse como medidas prejudiciales las precautorias de que trata el título V de este libro, existiendo para ello motivos graves y calificados, y concurriendo las circunstancias siguientes: 1ª Que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer las medidas precautorias; y 2ª Que se rinda fianza u otra garantía suficiente, a juicio del tribunal, para responder por los perjuicios que se originen y multas que se impongan.[1022] Por tanto, el *periculum* de las cautelares reales se encuentra configurado por la existencia de motivos graves y calificados, esto es, de situaciones en las cuales puede presumirse que la demora en conceder la medida se traducirá en serios perjuicios para la víctima, de allí la necesidad de que el tribunal las conceda de inmediato. Son situaciones en las que la conducta del imputado hace presumir que de no adoptarse por el juez de garantía alguna medida urgente, será muy difícil posteriormente asegurar el cumplimiento de la pretensión que en su momento intente la víctima porque, por ejemplo, se destruirán las cosas robadas o hurtadas y que serán reclamadas mediante la acción restitutoria.

El mismo art. 279 establece en su numeral primero un requisito adicional que debe cumplir el ministerio público y la víctima cuando soliciten de la medida cautelar real: determinar el monto de los bienes sobre los cuales recaerá la medida. Ya hemos explicado que tratándose de una responsabilidad patrimonial, como lo es la que ahora tratamos, esta exigencia es de toda lógica. Es muy similar a lo que vimos en materia laboral con la adición que la Ley Nº 20.260 hizo al art. 444 inc. 2º del Código del Trabajo: "Con todo, las medidas cautelares que el juez decrete deberán ser proporcionales a la cuantía del juicio". Ambas disposiciones no son sino concreción del principio de proporcionalidad que debe guiar la conducta del tribunal cuando se enfrenta a una solicitud de este tipo, evitando, de este modo, que se concedan medidas abusivas que busquen gravar todo el patrimonio del demandado.

[1022] Estos requisitos deben concurrir todos conjuntamente. Así, la Corte Suprema ha señalado que la ley, al reglamentar la concesión de medidas precautorias como prejudiciales, exige diversos motivos y circunstancias, a saber: que se exprese la acción que se propone deducir el que las solicita y someramente sus fundamentos; que se determine el monto de los bienes sobre que deben recaer; que se rinda fianza u otra garantía suficiente a juicio del Tribunal, y que existan motivos graves y calificados". RDJ, t. XXVIII, (1931), segunda parte, sec. 1ª, p. 630.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

1.4.3. Caución

10.11. Finalmente, vemos aparecer en el art. 279 del CPC el tercer elemento que la doctrina reconoce como integrante de las medidas cautelares, a saber, la caución o contracautela. Indica el mencionado artículo que el solicitante "deberá otorgar fianza u otra garantía suficiente a efectos de responder por los eventuales perjuicios que se irroguen al futuro demandado". Este elemento ha sido estudiado latamente a lo largo de esta obra, por lo que no es necesario profundizar mucho más en él ahora.

Cada vez que la víctima o el ministerio público soliciten una medida cautelar real deberán constituir la correspondiente caución. Planteo la inquietud de saber si tratándose de la víctima del delito, especialmente cuando esta tiene escasos recursos, resulta razonable condicionar la concesión de una medida cautelar real al hecho de que previamente deba constituir una fianza o una garantía suficiente. Esta situación podría significar un fuerte incentivo para demandar estos daños y perjucios en sede civil, donde, en general, no hay obligación de rendir una caución al solicitar una medida cautelar.

1.5. *Cargas procesales*

10.12. Además de los elementos que hemos visto se establecen por la ley procesal chilena para conceder una medida cautelar real, una vez que ha sido otorgada surgen importantes cargas procesales. Al respecto, dispone el inc. 1º del art. 280 del CPC: "Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá el solicitante presentar su demanda, en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta treinta días por motivos fundados". Esta norma se ve modificada por el art. 157 del NCPP que sobre el particular dispone: "Con todo, concedida la medida, el plazo para presentar la demanda se extenderá hasta la oportunidad prevista en el artículo 60".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Las cargas procesales que tiene quien solicitó y obtuvo una medida cautelar real son, por tanto, presentar la demanda dentro de la oportunidad que señala el art. 60 del CPP;[1023] y, pedir allí que se mantengan las medidas decretadas. En dicha oportunidad el juez de garantía debe tomar una decisión en los términos que regula el art. 280 del CPC.

1.6. *Oportunidad*

10.13. El art. 157 del CPP señala que *durante la etapa de investigación* podrá solicitarse por escrito una o más de las medidas precautorias previstas en el CPC. Como se aprecia, la oportunidad para pedir una medida cautelar real es bastante amplia: durante toda la etapa de investigación. Con todo, esta oportunidad, en nuestro parecer, se encuentra delimitada en su inicio por la formalización da la investigación.[1024] Veamos.

Tratándose de la solicitud del ministerio público el inc. 2º del art. 230 señala lo siguiente: "Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba *o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación*, a menos que lo hubiera realizado previamente. Exceptúanse los casos expresamente señalados por la ley".[1025] (Énfasis añadido). Queda claro, en consecuencia, que para que el ministerio público pueda demandar del juez de garantía una medida cautelar real previamente debe haber formalizado la investigación.

Por su parte, en el caso de la solicitud de la víctima el art. 157 debe armonizarse con el art. 61 del CPP. Esta última disposición prescribe en su inciso 1º: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, *con posterioridad a la formalización de la investigación* la víctima podrá

[1023] Señala dicha disposición: "La demanda civil en el procedimiento penal deberá interponerse en la oportunidad prevista en el art. 261 [...]". Por su parte, esta última disposición indica que "Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante por escrito podrá: [...] d) deducir demanda civil cuando procediere".

[1024] Como sabemos, la formalización de la investigación no es más que la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, frente al juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados (art. 229 CPP).

[1025] Los casos en lo que la ley expresamente exceptúa esta formalización no parecen cubrir el de las medidas cautelares reales. *Vid.* art. 236 del CPP en relación con el art. 9 del mismo Código.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

preparar la demanda civil solicitando la práctica de diligencias que considerare necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de su demanda, aplicándose, en tal caso, lo establecido en los artículos 183 y 184". (Énfasis añadido). Agrega de inmediato en el inc. 2º: "Asimismo, se podrá cautelar la demanda civil solicitando alguna de las medidas previstas en el art. 157". Entiendo que este *asimismo* con el cual comienza el inc. 2º del art. 61 se interpreta en relación con el inc. 1º de la siguiente manera: "Asimismo, *con posterioridad a la formalización de la investigación*".

En su inicio, por tanto, la oportunidad para pedir una medida cautelar real, sea por el fiscal, sea por la víctima, requiere necesariamente se haya decretado la formalización de la investigación. Uno tiende a pensar, incluso que lo normal sería que en la propia audiencia de formalización, una vez efectuada esta, se pidan y discutan las respectivas medidas cautelares reales (art. 232 inc. 2º CPP). Entiendo, sin embargo, que en la práctica esto no ha sido así. Ha primado el hecho de que se deben pedir por escrito.

10.14. ¿Hasta qué momento se pueden solicitar? La respuesta lógica es hasta el cierre de la investigación. Si la ley dispone que estas medidas se pueden pedir durante la *etapa de investigación*, parece razonable que el término de esta etapa marque el fin de la posibilidad de efectuar peticiones a este respecto. Con todo, el inc. 2º del art. 157 del CPP señala que al deducir la demanda civil la víctima podrá solicitar que se decrete una o más medidas cautelares reales. Y la oportunidad para presentar la demanda civil es hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral (art. 60 en relación con el art. 261 ambos del CPP). Esta última, por tanto, parece ser el instante preclusivo para pedir las medidas cautelares reales en nuestro sistema criminal.

1.7. *Tramitación*

10.15. Solicitada una medida cautelar real, en la oportunidad ya vista, surge la pregunta de cómo debe ser tramitada. Por de pronto el art. 157 del CPP exige que la presentación sea efectuada ante el juez de garantía *por escrito*, lo cual constituye, como se sabe, una excepción al principio de oralidad que informa todo el Código. En consecuencia, tanto la víctima como el ministerio público, cada vez que pidan una medida cautelar real, deberán presentar un escrito en el que indiquen la o las medidas que requieren y, adicionalmen-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

te, deberán probar cada uno de los elementos que hemos visto son necesarios para su concesión.

Una vez que el escrito ha sido presentado debemos distinguir dos situaciones para saber cómo continúa la tramitación de la medida: (i) por una parte, si el escrito ha sido presentado en la etapa de investigación; o (ii) si lo ha sido en la etapa de preparación del juicio oral al deducir la demanda civil.

1.7.1. Medida solicitada en la etapa de investigación

10.16. El CPP no contiene una reglamentación expresa de esta situación. Hay que mirar al CPC y ver si allí se puede encontrar alguna ayuda. Como se recordará dentro del título IV del libro II existe un artículo que ha sido utilizado por la jurisprudencia y la doctrina chilena para establecer la manera como se tramitan las medidas prejudiciales precautorias. El art. 289, último del título IV, señala al respecto: "Las diligencias expresadas en este título pueden decretarse sin audiencia de la persona en contra de quien se piden, salvo los casos en que expresamente se exige su intervención". Sobre este artículo existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia nacional que las medidas se conceden *inaudita parte*, esto es, sin intervención del sujeto pasivo de la misma y sin permitirle participación alguna antes de que nazca el proceso judicial. El derecho de oposición del futuro demandado queda diferido, según lo vimos, a aquel momento en que se le notifique la demanda y la medida ya concedida. En este último evento los tribunales hacen aplicable el art. 302 del CPC.

En este momento cobra relevancia el art. 61 del CPP, porque resulta didáctico para explicar la tramitación en esta etapa del proceso penal. La víctima –una vez que se hubiere formalizado la investigación– puede preparar su demanda civil solicitando una serie de diligencias que considere oportunas para esclarecer los hechos que posteriormente serán objeto de su demanda. El Código no nos indica cuáles son las diligencias que sirven para esta preparación, por lo que la víctima podrá proponer todas aquellas que estime pertinentes y útiles a la indagación y esclarecimiento de los hechos. Ahora bien, en lo que ahora importa, la víctima también puede preparar su demanda civil *solicitando algunas de las medidas cautelares reales que indica el artículo 157* (art. 61 inc. 2º).

Esta solicitud es la que se presenta por escrito, debiendo, lógicamente, indicar el peticionario qué medida requiere (secuestro, retención, intervención o prohibición) y acreditar los elementos que

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

justifican su concesión (*fumus*, *periculum* y caución). Frente a esta petición el juez de garantía debe valorar los elementos aportados y conceder la medida o rechazarla de plano, sin intervención del imputado (art. 289 del CPC). Si el juez de garantía rechaza otorgar la medida, la víctima puede apelar de esta resolución (art. 158 del CPP). Si, por el contrario, el juez accede a la solicitud y concede una o más de las cautelares requeridas, las cargas procesales que la víctima debe cumplir, entre ellas presentar su respectiva demanda, se difieren hasta la oportunidad que señala el art. 60 del CPP. Es lo que expresamente dispone el art. 157 del CPP en la parte final del inciso 1º: "Con todo, concedida la medida, el plazo para presentar la demanda se extenderá hasta la oportunidad prevista en el artículo 60". ¿Cuál es esta oportunidad? Ya lo sabemos: hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral (art. 60 en relación con el art. 261 ambos del CPP). En ese momento, por tanto, junto con la presentación de su acción civil debe pedir la renovación de las medidas cautelares. El juez, por su parte, tomará la decisión (en el sentido de renovar las medidas que ya otorgó o de alzarlas) en la audiencia de preparación del juicio oral y solo en el evento de que las partes no hubieren conciliado sus diferencias. Volveré un poco más adelante sobre este aspecto.

Ahora bien, la pregunta que debemos hacernos es si lo anterior es lo más adecuado en este ámbito. Debemos tener presente que la situación que está detrás de las prejudiciales civiles es completamente distinta a la de las cautelares reales. En el caso de las primeras, si bien son concedidas sin dar noticia al futuro demandado, el plazo que tiene el solicitante para cumplir con las cargas procesales es breve: diez días por regla general. Por tanto, el tiempo de indefensión de quien soporta la medida prejudicial es reducido y una vez que le es notificada surge en toda su plenitud el derecho de oponerse a la misma. En cambio, tratándose de las medidas cautelares reales el plazo para presentar la demanda ha sido extendido por el inc. 2º del art. 157 del CPP a un momento procesal que, incluso, puede tardar más de un año en llegar. No resulta razonable mantener una medida cautelar por tan prolongado tiempo sin que el imputado pueda manifestar su posición al respecto. Es cierto que en el CPP expresamente se contempla el recurso de apelación en contra de la resolución que concede una medida cautelar real (art. 158). El problema puede presentarse en aquellos casos en que el afectado no se entere de la medida en cuestión. Esta situación suele producirse con la anotación en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de una

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

prohibición de celebrar actos y contratos sobre un inmueble de su propiedad. De por sí las medidas cautelares son fuente de grandes molestias y perjuicios en el patrimonio del sujeto que las padece. Si a esto agregamos el efecto sorpresa que acompaña a las medidas prejudiciales, los daños pueden ser muy considerables. Y si a lo anterior le añadimos que el derecho de defensa del imputado quedará en estado latente por un periodo más o menos prolongado, la situación se torna sencillamente insoportable. El derecho de defensa y el principio de igualdad de armas se ven seriamente afectados. De *lege ferenda,* por tanto, es deseable que el legislador modifique esta forma de tramitar las cautelares reales.

1.7.2. Medida solicitada en la etapa de preparación del juicio oral al deducir la demanda civil

10.17. Ya sabemos que si en la etapa de investigación no se pide alguna de las medidas cautelares reales autorizadas por nuestra legislación, ello no significa que la oportunidad hubiere precluido. El art. 157 inc. 2º del CPP menciona que al deducir la demanda civil la víctima puede solicitar que se decreten una o más medidas cautelares reales. Esta demanda civil, como se recordará, se debe presentar hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral (art. 60 en relación con el art. 261 ambos del CPP). Pues bien, junto en el escrito de demanda se debe pedir en un otrosí la concesión de una o más medidas cautelares reales. Esta petición se notifica al acusado a más tardar diez antes de la realización de la audiencia de preparación del juicio oral (art. 262 del CPP). El acusado, hasta la víspera del inicio de esta audiencia, por escrito o al inicio de dicha audiencia, verbalmente, puede oponerse a la concesión de la o las medidas requeridas (art. 62 en relación con los arts. 263 y 268, todos del NCPP). En este evento, la solicitud de medidas cautelares reales se resuelve después que ha fracasado el llamado de conciliación, que el juez debe realizar en la audiencia de preparación del juicio oral. Señala el art. 273 del CPP:

> El juez deberá llamar al querellante y al imputado a conciliación sobre las acciones civiles que hubiere deducido el primero y proponerles bases de arreglo. Regirán a este respecto los artículos 263 y 267 del Código de Procedimiento Civil.
>
> *Si no se produjere conciliación, el juez resolverá en la misma audiencia las solicitudes de medidas cautelares reales que la víctima hubiere formulado al deducir su demanda civil.* (Énfasis añadido).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Lógicamente se entiende que si las partes llegan a un acuerdo y suscriben la conciliación en los términos previstos por el CPC, las medidas cautelares reales ya no se concederán. En principio no habría nada que resguardar, como no fuere el acuerdo mismo que se hubiere alcanzado. La resolución que adopte el juez de garantía, sea concediendo la medida, sea rechazándola, es impugnable por medio del recurso de apelación (art. 158 del CPP). No se olvide, finalmente, que si la medida hubiere sido concedida en la etapa de investigación esta es la audiencia en la que el juez debe resolver sobre su renovación o alzamiento. Aun cuando el art. 158 del CPP no se pone directamente en ninguna de estas dos hipótesis, no hay problema de entender que esta decisión del juez de garantía también es recurrible en apelación.

1.8. *Revocación de las medidas cautelares reales al cierre de la investigación*

10.18. El art. 248 del CPP señala lo siguiente: "Practicadas las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores, el fiscal declarará cerrada la investigación y podrá, dentro de los diez días siguientes: a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa; b) Formular acusación, cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiere formalizado la misma, o c) Comunicar la decisión del ministerio público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación".

La comunicación de la decisión contemplada en la letra c) precedente dejará sin efecto la formalización de la investigación, dará lugar a que el juez revoque las medidas cautelares que se hubieren decretado, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido. (Énfasis añadido).

Tenemos, por tanto, que si el fiscal hace uso de la facultad que le entrega el art. 248 letra c), esto es, no perseverar en el procedimiento, esto, *en principio,* obliga al juez de garantía a revocar las medidas cautelares reales que hubiere decretado. Lo anterior es así porque el fiscal al analizar el material de la investigación ha llegado a la conclusión que no hay antecedentes para acusar. Esto no quiere decir que la víctima no pueda perseguir en sede civil su pretensión indemnizatoria y pedir allí las medidas cautelares que estime oportunas. En este punto entra en juego el art. 68 del CPP:

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Si antes de comenzar el juicio oral, el procedimiento penal continuare de conformidad a las normas que regulan el procedimiento abreviado, *o por cualquier causa terminare o se suspendiere, sin decisión acerca de la acción civil que se hubiere deducido oportunamente,* la prescripción continuará interrumpida siempre que la víctima presentare su demanda ante el tribunal civil competente en el término de sesenta días siguientes a aquel en que, por resolución ejecutoriada, se dispusiere la suspensión o terminación del procedimiento penal.

En este caso, la demanda y la resolución que recayere en ella se notificarán por cédula y el juicio se sujetará a las reglas del procedimiento sumario. Si la demanda no fuere deducida ante el tribunal civil competente dentro del referido plazo, la prescripción continuará corriendo como si no se hubiere interrumpido.

Si en el procedimiento penal se hubieren decretado medidas destinadas a cautelar la demanda civil, estas se mantendrán vigentes por el plazo indicado en el inciso primero, tras el cual quedarán sin efecto si, solicitadas oportunamente, el tribunal civil no las mantuviere.

Si, comenzado el juicio oral, se dictare sobreseimiento de acuerdo a las prescripciones de este Código, el tribunal deberá continuar con el juicio para el solo conocimiento y fallo de la cuestión civil. (Énfasis añadido).

Entiendo que en este caso no procede la revocación de las medidas cautelares reales concedidas en la etapa de investigación, sino que el juez de garantía, quien ya no se va a pronunciar sobre su renovación, debe mantenerlas vigentes hasta que la víctima presente su demanda ante el tribunal civil competente en el término de sesenta días, contados desde que quedó ejecutoriada la resolución que dispuso el término del procedimiento penal. Bajo esta hipótesis será el juez civil quien deberá renovar las medidas u ordenar su cese. Las medidas cautelares reales también quedarán sin efecto, si la víctima no presenta su demanda en el plazo de sesenta días, o si no pide allí la renovación de las mismas. Rige en plenitud el inc. 2º del art. 280 del CPC, tal como se ha interpretado por nuestros tribunales.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ-ZAMORA, NICETO, *Derecho procesal mexicano,* 2ª ed., t. II, México, 1985, pp. 325 y 326.

———— *Proceso, autocomposición y autodefensa,* UNAM, México, 1970.

———— "Notas para la reforma de la Ley de enjuiciamiento civil", en *Estudios de derecho procesal,* Madrid, 1934, pp. 153-261.

ALESSANDRI, FERNANDO, *Curso de derecho procesal,* 3ª ed., Santiago, Chile, 1940.

ALLIENDE, LEONOR, y otros, *El proceso de mediación,* Editorial Jurídica de Chile, 2002 (reimpresión 2014), 220 pp.

ALLORIO, ENRICO, "Per una nozione del proceso cautelar", en Rivista di Diritto Processuale Civile (1936), I, pp. 18-44.

ANABALÓN, CARLOS, *El juicio ordinario de mayor cuantía,* Santiago, Chile, 1954.

———— *Tratado práctico de derecho procesal civil chileno,* t. II, Santiago, Chile, 1946.

ANDREWS, NEIL, *On civil processes. Court proceeding,* Intersentia, Cambridge, 2013, v. I, chapter 10 Pre-trial termination of actions without settlement: interim, summary, default, preliminary and striking out procedures, pp. 213-260.

———— "Inglaterra dejó de ser una isla: influencia Europea sobre el proceso civil inglés", en Revista Ius et Praxis, año 17, Nº 2 (2011), (traducción de Álvaro Pérez Ragone) pp. 371-390.

———— *Principles of civil procedure,* Londres, 1994.

ANGUITA, *De las medidas precautorias,* Santiago, 1908.

ARANCIBIA, *De las medidas precautorias,* Santiago, 1909.

ARAZI, ROLAND (director), *Medidas cautelares,* Buenos Aires, 1997.

BARRERO, ANA y MORA, ADELA, "Algunas reflexiones en torno a la codificación civil (mucho ruido y pocas nueces)", en Anuario de Historia del Derecho Español, t. LXVII (1997), vol. II, pp. 243-259.

BARROS, ENRIQUE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

BARROS, ENRIQUE, "El recurso de protección como medio de amparo de los contratos", en *Instituciones modernas de derecho civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Santiago, Chile, 1996, pp. 322-336.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, "El robo como coacción", en Revista de Estudios de la Justicia, Nº 1 (2002), p. 61.

BAUR, FRITZ, *Estudios sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares*, trad. al portugués de Armindo Laux, Porto Alegre, 1985.

BECCARIA, MARQUÉS DE, *Tratado de los delitos y de las penas*, Buenos Aires, 1945.

BECEÑA, *Magistratura y justicia, notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*, Madrid, 1928.

BELLO, ANDRÉS, *Obras completas de Andrés Bello*, 2ª ed., t. XVIII, temas jurídicos y sociales, Caracas, 1982.

———— *Obras completas de Andrés Bello*, 2ª ed. facsimilar, t. XIX, textos de gobierno, Caracas, 1981

BEAN, *Injunctions*, Sweet & Maxwell, Londres, 11ª ed., 2012.

BENAVENTE, DARÍO, *Derecho procesal juicio ordinario y recursos procesales*, Santiago, 1984.

BERNHARDT R. (ed.), *Interim measures indicated by international courts*, Springer-Verlag, 1994.

BLEST GANA, *Proyecto de Código de enjuiciamiento*, Santiago, Chile, 1871.

BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, 1993.

BOMFIM MARINS, *Tutela cautelar, teoría geral e poder geral de cautela*, Curitiba, 1996.

BORDALÍ, ANDRÉS (con Cortez, G. y Palomo, D.), *Proceso Civil*, Abeledo Perrot, Santiago, 2013.

BORDALÍ, ANDRÉS, "El recurso de protección todavía un fantasma jurídico" en *Revista de Derecho*, Universidad Austral, v. XXVII (Nº 2), diciembre (2014), pp. 277-283.

———— "Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial", en Revista Chilena de Derecho, v. 38 Nº 2 (2011), pp. 329 y 333.

BRAVO, BERNARDINO, "Codificación civil en Iberoamérica y en la península Ibérica (1827-1917)".

———— "Derecho nacional y europeización", en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, coordinador Abelardo Levaggi, Buenos Aires, 1992, pp. 79-138.

———— *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, Chile, 1989.

BURROWS, ANDREW, *Remedies for torts and breach of contract*, 2ª ed., Londres, 1994.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

CADIET y MEKKI, "Civil procedure", en *Introduction to French Law*, Wolters Kluwer, Holanda, 2008, p. 317.

CALAMANDREI, PIERO, *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix Zamudio, Buenos Aires, 1960.

———— *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945.

CALDERÓN CUADRADO, MARÍA, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992.

———— "Una solución del derecho francés a la duración del proceso civil: Tutela cautelar indeterminada en *las ordonnances des référés y sur requete*". En *R.G. de D.*, año XLVIII (1992), enero-febrero, Nºs 568-569, pp. 33-51.

CANNATA, CARLO, *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. de Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, 1996.

CAPPELLETTI, MAURO, "La justicia social: acceso a la justicia y la responsabilidad del jurista en nuestra época", en *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, trad. Héctor Fix, México, 1993, pp. 81-114.

———— "Alternative dispute resolution processes within the framework of the world-wide access to justice movement", en *The modern law review*, v. 56, Nº 3 (1993), pp. 283-296.

———— *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Tomás Banzhaf, Buenos Aires, 1974.

———— *El proceso civil en el derecho comparado*, Buenos Aires, 1973.

CAPPELLETTI, MAURO y GARTH, BRYANT, *El acceso a la justicia*, trad. Mónica Miranda, México, 1996.

CARNELUTTI, FRANCESCO, *Sistema de derecho procesal*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Santiago Sentís Melendo, t. I, Buenos Aires, 1944.

———— "Carattere della sentenza di fallimento", en Rivista di Diritto Processuale Civile (1931), II, pp. 159-173.

———— "Índice bibliográfico a propósito de la obra de Karl Blomeyer", en Rivista di Diritto Processuale Civile (1933), I, p. 339.

CARONI, PÍO, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, trad. de Aquilino Iglesias, Madrid, 1996.

CARRASCO, *Análisis económico de las medidas cautelares civiles*, Santiago, Thomson Reuters, 2012.

———— "Análisis económico del derecho de la tutela cautelar en la legislación civil en Chile", en Revista de Derecho, Escuela de Postgrado, Nº 2, (2012), pp. 93-120.

CASARINO, MARIO, *Manual de derecho procesal*, t. III, Santiago (Chile), 1994.

CARLSON, "Granting an interlocutory injunction: what is the test?", en Manitoba Law Journal (1982), v. 12, Nº 2, pp. 109-128;

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

CLARO SOLAR, LUIS, *Explicaciones de derecho civil y comparado*, Santiago, tomo noveno, de los bienes IV, edición facsimilar (1935), 1992.

COHEN, JULIE, "What kind of property in intellectual property?" en Houston Law Review, v. 52 (2014) Nº 2, pp. 691-707.

COLOMBO, JUAN, *La competencia*, 2ª ed., 2004, Editorial Jurídica de Chile, p. 133.

———— *Los actos procesales*, dos tomos, Santiago, 1997.

CONSOLO, CLAUDIO, *Le tutele*, t. I, Cedam, Milán, 2003.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN, *Derecho procesal civil*, con Gimeno y Moreno Catena, Madrid, 1996.

CORVALÁN, JORGE y CASTILLO, VICENTE, *Derecho procesal indiano*, Santiago, Chile, 1951.

CHASE, O., *Law, Culture and Ritual*, New York Universiry Press, 2005.

CHASE, O. y HERSJKOFF, H. (ed.), *Civil litigation in comparative context*, Thomson-West, USA, 2007.

CHIOVENDA, JOSÉ, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de la 3ª ed. italiana de José Casais y Santaló, t. I y II, Madrid, 1977.

Curia Filípica Mejicana, 1858, edición facsimilar, Porrúa-UNAM, México, 1991, pp. 163 y 164.

DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de la 2ª ed. francesa de Pedro Bravo, Madrid, 1973, p. 249.

DE LA PLAZA, MANUEL, *Derecho procesal civil español*, v. II, Madrid, 1943.

DEL GUAYO CASTIELLA, *Judicial review y justicia cautelar*, Madrid, 1997.

DE PINA y CASTILLO, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, 1990, p. 41.

DE VITO-BEARDWORTH (editors), *The real legal weapons: Interim measures in civil and criminal cases*, Dike, Zurich, 2009.

DERAINS, YVES, prefacio en Conejero y otros, *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*, Legis, Colombia, 2009.

DINE-MCEVOY, "Are mareva injunctions becoming attachment orders?", en *Civil justice quarterly* (1989), pp. 236 y ss.

DITTRICH, LOGARIO, "Il provvedimento d'urgenza", en *Il nuovo processo cautelare*, a cargo de Tarzia, Padova, 1993, pp. 175-205.

DOMINGO DE MORATO, DOMINGO, *El derecho civil español con las correspondencias del derecho romano*, 2ª ed., 2 tomos, Valladolid, 1877, reimpresión facsimilar en 1 tomo, Navarra, 2002.

DOUGNAC, ANTONIO, *Manual de historia del derecho indiano*, México, 1994.

DUBLÁN y MÉNDEZ, *Novísimo Sala Mexicano*, tomo I, 1870, México, p. 9.

ERVO-NYLUND (ed.), *The future of civil litigation. Access to courts and courts-annexed mediation in nordic countries*, Springer, 2014.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ESPINOSA, ALEJANDRO, *De los recursos procesales en el Código de Procedimiento Civil*, 6ª ed., Santiago, 1985.

FABREGA y CORTÉS, MAGÍN, *Apuntes de procedimientos judiciales*, Barcelona, 1907.

———— *Lecciones de procedimientos judiciales*, 3ª ed., Barcelona, 1928.

FAIREN, VÍCTOR, "Estudio histórico externo de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855", en *Temas del ordenamiento procesal*, t. I, Madrid, 1969, pp. 19-111.

———— "La reforma del proceso cautelar español", en *Temas del ordenamiento procesal*, t. II, Madrid, 1969, p. 899.

FERNÁNDEZ, MIGUEL, *Derecho procesal civil*, t. III, 3ª ed., segunda reimpresión, Madrid, 1994.

FIGUEROA VALDÉS, J. E., "La nueva ley chilena sobre arbitraje comercial internacional", en Gaceta Nº 303 (2005), p. 8.

FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR; RÍOS ESPINOZA, ALEJANDRO y ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, NICETO, *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, 1963.

FONT SERRA, EDUARDO, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid, 1991, p. 64.

GALINSKY, "Interlocutory injunctions and damages", en *Litigation* (1992), vol. 136, pp. 1.086 y 1.087.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, 2ª ed., 1995.

———— "Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas *(Référé-provision)*. A propósito del auto del presidente del tribunal de justicia de las comunidades europeas de 29 de enero de 1997 *(asunto Antonissen)*", en *RAP* (1997), enero-abril, Nº 142, pp. 225-243.

GARCÍA-GALLO, *Metodología de la historia del derecho indiano*, Santiago (Chile), 1971.

GARCÍA GONZALO y CONTRERAS PABLO, "El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constituconal chileno", en *Estudios Constitucionales*, año 11, Nº 2 (2013), pp. 229-280.

GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO, *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, 1999.

GEE Q. C., STEVEN, *Mareva injunctions and Anton piller relief*, 4ª ed., Londres, 1998.

GENN, HAZEL, "*What is civil justice for?* Reform, ADR, and Access to justice", en 24 Yale J. L. & Human. (2012) pp. 397-417.

———— *Judging civil justice*, Cambridge, 2010.

GIMENO, VICENTE, "Pasado, presente y futuro de la justicia civil", en Jornadas sobre la Reforma del Proceso Civil, Madrid, 1990, pp. 91-108.

GOLDSTEIN, "Recent developments and problems in the granting of preliminary relief: a comparative analysis", en Revue Hellénique de Droit International, 40ème et 41ème années (1987-1988), pp. 15 y 16.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

GOLDREIN, IAIN; WILKINSON, K. H. P.; KERSHAW, M., *Comercial litigation pre-emptive remedies*, Londres, 1997.

GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 1857.

————"Estado de la codificación al terminar el reinado de doña Isabel II", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. XXXIX (1871), pp. 284-300.

GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO y MONTALBÁN, JUAN MANUEL, *Tratado académico forense de procedimientos judiciales*, dos tomos, Madrid, 1848.

GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO y HERCE QUEMADA, VICENTE, *Derecho procesal*, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1949.

GÓMEZ Y NEGRO, LUCAS, *Elementos de práctica forense*, obra póstuma, Valladolid, 1825.

GONZÁLEZ, FRANCISCO, *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil*, Santiago, Chile, 1861.

GORE, "Interlocutory injunctions, a final judgment", en The Modern Law Review (1975), vol. 38, pp. 672-679.

GRANT, "Interlocutory injunctions: time for a new model?" en *University of Toronto Law Journal*, (1980), vol. 30, pp. 240-282.

GROSSI, PAOLO, *Doctor Honoris Causa*, Barcelona, 1991.

GRUNERT, "Interlocutory remedies in England and Germany: a comparative perspective", en *Civil Justice Quarterly* (1996), vol. 15, enero, pp. 18-43.

GRUNSKY, WOLFGANG, "Reflexiones sobre la eficacia del derecho procesal civil en Alemania", en *Para un proceso civil eficaz*, Barcelona, 1992, pp. 143-154.

GUASP, JAIME, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, t. I, Madrid, 1943.

————*Derecho procesal civil*, Madrid, 1956.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, EDUARDO, "Una nueva reflexión acerca del concepto de derecho procesal", en *Estudios de derecho procesal*, Pamplona, 1974, pp. 35-56.

————"Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", en *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, pp. 9-33.

GUZMÁN, ALEJANDRO, *La codificación civil en Iberoamérica*, Santiago, 2000.

————*Las cosas incorporales en la doctrina y en derecho positivo*, Santiago, 1995.

HANBURY y MARTIN, *Modern equity*, Londres, 15ª ed. 1997.

HASSEMER, WINFRIED, "Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley", trad. de Virginia Martínez, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, 1992, pp. 199-217.

HERSHKOFF, "Shorts-cuts to judgment and provisional remedies", en Chase-Hershkoff (ed.), *Civil litigation in comparative context*, Thomson-West, USA, 2007, pp. 276-326.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

HERNÁNDEZ DE LA RÚA, VICENTE, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, t. I y IV, Madrid, 1856.

————*Lecciones de práctica forense*, 2ª ed., Madrid, 1853.

HOYLE, *The mareva injunctions and related orders*, 3ª ed., Londres, 1997.

IRTI, NATALINO, *La edad de la descodificación*, trad. de Luis Rojo, Barcelona, 1992.

JACOB, *The fabric of English civil justice*, Londres, 1987.

————"Accelerating the process of law", en *The reform of civil procedural law and other essays in civil procedure*, Londres, 1982, pp. 94-114.

KRAMER - VAN RHEE (ed.): *Civil litigation in a globalizing world*, Springer, 2012.

KHOO - WINDSOR, *Civil litigation, evidence and remedies*, 2014-2015.

KOCH - DIEDRICH, *Civil procedure in Germany*, La Haya, 1998.

LALINDE ABADÍA, JESÚS, *Iniciación histórica al derecho español*, Barcelona, 1970.

LARENAS, "Medidas precautorias. [¿] Cuál es la manera lógica como debe formularse y tramitarse la incidencia [?]". Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Nos 16-17, abril-septiembre (1936), pp. 1.163-1.168.

LASSO GAITE, JUAN, *Crónica de la codificación española*, t. 1, organización judicial, Madrid, 1998.

————*Crónica de la codificación española*, tomo 2, Procedimiento civil, Madrid, 1972.

LASTRES, FRANCISCO, *Procedimientos civiles y criminales*, 7ª ed., Madrid, 1881.

LAZO, SANTIAGO, *Los Códigos chilenos anotados, Código de Procedimiento Civil*, Santiago, Chile, 1918.

LEIBLE, STEFAN, *Proceso civil alemán*, Medellín/Bogotá, 1999.

LEÓN, AVELINO, *El objeto en los actos jurídicos*, 2ª ed., Santiago, Chile, 1983.

————*La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago, 1979.

LEVY, JEAN y CASTALDO, ANDRÉ, *Histoire du droit privé*, París, 2002.

LIRA, JOSÉ, *Prontuario de los juicios o tratado de procedimientos judiciales y administrativos con arreglo a la legislación chilena*, 5ª ed., t. I, Santiago, Chile, 1895.

————"Proyecto de Código de enjuiciamiento civil", libro II (1875), contenido en el *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil* (conforme a los acuerdos hasta ahora celebrados por la comisión encargada de su examen), libro II, anexo I, Santiago (Chile), 1884.

————*La legislación chilena no codificada*, t. I, Santiago, Chile, 1879.

LÓPEZ, JORGE, *Los contratos (parte general)*, Santiago, 1986.

MACLEAN, "Réquiem para el espíritu del legislador: la cultura de servicio en la administración de justicia", en RDJ (1997), t. XCIV, Nº 1, pp. 8-16.

MACLEOD ROGERS-HATELY, "Getting the pre-trial injunction", en *The Canadian bar review* (1982), vol. 60, Nº 1, pp. 1-35.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

MANRESA, JOSÉ MARÍA, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, 2ª ed., t. I, Madrid, 1905.

———— *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, 5ª ed., t. V, Madrid, 1891.

———— *Reformas judiciales del Excmo. señor Marqués de Gerona*, Madrid, 1853.

MANRESA, JOSÉ MARÍA y REUS, JOSÉ, *Ley de enjuiciamiento civil comentada y explicada*, t. IV, Madrid, 1861.

MARÍN, JUAN CARLOS y JANA, ANDRÉS, *Recurso de protección y contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

MARÍN, JUAN CARLOS, "¿Qué queda del procesalismo científico?", en *Nos ad Justitiam ese Natos*, libro homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el centenario de su fundación (1911-2011), Edeval, Valparaíso, 2011, pp. 889-901.

———— "El recurso de queja y la orden de no innovar a propósito del caso Atala", Revista de Estudios de la Justicia, Nº 15 (2011), pp. 265-284.

MARTÍN PASTOR, JOSÉ, *La anotación preventiva como medida cautelar y el registro*, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, MARCELO, *Códigos antiguos de España*, dos tomos, Madrid, 1885.

MARTÍNEZ BOTO, RAÚL, *Medidas cautelares*, Buenos Aires, 1990.

MATURANA, CRISTIÁN, *Las medidas cautelares, los incidentes, los procedimientos declarativos especiales, el juicio ejecutivo y los asuntos judiciales no contenciosos, Separata*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, abril (2013).

———— *Reforma procesal penal (génesis, historia sistematizada y concordancias)*, t. I, Santiago, 2003.

MAXEINER, J., y otros, *Failures of american civil justice in international perspective*, Cambridge, 2011.

MIGUEL Y ROMERO, MAURO, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, Valladolid, 1917.

———— *Derecho procesal teórico*, Madrid/Valladolid, 1934.

MIQUEL, IGNACIO y REUS, JOSÉ, *Código de comercio español, concordado y anotado*, Madrid, 1855.

MOLINARE, *Tratado teórico-práctico sobre el otorgamiento de instrumentos públicos y tramitación de los juicios*, Santiago, Chile, 1866.

MONTERO AROCA, JUAN, *La herencia procesal española*, México, 1994.

———— *Trabajos de derecho procesal*, Barcelona, 1988.

———— "Juicio crítico de la Ley de enjuiciamiento civil", en *Para un proceso civil eficaz*, Barcelona, 1982, pp. 155-180.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blásquez y Pedro de Vega, Madrid, 1985.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

MORALES, EDUARDO, *Explicaciones de derecho procesal civil* (basadas en las clases de Mario Mosquera R.), t. II, Santiago, 1987.

MORENO CATENA, VÍCTOR, "Causas históricas de la ineficacia de la justicia", en *Justicia* (1988), Nº 1, pp. 33-56.

MURILLO, FERNANDO, "Codificación y sistema jurídico iberoamericano", en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, 1992, pp. 139-153.

MURRAY y STÜRNER, *German civil justice*, Carolina Academic Press, USA, 2004.

NAVARRETE, *Embargo y realización de bienes*, Santiago, 1994.

NOUGUES SECALL, MARIANO, *Tratado de práctica forense novísima, según la Ley de enjuiciamiento civil*, t. I, Madrid, 1856.

NOVELLINO, NORBERTO, *Embargo y desembargo y demás medidas cautelares*, Buenos Aires, 1992.

NÚÑEZ, RENÉ y CORTÉS, MAURICIO, *Derecho procesal de familia (la primera reforma procesal civil en Chile)*, Thomson Reuters, Santiago, 2012.

OCDE (2013), "What makes civil justice effective?" *OECD Economics Department Policy Notes*, Nº 18 June 2013.

OLIVER, GUILLERMO, *Sentencia interlocutoria y derechos permanentes*, Editorial Cono Sur, 1997.

ORTELLS, MANUEL y CALDERÓN CUADRADO, MARÍA, *La tutela cautelar en el derecho español*, Granada, 1996.

ORTELLS, MANUEL, "Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial cautelar en materias no penales (1981-1996)", en *Tribunales de Justicia* 6/1997, pp. 623-642.

———— "Sobre las medidas cautelares indeterminadas del art. 1428", en *Justicia* I (1989), pp. 43 y 71.

———— *Derecho jurisdiccional II*, con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN, Barcelona, 1989.

———— *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984.

ORTIZ DE ZUÑIGA, MANUEL, *Elementos de práctica forense*, dos tomos, Granada, 1841.

———— *Biblioteca judicial o tratado original y metódico*, tres tomos, Madrid, 2ª ed., 1840.

OSSA, JUAN LUIS, *Derecho de minería*, 3ª ed., Santiago, 1999.

OSSA, FELIPE, "La jurisdicción cautelar en el arbitraje comercial internacional", en Picand Albónico, E. (coord.), *Estudios de arbitraje*, libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, Editorial jurídica de Chile, Chile, 2007, pp. 655-673.

OTERO ESPINOSA, FRANKLIN, *Concordancias y jurisprudencia del Código de Procedimiento Civil*, 2ª ed., Santiago, 1910.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

OTERO ESPINOSA, FRANKLIN, *Código de Procedimiento Civil (concordancias y jurisprudencia)*, t. V, Santiago, 1918-1922.

PASTOR, MARTÍN, *La anotación preventiva como medida cautelar y el registro*, Madrid, 2000

PEÑA y PEÑA, *Lecciones de práctica forense mexicana*, tomo segundo, México, 1836, edición facsimilar, México, 2002.

PERELL, "The interlocutory injunction and irreparable harm", en *The Canadian Bar Review* (1989), vol. 68, pp. 538-559.

PEREÑA Y PUENTE, MANUEL: "Ley procesal: medidas de aseguramiento", en Revista Jurídica de Cataluña (1898), tomo cuarto, pp. 801-811.

PEREZ DAUDI, VICENTE, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2012.

———— *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Barcelona, 1996.

PERROT, ROGER, "La eficacia del proceso civil en Francia", en *Para un proceso civil eficaz*, Barcelona, 1982, pp. 181-202.

PEYRANO, JORGE, "La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución", en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Nº 59 (1998), pp. 141-151.

———— "Las medidas cautelares en materia comercial. Nuevos horizontes de la tutela de urgencia. Noticia sobre las medidas autosatisfactivas", en *Justicia* (1997), Nº II, pp. 607-613.

PLANT, *Blackstone's civil practice*, Oxford, 2002.

PODETTI, J. RAMIRO, *Tratado de las medidas cautelares*, 2ª ed., Buenos Aires, 1969.

POMES, JUAN, *Las medidas cautelares*, memoria de licenciatura inédita, Universidad de Chile, 1961.

POSNER, RICHARD, *El análisis económico del derecho*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, 1998.

———— *Law and legal theory in England and America*, Oxford, 1996.

POZO, FELIPE, *La tutela jurisdiccional anticipada en el proceso civil*, Editorial Jurídica, Santiago, 2013.

PRIETO CASTRO, LEONARDO, "Comunicación", en *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974, pp. 107-130.

———— *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956.

———— *Derecho procesal civil*, t. II, Zaragoza, 1952.

———— "Correcciones al derecho sobre ejecución forzosa de la Ley de enjuiciamiento civil", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, segunda época, t. XXIII (1952), pp. 513-549.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

PRIETO CASTRO, LEONARDO, "La eficacia del proceso civil o política del pragmatismo procesal", en Revista de Derecho Procesal, Nº 4 (1950), pp. 615-639.

PROTO PISANI, ANDREA, *Lezione di diritto processuale civile*, 2ª ed., Nápoles, 1996.

———— "Las tendencias actuales del derecho procesal civil en Italia", en *Tendencias actuales del derecho*, José Luis Soberanes (compilador), México, 1994, pp. 34-42.

———— "La eficacia del proceso civil en Italia", en *Para un proceso civil eficaz*, Barcelona, 1982, pp. 203-228.

PUGA, JUAN ESTEBAN, *El acuerdo de reorganización*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed., Santiago, 2014 (reimpresión 2015), p. 181.

PRIETO, MARÍA JOSÉ, "Expropiación indirecta por medidas cautelares en procedimiento tributario", en Revista Chilena de Derecho, vol. 39 Nº 3 (2012), pp. 809-817.

QUEZADA, JOSÉ, *Medidas prejudiciales y precautorias*, Santiago, Chile, 1987.

RAMOS, FRANCISCO, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, en *Justicia*, I (1985), p. 85.

REDENTI, ENRICO, *Derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra, t. II, Buenos Aires.

REUS, *Ley de enjuiciamiento civil*, t. I y III, Madrid, 1882.

RISOPATRÓN, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil*, Santiago, Chile, 1904.

RIVES Y MARTI, FRANCISCO, *Ley de enjuiciamiento civil*, vol. II, Madrid, 1912.

ROCCO, UGO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. V, parte especial proceso cautelar, Bogotá-Buenos Aires, 1977.

ROJAS R., MARIO, *Las medidas precautorias*, Concepción, Chile, 1965.

ROMERO, ALEJANDRO, *Curso de derecho procesal civil*, t. I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

———— "La tutela cautelar en el proceso civil chileno", en RDJ, t. XCVIII (2001) Nº 2, primera parte, pp. 35-67.

ROSE, "The mareva injunction –attachment in personam–", en *Lloyd's maritime and comercial law* (1981), febrero, pp. 1-16 (primera parte) y pp. 177-198 (segunda parte).

ROSENNE, S., *Provisional measures in international law*, Oxford, 2005.

SÁNCHEZ BELLA; DE LA HERA y DÍAZ REMENTERÍA, *Historia del derecho indiano*, Madrid, 1992.

SALAS, JULIO, *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*, 7ª ed., Santiago, 2000.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

SCHIPANI, "Los Códigos latinoamericanos de la 'transfusión' del derecho romano y de la independencia hacia Códigos de la 'mezcla' y Códigos tipo", en *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, Buenos Aires, 1992, pp. 15-77.

SERRA, MANUEL y RAMOS, FRANCISCO, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974.

SHARPE, *Injunctions and specific performance*, Toronto, 1983.

SHERIDAN, *Injunctions in general*, Londres, 1994.

SILVESTRI, "Italy: Civil Procedure Crisis", en *Civil litigation in China and Europe*, Van Rhee-Yulin (ed.), Springer, 2014, pp. 236 y 237.

SLAPPER-KELLY, *The English Legal System*, 15ª ed., (2014-2015), Routledge, New York.

SOLDADO GUTIÉRREZ, JOSÉ, *El interdicto de obra nueva*, Granada, 1994.

SOMARRIVA, MANUEL, *Derecho sucesorio*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed., Santiago, 1988.

SOTO Y HERNÁNDEZ, ANTONIO, "Deficiencias de la Ley de enjuiciamiento civil: embargos preventivos", en Revista de los Tribunales y de Legislación Universal, t. XXXIII, Madrid (1899), pp. 283-285; 298-301.

————"Aseguramiento de la efectividad de las sentencias", en Revista de los Tribunales y Legislación Universal, t. XXXIII, Madrid (1899), pp. 505-510; 649-653; 697-701; 713-717.

SOULEZ, DANIEL, "Overview of the problems of french civil procedures", Symposium on civil procedure reform in comparative context, en *The american journal of comparative law* (1997), vol. 45, Nº 4, pp. 737-746.

SPRY, I.C.F., *The principles of equitable remedies*, Reino Unido, 5ª ed., 1990.

STORME, "Introductory addres" en *The Law's delay (essays on undue delay in civil litigation)*, Van Rhee (ed.), Intersentia, 2004, p. iv.

TARELLO, GIOVANNI, *Cultura jurídica y política del derecho*, trad. de Isidro Rosas, México, 1995.

TARZIA, GIUSEPPE, "La tutela cautelare", en *Il nuovo processo cautelare*, a cura de Giuseppe Tarzia, Padova, 1993.

TAU, VÍCTOR, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Buenos Aires, 1997.

————"Consideraciones sobre la aplicación de la Recopilación de 1680", en *La ley en América hispana del descubrimiento a la emancipación*, Buenos Aires, 1992, pp. 173-233.

————*La codificación en la Argentina*, Buenos Aires, 1977.

TAVOLARI, MARCELA, "Algunas reflexiones sobre el artículo 1464 Nº 3 del CC", en *Instituciones modernas de derecho civil* (Homenaje al profesor Fernando Fueyo), Santiago, 1996.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

TAVOLARI, RAÚL, *La orden de no innovar en el recurso de protección*, en *Justicia*, Nº III (1992), pp. 685-715.

TILBURY; NOONE y KERCHER, *Remedies commentary and materials*, Sydney, 2ª ed., 1995.

TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, "La codificación, de utopía a técnica vulgarizada", en *Códigos y constituciones*, Madrid, 1989, pp. 111-124.

TORO, DAVID y ECHEVERRÍA, ANÍBAL, *Código de Procedimiento Civil anotado*, Santiago, Chile, 1902.

TROCKER y VARANO (ed.), *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Torino, 2005.

UGARTE, JORGE, *Historia e índice de las leyes*, t. II, años 1893-1931, Santiago, Chile.

UNGER, "Medidas cautelares y tutelas provisorias de derechos en el proceso civil alemán", en *Derecho procesal civil comparado: homenaje a Rolf Stürner*, Pérez Ragone, Álvaro; Tavolari, Pía (coordinadores), Thomson Reuters, 2014, pp. 113-131.

UZELAC (ed.), *Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial system*, Springer, 2014.

VALENZUELA, *Proposiciones para la reforma judicial*, coordinador, Santiago, Chile, 1991.

VAN RHEE (ed.), *The Law's delay. Essays on undue delay in civil litigation*, Intersentia, 2004.

VAN RHEE y YULIN (ed.), *Civil litigation in China and Europe*, Springer, 2014.

VARANO, VINCENZO, "Civil procedure reform in Italy", Symposium on civil procedure reform in comparative context, en *The american journal of comparative law* (1997), vol. 45, Nº 4, pp. 657-674.

VARGAS FONTECILLA, FRANCISCO, *Proyecto de Código de enjuiciamiento civil*, libro I, Santiago, Chile, 1867.

————*Proyecto de ley de organización y atribuciones de los tribunales*, Santiago, Chile, 1864.

VECINA, JAVIER, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993.

VERA, *Código de Procedimiento Civil*, 4ª ed., Santiago, 1908.

VERGARA, Introducción a la obra de los señores Toro y Echeverría, *Código de Procedimiento Civil anotado*, Santiago, 1902, p. XI.

VERLANGA HUERTA, FERMÍN, *Tratado continuando la jurisprudencia popular sobre pleitos sobre menor cuantía*, dos tomos, Madrid, 1841.

VICENTE Y CARAVANTES, JOSÉ, *Tratado histórico, crítico-filosófico, de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de enjuiciamiento*, t. I y IV, Madrid, 1856.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

VILA, *Prontuario de los juicios, su iniciación, tramitación e incidencias*, Santiago, Chile, 1844.

VIVANCO, *Las medidas precautorias*, Santiago, 1911.

WALLINGTON, "Injunctions and the 'right to demonstrate'", en The Cambridge Law Journal (1976), vol. 35, abril, pp. 82-111.

WIEACKER, *Historia del derecho privado en la edad moderna*, trad. de Francisco Fernández, Madrid, 1957.

WILLIAMS, *Civil and criminal procedure*, Londres, 1997

WOOLF, HARRY, *Access to justice, report final*, Londres, 1996.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil*, Madrid, 2ª ed., 1997.

ZALDÍVAR, RAFAEL, *De las medidas prejudiciales*, Santiago, Chile, 1933.

ZORRILLA, ENRIQUE, *Esquema de la justicia en Chile colonial*, Santiago, Chile, 1942.

ZUCKERMAN A.A.S., *On civil procedure principles of practice*, Sweet & Maxwell, 2ª ed., 2006 (reprinted 2011).

————"Quality and economy in civil procedure. The case for commuting correct judgments for timely judgments", en Oxford Journal of Legal Studies (1994), vol. 14, Nº 3, pp. 353 y 354.

————"Mareva injunctions and security for judgment in a framework of interlocutory remedies", en The Law Quarterly Review, v. 109 (1993), p. 436.

————"Dispensation with undertaking in damages-an elementary injustice", en Civil Justice Quarterly, 12 (1993), pp. 268-278.

ZUCKERMAN, A.A.S. y CRANSTON, *Reform of civil procedure, essays on "access to justice"*, Oxford, 19.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ÍNDICE CRONOLÓGICO
(Sentencias Medidas Cautelares)

A. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales

	Nº RDJ	Páginas	Fecha	Asunto
1	RDJ, t. I (1903-1904), II Parte	289-290	24-12-1903	*Araneda con Valdés*
2	RDJ, t. I (1903-1904), II Parte	507-508	23-06-1904	*Carrasco con Carrasco*
3	RDJ, t. I (1903-1904), II Parte	582	11-03-1904	*Huenumil con Herrera*
4	RDJ, t. II (1904-1905), II Parte, Sec. 1ª	171-207	23-11-1904	*Vargas Barainca con Molina (Sucesión de María Josefa)*
5	RDJ, t. III (1905-1906), II Parte, Sec. 1ª	306-313	29-03-1905	*Silva de Arregui con Compañía de Seguros Hamburgo Bremense*
6	RDJ, t. III (1905-1906), II Parte, Sec. 1ª	90-95	12-08-1905	*Lagos con Bunster*
7	RDJ, t. III (1905-1906), II Parte, Sec. 1ª	402-406	08-08-1906	*Freire con Banco de Tarapacá y Argentina (Limitado)*
8	RDJ, t. XVII (1920), II Parte, Sec. 1ª	150-160	28-05-1919	*Schiavetti*
9	RDJ, t. XVII (1920), II Parte, Sec. 1ª	395-398	02-08-1919	*R.W. James y Cía.*
10	RDJ, t. XIX (1922), II Parte, Sec. 1ª	296-302	13-09-1920	*Ferry con Rodríguez*
11	RDJ, t. XXV (1928), II Parte, Sec. 2ª	72-73	28-01-1927	*Queirolo con Queirolo*
12	RDJ, t. XXVI (1929), II Parte, Sec. 1ª	569-572	24-09-1928	*Solar con Weber y Cía.*
13	RDJ, t. XXVI (1929), II Parte, Sec. 1ª	224-228	14-06-1928	*Osorio y Otros con Helo y Otros*
14	RDJ, t. XXVII (1930), II Parte, Sec. 1ª	563-567	08-10-1929	*Vega*
15	RDJ, t. XXVII (1930), II Parte, Sec. 1ª	331-335	17-05-1929	*Gazmuri v. de S. y Otros con Canales*
16	RDJ, t. XXVII (1930), II Parte, Sec. 1ª	740-741	03-01-1930	*Ramos*
17	RDJ, t. XXVIII (1931), II Parte, Sec. 2ª	1 a 6	23-08-1930	*Quezada (inscripción de escritura de partición)*
18	RDJ, t. XXVIII (1931), II Parte, Sec. 1ª	626-630	01-07-1931	*Cía. Industrial y Comercial Santiago Sabioncello*
19	RDJ, t. XXVIII (1931), II Parte, Sec. 1ª	630-631	03-07-1931	*Escobar*
20	RDJ, t. XXVIII (1931), II Parte, Sec. 1ª	637-639	07-07-1931	*Astoreca*
21	RDJ, t. XXIX (1932), II Parte, Sec. 1ª	68-69	09-10-1931	*Quila con Sánchez*
22	RDJ, t. XXIX (1932), II Parte, Sec. 2ª	101-103	17-05-1932	*Donoso con Donoso*
23	RDJ, t. XXIX (1932), II Parte, Sec. 1ª	520-525	20-07-1932	*Nicholls de Lyon con Lyon*
24	RDJ, t. XXXI (1934), II Parte, Sec. 1ª	462-470	20-06-1934	*Weinstein con Banco de Chile y Alemania*
25	RDJ, t. XXXII (1935), II Parte, Sec. 1ª	43-75	09-10-1934	*Claude con Banco Español de Chile, en liquidación*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

	Nº RDJ	Páginas	Fecha	Asunto
26	RDJ, t. XXXII (1935), II Parte, Sec. 1ª	91-92	18-10-1934	*Valenzuela*
27	RDJ, t. XXXIII (1936), II Parte, Sec. 1ª	70-71	25-10-1935	*Caja de Retiro y Montepío de las Fuerzas de Defensa Nacional*
28	RDJ, t. XXXV (1938), II Parte, Sec. 2ª	18-19	09-01-1935	*Konig con Schmitz*
29	RDJ, t. XXXVIII (1941), II Parte, Sec. 2ª	12 a 16	19-06-1936	*Ferrada con Chávez (sucesión)*
30	RDJ, t. XXXIV (1937), II Parte, Sec. 1ª	90-91	28-11-1936	*Contreras*
31	RDJ, t. XXXIV (1937), II Parte, Sec. 1ª	153-154	19-12-1936	*Rojas*
32	RDJ, t. XXXVI (1939), II Parte, Sec. 2ª	3 a 8	28-06-1937	*Rivas con Goebel*
33	RDJ, t. XXXV (1938), II Parte, Sec. 2ª	77-80	19-07-1937	*Steck v. de Steinbauer con Síndico quiebra Ferrer*
34	RDJ, t. XXXV (1938), II Parte, Sec. 1ª	276-282	18-12-1937	*Ceppi con Hirane*
35	RDJ, t. XXXVII (1940), II Parte, Sec. 1ª	298-307	21-09-1939	*Scholz de Yadala*
36	RDJ, t. XXXIX (1942), II Parte, Sec. 1ª	233-237	01-09-1941	*Shell Mex Chile Limited*
37	RDJ, t. XL (1943), II Parte, Sec. 2ª	15-16	04-11-1942	*Nazal con Cortínez*
38	RDJ, t. XLII (1945), II Parte, Sec. 1ª	303-304	05-09-1944	*Silva*
39	RDJ, t. XLV (1948), II Parte, Sec. 1ª	19-22	17-06-1947	*Jensen con Klink*
40	RDJ, t. XLV (1948), II Parte, Sec. 1ª	568-581	17-05-1948	*Zañartu con Lazcano y otro*
41	RDJ, t. XLVI (1949), II Parte, Sec. 2ª	13-14	02-06-1948	*Maturana, Hilario con Valenzuela, Aníbal*
42	RDJ, t. XLVI (1949), II Parte, Sec. 2ª	14-15	14-01-1949	*Tagini, Francisco*
43	RDJ, t. XLVI (1949), II Parte, Sec. 1ª	399-402	24-03-1949	*Cuesta, Antonio con Vélez, Manuel y otro*
44	RDJ, t. XLVIII (1951), II Parte, Sec. 1ª	1 a 3	02-01-1951	*Vega López, Carlos*
45	RDJ, t. XLIX (1952), II Parte, Sec. 1ª	163-164	28-05-1952	*Becker de Emmanuel, Helena*
46	RDJ, t. LI (1954), II Parte, Sec. 1ª	371-375	18-05-1954	*Maureira Escobar, Silvia y otras con de la Fuente, Ildefonso y otros*
47	RDJ, t. LIII (1956), II Parte, Sec. 1ª	169-180	14-08-1956	*Carrillo, Heriberto con Ramírez, Mario y otra*
48	RDJ, t. LIII (1956), II Parte, Sec. 1ª	246-248	06-09-1956	*Echavarri O., René*
49	RDJ, t. LVII (1960), II Parte, Sec. 1ª	39	25-03-1960	*Cárdenas Luscich de Durand, Carmen*
50	RDJ, t. LVIII (1961), II Parte, Sec. 1ª	222-229	12-07-1961	*Meneses D., Carlos y otro con Meneses D., Cristina y otras*
51	RDJ, t. LIX (1962), II Parte, Sec. 1ª	203-205	21-12-1961	*Maira Orrego, Hernán*
52	RDJ, t. LIX (1962), II Parte, Sec. 2ª	47-49	12-07-1962	*Muñoz S., Viola*
53	RDJ, t. LIX (1962), II Parte, Sec. 1ª	103-104	06-04-1962	*Sociedad Minera Legal "Toña Una de Sierra Pastenes"*
54	RDJ, t. LX (1963), II Parte, Sec. 2ª	165-169	11-11-1963	*Meneses, Vitalicio (nombramiento de administrador pro-indiviso)*
55	RDJ, t. LXII (1965), II Parte, Sec. 1ª	239	26-07-1965	*Arellano, Ángel Custodio*
56	RDJ, t. LXVI (1969), II Parte, Sec. 2ª	84-87	15-10-1969	*Weibel S., Alejandro con Urrutia, Armando*
57	RDJ, t. LXVI (1969), II Parte, Sec. 2ª	84-87	15-10-1969	*Weibel S., Alejandro con Urrutia, Armando*
58	RDJ, t. LXIX (1972), II Parte, Sec. 3ª	26-28	29-03-1972	*Enrique Escala Baltra y otros*
59	RDJ, t. LXXII (1975), II Parte, Sec. 2ª	116-120	29-04-1975	*Carmen Uriarte O. Con Herminia Diez G.*
60	RDJ, t. LXXVIII (1981), II Parte, Sec. 2ª	163-164	28-12-1981	*Nichachis C., Aída çon Von Muhlenbrok L., Julio*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

	Nº RDJ	Páginas	Fecha	Asunto
61	RDJ, t. LXXVIII (1981), II Parte, Sec. 2ª	34-36	09-03-1981	*Rojas Freire, Orlanda*
62	RDJ, t. LXXXII (1985), II Parte, Sec. 1ª	19-27	06-05-1985	*Morales Gómez, Hernán*
63	RDJ, t. LXXXIV (1987), II Parte, Sec. 2ª	67-68	13-05-1987	*Rudloff R., Luis con Amaya R., Anatolio*
64	RDJ, t. LXXXVI (1989), II Parte, Sec. 2ª	17-20	04-04-989	*Frola Casella, Sergio*
65	RDJ, t. LXXXVI (1989), II Parte, Sec. 1ª	14-15	25-01-1989	*Smolko, Wladimir*
66	RDJ, t. LXXXIX (1992), Nº 1, II Parte, Sec. 5ª	44-47	12-12-1991	*Menichetti Fuentes, Eduardo con Asociación Nacional de Fútbol Profesional*
67	RDJ, t. LXXXIX (1992), Nº 1, II Parte, Sec. 2ª	6 a 8	28-01-1992	*Sánchez O., Arturo con Empresa Prestadora Servicios Austral S.A.*
68	RDJ, t. XCII (1995), II Parte, Sec. 2ª	111-112	05-09-1995	*Herrera García, Fernando con Bacarreza Rodríguez, Ricardo*
69	RDJ, t. XCIV (1997), Nº 1, II Parte, Sec. 1ª	1 a 3	06-01-1997	*Compañía de Teléfonos de Chile con Chilesat S.A.*
71	RDJ, t. XCV (1998), II Parte, Sec. 2ª	28-33	01-04-1998	*Elizabeth Adany y Cía. Ltda. con Readi Catan, Elena A. y otra*
73	RDJ, t. XCVIII (2001) Nº 2, II Parte, Sec. 2ª	27-28	06-04-2001	*Muga con 13º Juzgado Civil*
74	RDJ, t. XCVIII (2001) Nº 2, II Parte, Sec. 2ª	64	08-04-2001	*Donoso Benedetti, Carlos con Juez 13º Juzgado Civil*

B. Revista Fallos del Mes

	Nº Revista	Página	Sentencia	Año	Fecha de sentencia	Asunto
1	41	46	10	1962	10-08-1962	*Elvira Rosales Yáñez vs Juez 3º Mayor cuantía*
2	80	154	11	1965	26-07-1965	*Ángel Custodio Arellano vs Corte de Apelaciones de Chillán*
3	160	16	6	1972	29-03-1972	*Enrique Escala Baltra y otros vs Corte de Apelaciones de Antofagasta*
4	175	85	3	1973	28-05-1973	*Corporación de la Reforma Agraria vs Ministros del Tribunal Agrario Provisional de Maule*
5	188	111	3	1974	10-07-1974	*Alejandro Albornoz Ibáñez vs CORA*
6	107	254	7	1967	17-10-1967	*Guillermo Barraza Arqueros y otros vs Sociedad Supermercado Orbis Ltda.*
7	250	269	2	1979	13-09-1979	*Comercial Maderas y Materiales de Construcción S.A. vs Ministros de la Corte de Trabajo de Concepción*
8	278	615	7	1982	28-01-1982	*Elisa Felis Krause vs Conservador de Bienes Raíces de Villarica y Rudencindo Bustos Ferrada*
9	290	626	2	1983	3-011983	*Yarur, Nicolás vs Corte de Apelaciones de Santiago*
10	300	651	-	1983	14-11-1983	*Corporación de la Reforma Agraria vs Luis Correa, Violeta Guzmán y Sergio Valenzuela*
11	316	15	6	1985	11-03-1985	*Amos Samaniego García*
12	322	579	9	1985	17-09-1985	*Sociedad Inmobiliaria San Ramón vs Juez del Segundo Juzgado Civil de Puente Alto*
13	347	693	14	1987	5-10-1997	*Clere, Coopman y Cerna.*
14	355	321	10	1988	13-06-1988	*Maza Bañados vs María Patricia Díaz Page*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

	Nº Revista	Página	Sentencia	Año	Fecha de sentencia	Asunto
15	356	376	5	1988	28-07-1988	*Celulosa Arauco y Constitución S.A*
16	360	753	4	1988	16-11-1988	*Jorge Bofill Vergara*
17	362	898-899	7	1989	25-01-1989	*Smolko, Wladimir*
18	365	132	16	1989	5-04-1989	*José Paiva Berisso*
19	371	614	8	1989	9-10-1989	*Banco Colocadora Nacional de Valores*
20	372	713	8	1989	14-11-1989	*Sociedad Inversiones Barlovento Limitada vs Corte de Apelaciones de Valparaíso*
21	373	764	5	1989	12-12-1989	*Sociedad Minera Pudahuel Limitada vs Empresa Minera Caleta el Cobre*
22	377	92	5	1990	17-04-1990	*Banco del Estado de Chile*
23	381	435	15	1990	29-08-1990	*Arturo Alessandri Besa vs María Victoria Salas Torres*
24	382	514	15	1990	13-09-1990	*Enrique Luchsinger vs Juez Héctor Toro Carrascao*
25	384	690	10	1990	20-11-1990	*Minera el Inglés vs Juez Gustavo Vega Belmonte, tercer Juzgado Civil de Santiago*
26	391	201	6	1991	19-06-1991	*Pesquera Mar Profundo Ltda.*
27	393	357	1	1991	14-08-1991	*Lucinda Ojeda Santapau*
28	412	26	7	1993	30-03-1993	*Banco de Osorno y La Unión vs Sociedad Carlos Olivares, Hijos y Compañía Limitada y Olivares Carlos Plaza*
29	422	1204	11	1994	27-01-1994	*José Guerra Castaño*
30	440	877	6	1995	10-07-1994	*Química y Metalúrgica Ltda vs Corte de Apelaciones de San Miguel*
31	450	944	15	1996	2-02-1996	*Gabriela Sepúlveda Perrenau vs Mauricio Astudillo Pizarro, Secretario del Juzgado de Letras de San Vicente*
32	463	845	7	1997	10-06-1997	*Consorcio de Empresas Constructora Pacífico y Korlaet Limitada vs Jorge Luis Zlatar*
33	482	2895	8	1998	25-01-1999	*Juan Moya Lizana vs Sergio Orlando González Pino*

C. Revista Gaceta Jurídica

	Nº Gaceta	Página	Año	Fecha de sentencia	Asunto
1	17	14	1978	22-08-1978	*Sin datos en la publicación*
2	53	55	1984	7-11-1984	*Jorge Alvayay C. vs Patricio Stuven Cangas*
3	57	42	1985	8-11-1984	*Síndico de Quiebras vs Sergio Hernández Reeve*
4	57	86	1985	8-03-1985	*Blanco Osorno y la Unión vs Lüer Westermeyer, Fernando*
5	58	92	1985	8-03-1985	*Blanco Osorno y la Unión vs Lüer Westermeyer, Carla*
6	59	12	1985	6-05-1985	*Hernán Morales Gómez*
7	61	19	1985	1-07-1985	*Sergio Herbert Aguayo Vogel vs Ximena del Carmen Ruiz*
8	67	50	1986	6-01-1986	*Coorporación de Fomento a la Producción vs Compañía Chilena de Electricidad*
9	77	28	1986	3-10-1986	*José Nieve Villagra Leiva vs Segundo Calderón Guzmán*
10	98	17	1988	31-08-1988	*Asociación Nacional de Ahorro y Préstamo vs Roberto Bucarey*
11	106	42	1989	4-04-1989	*Roque Anibalovic Luksic vs Sergio Frola Casella*
12	123	36	1990	12-09-1990	*Teléfonos de Chile vs Bond Corporatin Chile S.A.*
13	134	33	1991	14-08-1991	*Santapau vs Mariela Santapau*
14	158	44	1993	9-08-1993	*vs Luis Alejando Sierra Mujica*
15	177	70	1995	17-03-1995	*Sociedad Novelco S.A. vs Juez 23º Jdo. Civil*
16	180	37	1995	5-06-1995	*Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos S.A.C.I. vs Compañía de Telefonos de Chile S.A.*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

D. Revista Gaceta de los Tribunales

	Año	Sentencia	Página
1	1904	820	1002
2	1909	217	316
3	1911	1252	980
4	1912	830	1175
5	1912	929	326
6	1913	842	2480
7	1913	388	1214
8	1918	477	1483
9	1931	124	584
10	1932	120	466
11	1940	149	624

E. Fallos Inéditos

1	Corte Suprema, 1 de agosto de 1994. Rol Nº 4270/94.
2	Corte Suprema, 27 de julio de 1999. Rol 3170-98.
3	Corte Suprema, 19 de abril de 2000. Rol Nº 1130-2000.
4	Corte Suprema, 15 de marzo de 2005. Rol 5487-03. Casación en el fondo
5	Corte Suprema, 20 de julio de 2005. Rol 4349-2005.
6	Corte Suprema, 11 de julio de 2007. Rol Nº 475-06.
7	Corte Suprema, 13 de noviembre de 2008. Rol 5657 de 2008.
8	Corte Suprema, 11 de noviembre de 2009. Rol 5870-08. Casación en el fondo
9	Corte de apelaciones de Arica, 16 de febrero de 2011. Rol Nº 48-2011.
10	C. Suprema, 17 de abril de 2012. Rol 7237-10.
11	Corte de Apelaciones de Coyhaique, 8 de junio de 2012. Rol Corte 12-2012.
12	Corte Suprema, Primera Sala, 21 de agosto de 2013. Rol 4458-13, casación en el fondo.
13	Corte Suprema, 23 de enero de 2014. Rol 157-2013.
14	Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de enero de 2014. Rol Nº 1798-2013.
15	Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de abril de 2014. Rol Nº 189-2014.
16	C. Suprema, 26 de agosto de 2014. Rol 13.412-2013.
17	Corte de Apelaciones de Coihaique, 23 de junio de 2015. Cita online: CL/JUR/3596/2015.

ÍNDICE CRONOLÓGICO
(Sentencias Recurso de Protección)

1	Fallos, Nº 347 (1987), p. 693.
2	Corte Suprema, 13 de noviembre de 2008. Rol 5657 de 2008.
3	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 1287-2011, 10 de mayo de 2011.
4	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 690-2011, 17 de mayo de 2011.
5	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 2150-2011, 20 de mayo de 2011.
6	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 4619-2011, 29 de julio de 2011.
7	Corte de Apelaciones de Santiago. Sexta Sala. Recurso de protección. Rol Nº 17.634-12, 22 de agosto de 2012.
8	Corte de Apelaciones de Santiago. Sexta Sala. Recurso de protección. Rol Nº 24.752-12, 26 de septiembre de 2012.
9	Corte de Apelaciones de Santiago. Novena Sala. Recurso de protección. Rol Nº 26.760-12, 22 de octubre de 2012.
10	Corte Suprema, Recurso de protección. Rol Nº 15.737-2014, 6 de noviembre de 2014.
11	Corte de Apelaciones de Santiago. Sexta Sala. Recurso de protección. Rol Nº 27.724-2014, 25 de septiembre de 2014.
12	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 414-2015, 16 de marzo de 2015.
13	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 1099-15, 7 de abril de 2015.
14	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 3974-2015, 9 de abril de 2015.
15	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 1511-15, 8 de abril de 2015.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ÍNDICE DE SENTENCIAS MEDIDAS CAUTELARES
(Referencia al orden de cita en el libro)

A. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales

1	RDJ, t. LXIX, (1972), segunda parte, sec. 3a, pp. 26 y 27.
2	RDJ, t. LVIII (1961), segunda parte, sec. 1a., p. 222.
3	RDJ, t. LX (1963), segunda parte, sec. 2a. pp. 168 y 169.
4	RDJ, t. II (1905), segunda parte, sec. 1ª, p. 176.
5	RDJ, t. XXXIV, (1937), segunda parte, sec. 1ª, pp. 153 y 154.
6	RDJ, t. XVII (1920), segunda parte, sec. 1ª, p. 397.
7	RDJ, t. XXXII (1935), segunda parte, sec. 1ª, p. 92.
8	RDJ, t. XXXVI (1939), parte segunda, sec. 2ª, p. 5.
9	RDJ, t. XCIV (1997), segunda parte, sec. 1ª, p. 1.
10	RDJ, t. XXXIX (1942), segunda parte, sec. 1ª, p. 237.
11	RDJ, t. XXXIII (1936), segunda parte, sec. 1ª, p. 71.
12	RDJ, t. XXXIV (1937), segunda parte, sec. 1ª, p. 90
13	RDJ, t. XCVII (2000), 2ª parte, sec. 2ª, p. 81.
14	RDJ, t. XXIX (1932), segunda parte, sec. 2ª, p. 101.
15	RDJ, t. XXIX (1932), segunda parte, sec. 1ª, p. 524.
16	RDJ, t. LII (1945), segunda parte, sec. 1ª, p. 303.
17	RDJ, t. LXVI (1969), segunda parte, sec. 2ª, p. 86.
18	RDJ, t. XIX (1922), segunda parte, sec. 1ª, p. 302.
19	RDJ, t. LXXXIX (1992), parte segunda, sec. 2ª, p. 7.
20	RDJ, t. LVII (1919), parte segunda, sec. 1ª, pp. 158 y 159.
21	RDJ, t. LXXXVI (1989), parte segunda, sec. 2ª, p. 20.
22	RDJ, t. LXXXIV (1987), parte segunda, sec. 2ª, p. 67.
23	RDJ, t. CIII (2006), 2ª parte, sec. 1ª, p. 128.
24	RDJ, t. XCVI (1999), 2ª parte, sec. 1ª, p. 15.
25	RDJ, t. XCIV (1997), segunda parte, sec. 1ª, pp. 2 y 3.
26	RDJ, t. XLV (1948), segunda parte, sec. 1ª, p. 21.
27	RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 1ª, pp. 638 y 639.
28	RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 1ª, p. 629.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

29	RDJ, t. XIX (1922), segunda parte, sec. 1ª, p. 300.
30	RDJ, t. XXVII (1930), segunda parte, sec. 1ª, pp. 740 y 741.
31	RDJ, t. I (1903), segunda parte, p. 289.
32	RDJ, t. XLVI (1949), segunda parte, sec. 2ª, p. 14.
33	RDJ, t. XXXVII (1940), segunda parte, sec. 1ª, p. 298.
34	RDJ, t. LXXII (1975), segunda parte, sec. 2ª, pp. 117 y 118.
35	RDJ, t. LXXXIX (1992), segunda parte, sec. 2ª, p. 7.
36	RDJ, t. LXXXIX (1992), segunda parte, sec. 2ª, p. 7.
37	RDJ, t. XCVIII (2001), segunda parte, sec. 2ª, p. 27.
38	RDJ, t. XCVIII (2001), segunda parte, sec. 2ª, p. 64.
39	RDJ, t. XXXIV, (1937), segunda parte, sec. 1ª, pp. 153 y 154.
40	RDJ, t. LIX (1962), segunda parte, sec. 1ª, p. 293.
41	RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 1ª, p. 630.
42	RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 1ª, p. 630.
43	RDJ, t. LXXXVI (1989), segunda parte, sec. 2ª, p. 17.
44	RDJ, t. XVII (1919), segunda parte, sec. 1ª, pp. 158 y 159.
45	RDJ, t. LXXXVI (1989), segunda parte, sec. 2ª, p. 17.
46	RDJ, t. LXXXVI (1989), segunda parte, sec. 2ª, p. 19.
47	RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 1ª, p. 630.
48	RDJ, t. XXXI (1934), segunda parte, sec. 1ª, p. 469.
49	RDJ, t. XLVI (1949), parte segunda, sec. 1ª, pp. 400 y 401.
50	RDJ, t. LXXXII (1985), parte segunda, sec. 1ª, pp. 24 y 25.
51	RDJ, t. XXV (1928), parte segunda, sec. 2ª, p. 73.
52	RDJ, t. LXXXII, (1985), parte segunda, sec. 1ª, p. 25.
53	RDJ, t. XXXV (1938), parte segunda, sec. 2ª, p. 19.
54	RDJ, t. XL (1943), segunda parte, sec. 2ª, p. 16.
55	RDJ, t. I, (1903), segunda parte, sec. 2ª, p. 582.
56	RDJ, t. XLVIII (1951), segunda parte, sec. 1ª, p. 2.
57	RDJ, t. LXXXVI, (1989) segunda parte, sec. 1ª, pp. 17-21.
58	RDJ, t. XXXVI (1939), segunda parte, sec. segunda, pp. 4 y 5.
59	RDJ, t. XVII (1919), segunda parte, sec. primera, p. 159.
60	RDJ, t. XXXVI (1939), segunda parte, sec. segunda, p. 5.
61	RDJ, t. XXXV (1938), segunda parte, sec. 2ª, p. 78
62	RDJ, t. LIX (1962), segunda parte, sec. 1ª, p. 204.
63	RDJ, t. XXXV (1938), segunda parte, sec. 2ª, p. 78.
64	RDJ, t. XXXII (1935), segunda parte, sec. 1ª, p. 70.
65	RDJ, t. LXXXIX (1992), segunda parte, sec. 2ª, p. 7.
66	RDJ, t. LXXII (1975), segunda parte, sec. 2ª. pp. 117 y 118.
67	RDJ, t. XXVII (1930), segunda parte, sec. 1ª, pp. 740 y 741.
68	RDJ, t. XXXIV (1937), segunda parte, sec. 1ª, pp. 90-91.
69	RDJ, t. XCII (1995), segunda parte, sec. 2ª, p. 112.
70	RDJ, t. XXXIX (1942), segunda parte, sec. 1ª, p. 237.
71	RDJ, t. III (1905), segunda parte, sec. 1ª, pp. 306-312.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

72	RDJ, t. III (1906), segunda parte, sec. 1ª, p. 402.
73	RDJ, t. III (1905), segunda parte, sec. 1ª, pp. 90-95.
74	RDJ, t. XXVII (1930), segunda parte, sec. 1ª, pp. 331-335.
75	RDJ, t. XXXV (1938), segunda parte, sec. 1ª, pp. 280-282.
76	RDJ, t. XLV (1948), segunda parte, sec. 1ª, pp. 20 y 21.
77	RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 2ª, p. 4.
78	RDJ, t. XLVIII (1951), parte segunda, sec. 1ª, p. 2.
79	RDJ, t. XLVI (1949), segunda parte, sec. 1ª, p. 399.
80	RDJ, t. XXV (1928), segunda parte, sec. 1ª, p. 570.
81	RDJ, t. XCIV (1997), segunda parte, sec. 1ª, pp. 1 y 2.
82	RDJ, t. XLV (1948), segunda parte, sec. 1ª, p. 20.
83	RDJ, t. LIX (1962), segunda parte, sec. 1ª, pp. 204 y 205.
84	RDJ, t. XXVIII, segunda parte, sec. 1ª (1931), pp. 769 y ss.
85	RDJ, t. LI, segunda parte, sec. 1ª (1954), pp. 371 y ss.
86	RDJ, t. LIII, segunda parte, sec. 1ª (1956), pp. 169 y ss.
87	RDJ, t. XCV, segunda parte, sec. 2ª (1998), pp. 28 y ss.
88	RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 1ª, p. 639.
89	RDJ, t. LXVI (1969), segunda parte, sec. 2ª, p. 85.
90	RDJ, t. LI (1954), segunda parte, sec. 1ª, p. 375.
91	RDJ, t. XLV (1948), segunda parte, sec. 1ª, p. 580.
92	RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 2ª, p. 4.
93	RDJ, t. XXVIII (1931), segunda parte, sec. 2ª, pp. 4 y 5.
94	RDJ, t. LI (1954), segunda parte, sec. 1ª, p. 375.
95	RDJ, t. XCV, segunda parte, sec. 2ª (1998), p. 31.
96	RDJ, t. LIII, segunda parte, sec. 1ª (1956), p. 177.
97	RDJ, t. XXVIII, segunda parte, sec. 2ª (1931), p. 4.
98	RDJ, t. XCV, segunda parte, sec. 2ª (1998), pp. 30, 32 y 33.
99	RDJ, t. XCV, segunda parte, sec. 2ª (1998), pp. 30-33.
100	RDJ, t. XXVI, segunda parte, sec. 1ª, p. 227.
101	RDJ, t. LXXVIII (1981), segunda parte, sec. 2ª, p. 34.
102	RDJ, t. XXIX segunda parte, sec. 2ª, p. 101.
103	RDJ, t. LXIX, (1972), segunda parte, sec. 3ª, pp. 26 y 27.
104	RDJ, t. LXXXVI (1989), segunda parte, sec. 2ª, p. 19.
105	RDJ, t. XXVIII, (1931), segunda parte, sec. 1ª, p. 630.
106	RDJ, t. XXVIII, (1931), segunda parte, sec. 1ª, p. 630.
107	RDJ, t. LXII (1965), p. 155. segunda parte, sec. 1ª, p. 239.
108	RDJ, t. XCVI (1999), sec. 1ª, p. 15.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

B. Revista Fallos del Mes

1	Fallos, Nº 160 (1972), pp. 16 y 17.
2	Fallos, Nº 437 (1995), p. 254.
3	Fallos, Nº 45 (1962), p. 46.
4	Fallos, Nº 482 (1999), pp. 2902 y 2903.
5	Fallos, Nº 384 (1990), p. 691.
6	Fallos, Nº 419 (1993), pp. 869 y 870.
7	Fallos, Nº 450 (1996), pp. 948 y 949.
8	Fallos, Nº 61 (1963), p. 277.
9	Fallos, Nº 188 (1974), pp. 111-113.
10	Fallos, Nº 360 (1988), pp. 753 y 754.
11	Fallos, Nº 365 (1989), p. 132.
12	Fallos, Nº 45 (1962), p. 46.
13	Fallos, Nº 61 (1963), p. 277.
14	Fallos, Nº 80 (1965), p. 155.
15	Fallos, Nº 391 (1991), p. 201.
16	Fallos Nº 381 (1990), p. 436.
17	Fallos Nº 373 (1989), pp. 767 y 768.
18	Fallos, Nº 290 (1983), p. 627.
19	Fallos, Nº 45 (1962), p. 46.
20	Fallos, Nº 107 (1967), p. 255.
21	Fallos, Nº 41 (1962), pp. 164 y 165.
22	Fallos, Nº 332 (1986), p. 425.
23	Fallos, Nº 372 (1989), p. 712
24	Fallos, Nº 362 (1989), pp. 898 y 899.
25	Fallos, Nº 362 (1989), pp. 898 y 899.
26	Fallos, Nº 372 (1989), p. 713.
27	Fallos, Nº 463 (1997), pp. 846 y 847.
28	Fallos, Nº 175 (1973), pp. 86 y 87.
29	Fallos, Nº 250 (1979), p. 271.
30	Fallos,Nº 316 (1985), pp. 15 y 16.
31	Fallos, Nº 355 (1988), p. 322.
32	Fallos, Nº 412 (1993), p. 29.
33	Fallos, Nº 412 (1993), p. 29.
34	Fallos, Nº 371, 1989, p. 614.
35	Fallos, Nº 382 (1990), p. 516.
36	Fallos Nº 320 (1985), p. 421.
37	Fallos, Nº 384 (1990), p. 691.
38	Fallos Nº 450 (1996), p. 947.
39	Fallos, Nº 384 (1990), p. 691.
40	Fallos, Nº 300 (1983), p. 652.
41	Fallos, Nº 254 (1980), p. 502.
42	Fallos, Nº 254 (1980), p. 502

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

43	Fallos, Nº 320 (1985), pp. 421 y 422.
44	Fallos Nº 260 (1980), p. 196.
45	Fallos, Nº 278 (1982), p. 616.
46	Fallos, Nº 278 (1982), p. 616.
47	Fallos, Nº 322 (1985), p. 580.
48	Fallos, Nº 393 (1991), pp. 375-376.
49	Fallos, Nº 393 (1991), pp. 376 y 377.
50	Fallos Nº 419 (1993), pp. 849 y 850.
51	Fallos, Nº 393 (1991), p. 377.
52	Fallos, Nº 276 (1981), p. 520.
53	Fallos, Nº 345 (1987), pp. 472 y 473.
54	Fallos, Nº 323 (1985), p. 642.
55	Fallos, Nº 160 (1972), pp. 16 y 17.

C. Revista Gaceta Jurídica

1	Gaceta Nº 98 (1988), pp. 17 y 18.
2	Gaceta Nº 17 (1978), p. 14.
3	Gaceta, Nº 57 (1985), p. 91.
4	Gaceta, Nº 58 (1985), pp. 92.
5	Gaceta, Nº 59 (1985), pp. 12 y 13.
6	Gaceta Nº 180 (1995) p. 37.
7	Gaceta Nº 158 (1993), p. 44.
8	Gaceta Nº 98 (1988), p. 18.
9	Gaceta, Nº 67 (1986), p. 50.
10	Gaceta, Nº 123 (1990), p. 37.
11	Gaceta, Nº 77 (1986), p. 28.
12	Gaceta, Nº 59 (1985), p. 12.
13	Gaceta, Nº 53 (1984), pp. 56 y 57.
14	Gaceta, Nº 57 (1985), p. 90.
15	Gaceta Nº 106, (1989), pp. 42-45.
16	Gaceta Nº 106, (1989), p. 44.
17	Gaceta Nº 134 (1991), p. 33.
18	Gaceta Nº 158 (1993), p. 44.
19	Gaceta Nº 57 (1985), p. 42.
20	Gaceta, Nº 61 (1985), pp. 19 y 20.
21	Gaceta, Nº 59 (1985), p. 12.
22	Gaceta, Nº 53 (1984), pp. 56 y 57.
23	Gaceta, Nº 57 (1985), p. 90.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

D. Revista Gaceta de los Tribunales

1	Gaceta de los Tribunales (1913), Nº 842, p. 2.480.
2	Gaceta de los Tribunales (1931) Nº 124, p. 584.
3	Gaceta de los Tribunales (1904), 1er semestre, Nº 820, p. 1002.
4	Gaceta de los Tribunales t. 2, (1911), p. 980, sent. 1252.
5	Gaceta de los Tribunales t. 2, (1912), p. 326, sent. 929.
6	Gaceta de los Tribunales t. 3, (1913), p. 1214, sent. 388.
7	Gaceta de los Tribunales, Nº 217, 1er sem., p. 316.
8	Gaceta de los Tribunales (1912), Nº 830, p. 1.175.
9	Gaceta de los Tribunales (1932), Nº 120, p. 466.
10	Gaceta de los Tribunales (1918), Nº 477, p. 1.483.
11	Gaceta de los Tribunales (1940), Nº 149, p. 624.

E. Fallos Inéditos

1	Corte Suprema, Rol Nº 1130-2000, 19 de abril de 2000.
2	Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de enero de 2014. Rol Nº 1798-2013. Pronunciado por la Décima Sala integrada por las ministras María Soledad Melo Labra, Teresa Carolina Figueroa Chandía y Tita Aránguiz Zúñiga.
3	Corte Suprema, 23 de enero de 2014, rol 157-2013. Pronunciado por la Primera Sala por los ministros Nibaldo Segura P., Juan Araya E., Guillermo Silva G., Sra. Rosa Maggi D. y Abogado Integrante Sr. Emilio Pfeffer U.
4	Corte Suprema, 20 de julio de 2005, rol 4349-2005. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Ricardo Gálvez; Enrique Cury y Milton Juica; y los abogados integrantes José Fernández y Arnaldo Gorziglia.
5	Corte Suprema, 11 de julio de 2007, rol Nº 475-06. Pronunciado por la Primera Sala por los Ministros Milton Juica A., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M. y Sr. Juan Araya E. y Abogado Integrante Sr. Ricardo Peralta V.
6	Corte de apelaciones de Arica, rol Nº 48-2011, 16 de febrero de 2011.
7	Corte de Apelaciones de Coihaique, 23 de junio de 2015. Cita online: CL/JUR/3596/2015.
8	Corte Suprema, 11 de noviembre de 2009. Casación en el fondo rol 5.870-08. Pronunciada por la Primera Sala por los ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Juan Araya E. y Guillermo Silva G. y Abogados Integrantes Sr. Luis Bates H. y Sra. Maricruz Gómez de la Torre V.
9	Corte Suprema, 1 de agosto de 1994, rol Nº 4270/94.
10	Corte Suprema, 15 de marzo de 2005. Casación en el fondo rol 5.487-03. Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros señores José Benquis C., José Luis Pérez Z., Urbano Marín V., Jorge Medina C. y Nibaldo Segura P.
11	C. Suprema, rol 13.412-2013, sentencia de 26 de agosto de 2014.
12	C. Suprema, rol 13.412-2013, sentencia de 26 de agosto de 2014.
13	C. Suprema, rol 7237-10, sentencia de 17 de abril de 2012.
14	Corte Suprema, 27 de julio de 1999, Rol 3170-98 (inédito).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

15	C. Suprema, rol 5657 de 2008, sentencia de 13 de noviembre de 2008.
16	Corte Suprema, Primera Sala, casación en el fondo, rol 4.458-13, 21 de agosto de 2013.
17	Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de abril de 2014. Rol Nº 189-2.014. Pronunciada por la Décima Sala, presidida por el ministro señor Juan Cristóbal Mera Muñoz e integrada por el ministro señor Omar Astudillo Contreras y por el abogado integrante señor Mauricio Izquierdo Páez.
18	Corte de Apelaciones de Coyhaique, 8 de junio de 2012. Rol Corte 12-2012. Pronunciada por los ministros señores Sergio Fernando Mora Vallejos, Luis Daniel Sepúlveda Coronado y Pedro Alejandro Castro Espinoza.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ÍNDICE SENTENCIAS RECURSO DE PROTECCIÓN
(Referencia al orden de cita en el libro)

1	Fallos, Nº 347 (1987), p. 693.
2	Corte Suprema, Recurso de protección. Rol Nº 15.737-2014, 6 de noviembre de 2014. Redacción de la ministra Egnem.
3	Corte de Apelaciones de Santiago. Sexta Sala. Recurso de protección. Rol Nº 27.724-2014, 25 de septiembre de 2014.
4	Corte de Apelaciones de Santiago. Sexta Sala. Recurso de protección. Rol Nº 17.634-12, 22 de agosto de 2012.
5	Corte de Apelaciones de Santiago. Sexta Sala. Recurso de protección. Rol Nº 24.752-12, 26 de septiembre de 2012.
6	Corte de Apelaciones de Santiago. Novena Sala. Recurso de protección. Rol Nº 26.760-12, 22 de octubre de 2012.
7	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 1099-15, 7 de abril de 2015.
8	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 1287-2011, 10 de mayo de 2011. La sentencia no señala quién la redactó.
9	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 4619-2011, 29 de julio de 2011. Redacción a cargo del ministro Sandoval.
10	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 690-2011, 17 de mayo de 2011. Redacción a cargo del abogado integrante señor Bates.
11	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 2150-2011, 20 de mayo de 2011. Redacción a cargo del abogado integrante señor Lagos.
12	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 414-2015, 16 de marzo de 2015. Redacción a cargo del ministro Pierry.
13	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 3974-2015, 9 de abril de 2015. Redacción a cargo del ministro Pierry.
14	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 1511-15, 8 de abril de 2015. Redacción a cargo del ministro señor Carreño.
15	C. Suprema. Recurso de protección. Rol Nº 15.737-2014, 6 de noviembre de 2014. Redacción del voto de minoría a cargo de los ministros disidentes.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

ÍNDICE ANALÍTICO
(Referencia a los párrafos del libro)

A

Abandono de procedimiento, 6.49

Acción civil en el proceso penal,
Véase medidas cautelares reales

Actuaciones judiciales,
Con citación, 9.44, 9.52
De plano, 9.44

Acumulación de recursos de protección,
Procedencia, 0.14
Efectos, 0.14

Arbitraje,
Comercial internacional, 1.2-1.3
Nacional, 1.3

Auto, 6.60

Autorización judicial para enajenar un bien retenido, 8.51

Autorización judicial para enajenar un bien sujeto a una prohibición, 8.62

Autocomposición,
Véase arbitraje y mediación

Autotutela, 1.1

C

Caducidad *ipso facto*, 6.33, 6.39, 7.13

Cargas procesales, 10.12
Véase también medidas prejudiciales precautorias

Caución,
Garantía, 6.36-6.37
Materia penal, 10.11
Monto, 6.41
Prejudicial precautorias, 7.6
Problemas, 1.13
Requisito de concesión, 6.38-6.40

Codificación liberal, 4.1

Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), 1.8, 1.9

Competencia,
Competencia para decretar medidas cautelares en primera instancia, 6.43-6.44, 6.46
Competencia para decretar medidas cautelares en segunda instancia, 6.47
Incompetencia absoluta para decretar medidas precautorias, 6.45
Incompetencia de los árbitros para decretar medidas prejudiciales, 6.44
Tribunal competente, 6.43-6.44, 6.46
Tribunal competente en segunda instancia, 6.47

Corte Internacional de Justicia,
Fisheries Jurisdiction Cases, 0.7

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

Expansión de la tutela cautelar, 1.11
La Grand proceso, 1.11

Cosa juzgada, 0.13

Costas procesales y personales, 10.4

Curia Filípica Mexicana, 0.4

D

Decreto, Providencia o Proveído, 6.60

Dolo,
Presunción, 7.15

E

Ejecución resoluciones pronunciadas por tribunales chilenos,
Procedimiento de cumplimiento con citación, 8.2
Procedimiento ejecutivo, 8.5

Equidad,
Principios que gobiernan la concesión de una medida provisional, 3.5-3.8

F

Fumus boni iuris,
Verosimilitud del derecho, 6.31, 6.34
Presunción grave del derecho reclamado, 6.32
Casos graves y urgentes, 6.33
Ver también
Materia familiar, 9.7
Material laboral, 9.31
Materia penal, 10.9

G

Guarda y aposición de sellos,
Véase Medidas cautelares conservativas

I

Incidentes,
Abandono del procedimiento, 6.49
Cuaderno separado, 6.48
Tramitación, 6.52, 6.53

Injunction,
En general, 3.4
Freezing,
Concesión, 3.28-3.32
Desarrollo, 3.27
Génesis, 3.26
Naturaleza, 3.25
Perpetua o definitiva, 3.4
Principios, 3.5-3.8
Provisional, 3.13-3.15
Criterio de concesión, 3.16-3.23
Caución (*undertaking as to damages*), 3.24, 3.31

Interventor judicial,
Véase medidas precautorias

J

Juicio ejecutivo,
Depositario de los bienes embargados, 8.12
Ejecución sobre una empresa o establecimiento mercantil o industrial, 8.33

L

Legitimación,
Activa, 6.42, 10.5-10.6
Pasiva, 10.7

Ley de enjuiciamiento civil española de 1855, 4.21-4.42

Ley de enjuiciamiento civil española de 1881, 4.43-4.74

Leyes especiales,
Véase medidas cautelares especiales

M

Mareva injunction,
Ver Freezing injunction

Medidas cautelares,
Alzamiento, 6.62-6.63

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Características
instrumentalidad, 6.8-6.11
extensión, 6.12-6.14
proceso de urgencia, 6.15
provisionalidad, 6.4-6.7
Finalidad, 0.6, 6.1
conservativa, 0.7, 2.8, 8.1, 8.9, 8.25
innovativa, 0.8-010, 2.8,
Homogeneidad, 0.9
Innominadas, 8.74
Legitimación, 6.42
Naturaleza de la resolución,
Principios,
Proporcionalidad, 6.16-6.18
Responsabilidad, 6.19-6.25
Reglamentación, 6.2
Tramitación, 6.51
incidental, *véase incidentes*
de plano, 6.54

Medidas cautelares especiales,
Competencia, 9.46
actuación de oficio, 9.48-9.49
caución, 9.53
jurisprudencia, 9.56-9.61
medidas prejudiciales, 9.50, 9.54
Familiar, 9.1
abandono de familia, 9.21-9.24
actuación de oficio, 9.6
medidas conservativas e innovativas, 9.8
oportunidad, 9.5
potestad cautelar, 9.3-9.9
protección de los derechos del niño, 9.10-9.15
tramitación, 9.9
violencia intrafamiliar, 9.16-9.20
Laboral, 9.25
función cautelar, 9.28
oportunidad, 9.31
tramitación, 9.31
Medio ambiente, 014, 9.38
actuación de oficio, 9.43, 9.44
apelación, 9.46
caución, 9.45
fumus boni iuris, 9.45
inconstitucionalidad, 9.39
medidas conservativas, 9.42
medidas innovativas, 9.42
medidas prejudiciales, 9.43
tribunales ambientales, 9.40
Propiedad industrial, 010, 9.32
medidas conservativas, 9.34-9.35
medidas innovativas, 9.33-9.35
medidas prejudiciales, 9.36
sentencia Tribunal Constitucional, 9.37

Medidas cautelares reales,
Acción civil en el proceso penal, 10.3
Caución, 10.11
Demanda civil, 10.17
Fumus, 10.9
Escrito de medida cautelar, 10.15
Etapa de investigación, 10.16
Etapa de preparación del juicio oral, 10.17
Oportunidad,
formalización de la investigación, 10.13
audiencia de preparación del juicio oral, 10.14
Periculum, 10.10
Revocación, 10.18
Tipo de medidas, 10.2

Medidas prejudiciales precautorias
Cargas procesales, 7.9-7.15, 9.50
Casos graves y urgentes, 7.4
Caución, 7.6
Requisitos, 7.8
Tramitación, 7.16-7.17

Medidas precautorias,
Alzamiento, 8.23, 8.39, 8.53, 8.72
Clases de medidas,
interventor judicial, 8.25
acción reivindicatoria y otras acciones reales sobre inmuebles, 8.26
comunero o socio, 8.30
facultades, 8.36-8.37
herencia ocupada, 8.29
materia concursal, 8.34
materia minera, 8.35

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

nombramiento, 8.38
prohibición de celebrar actos y contratos, 8.54
acción real o acción personal, 8.59
actos y contratos, 8.56
bienes objeto de la medida, 8.57, 8.60
efectos de la medida
respecto de las partes, 8.61
respecto de terceros, 8.65-8.66, 8.68
bienes inmuebles, 8.67
inscripción de la prohibición, 8.68, 8.73
bienes muebles, 8.70-8.71
prohibición de gravar y enajenar, 8.62
otras prohibiciones, 8.63
vigencia, 8.69
retención bienes, 8.40
bienes determinados, 8.43-8.44
dineros, 8.43-8.45
efectos, 8.46
indisponibilidad física, 8.47
indisponibilidad jurídica, 8.48-8.50
ejecución, 8.52
secuestro de la cosa, 8.9
acción reivindicatoria, 8.14
bienes inmuebles, 8.24
depositario, 8.21, 8.22
otras acciones, 8.15
objeto ilícito, 8.20
protección física del bien, 8.18-8.19
Concepto, 8.6,
Cumplimiento medida sin notificación previa,
Ejecución forzosa, 8.2
Oportunidad para pedirlas, 8.1
Requisitos para decretarlas,
Tramitación,

Métodos alternativos de solución del conflicto,
Mediación, 1.4

N

Notificaciones, 6.56
Ampliación del plazo, 6.57
Concesión sin previa notificación, 6.57, 9.30
Forma de la notificación, 6.58

Nulidad,
Véase objeto ilícito

O

Objeto ilícito,
Secuestro, 8.20
Retención, 8.48-8.50
Prohibición de gravar y enajenar, 8.62, 8.64

Orden de no innovar,
Recurso de apelación, 6.50
Recurso de protección, 0.13

P

Plazos,
Ampliación para presentar una medida prejudicial, 7.10, 7.11

Periculum in mora, 6.27
Peligro de infructuosidad, 6.28
Peligro de tardanza, 6.29
Peligro indeterminado, 6.30
Ver también
Materia familiar, 9.7
Material laboral, 9.31
Materia penal, 10.10

Proceso cautelar,
Véase tutela cautelar

Proceso jurisdiccional,
Dilaciones indebidas, 1.6, 1.9

Proceso penal,
Véase medida cautelares reales

Proceso de urgencia,
Véase Recurso de protección

Prohibición de celebrar actos y contratos,
Véase medidas precautorias

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Prohibición de gravar y enajenar,
Véase medidas precautorias

Q

Querellas posesorias,
denuncia de obra nueva, 013, 8.75
suspensión provisional, 8.76-8.77
denuncia de obra peligrosa, 8.78, 8.82-8.83
medida urgente, 8.79, 8.80
apelación, 8.81

R

Radicación,
Apelación precedida por orden de no innovar, 6.50

Reconvención, 6.42

Recurso de apelación,
Competencia para conceder una medida cautelar, 6.47
Orden de no innovar, 6.50

Recurso de reposición, 9.55

Recurso de protección,
Efecto provisional y definitivo de su resolución, 013
Proceso de urgencia, 011-014

Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 9.56-9.61

S

Secuestro judicial,
Véase medidas precautorias

Sentencia definitiva, 6.60, 6.63

Sentencia interlocutoria, 6.60, 6.61

Sistema alternativo de solución de controversias,
Véase Métodos alternativos de solución del conflicto

T

Tribunal Constitucional, 010, 9.37

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2.5, 2.6

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1.7, 1.8

Tutela cautelar,
Evolución histórica, 0.2, 2.1, 2.2-2,12
Expansión, 1.10, 1.11,
Potestad cautelar genérica, 2.11
Problemas, 1.12, 1.13

Tutela provisional,
Véase tutela cautelar

Tutela provisional en el derecho inglés,
Desarrollo, 3.2
Medidas provisionales, 3.3,
Pagos provisionales, 3.33-3.42

V

Violencia intrafamiliar, 9.16.-9.20

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ÍNDICE GENERAL

Abreviaturas 9
Presentación de la segunda edición 11
Prefacio de la primera edición 17
Prólogo de la primera edición 21

Introducción 27
1. Planteamiento 27
2. Breve evolución de la tutela cautelar 28
3. Finalidad de las medidas cautelares 32
   3.1. Finalidad conservativa 32
   3.2. Finalidad innovativa 34
4. El recurso de protección y la tutela cautelar 40

Capítulo Primero
EL PROCESO CIVIL

1. Crisis en la solución pública de los litigios 55
2. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas 60
3. Expansión de la tutela provisional: ámbito local e internacional .. 67
4. Problemas que plantea la tutela provisional 74

Capítulo Segundo
LA TUTELA CAUTELAR EN EL DERECHO EUROPEO CONTINENTAL

1. Un concepto doctrinal: El proceso cautelar 83
   1.1. El cambio de técnica legislativa 85
   1.2. La nueva realidad social de los siglos XX y XXI 90

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

1.3. El aumento de las facultades procesales del juez en el Estado constitucional de derecho 93
2. ¿Qué queda de la concepción clásica-procesal de las medidas cautelares? 100

Capítulo Tercero
LA TUTELA CAUTELAR EN EL DERECHO INGLÉS

1. El derecho inglés 103
2. Desarrollo de la tutela provisional en el derecho procesal civil inglés 106
3. Interim Relief: Interim Injunction e Interim Payments 110
3.1. Injunctions 110
3.1.1. Principios que gobiernan las Injunctions 111
3.1.2. Competencia ante el Tribunal Superior de Justicia (The High Court) 112
3.2. *Interim Injunctions* 115
3.2.1. El proceso judicial *American Cyanamid* 117
3.2.2. El compromiso de indemnización 125
3.2.3. Freezing injunction 127
3.3. Interim Payment (pagos provisionales) 142
3.3.1. Principios que gobiernan la concesión de los pagos provisionales ante el Tribunal Superior de Justicia ... 144
3.3.2. El estandar de la prueba 148
3.3.3. Regularización del pago provisional 150

Capítulo Cuarto
LA TUTELA CAUTELAR EN EL SIGLO XIX EN ESPAÑA

1. La edad de la codificación 151
2. La legislación española. Estado y tramitación de las medidas provisionales en el derecho procesal civil español antes de la ley de enjuiciamiento civil de 1855 155
2.1. Las Partidas y la Novísima Recopilación 155
2.2. Regulación del embargo provisional en la Ley provisional de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 24 de julio de 1830 163
2.2.1. Reglamentación 164
2.2.2. Evaluación 166
2.3. El reglamento provisional para la administración de justicia de 1835 168
2.3.1. Planteamiento 168
2.3.2. Medidas provisionales 169

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

2.4. La instrucción del Marqués de Gerona: antecedente inmediato de la primera Ley de enjuiciamiento civil en España 171
3. La Ley de enjuiciamiento civil de 1855 176
3.1. Regulación de las medidas provisionales de seguridad en la Ley de enjuiciamiento civil de 1855 178
3.1.1. Planteamiento 178
3.1.2. Reglamentación y ubicación del embargo preventivo . 181
3.1.3. Propósito de la nueva ley 182
3.1.4. Provisionalidad del embargo preventivo 183
3.1.5. Normas positivas referentes al embargo preventivo en la Ley de enjuiciamiento civil de 1855 185
3.2. Evaluación 196
4. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 198
4.1. Estado de la cuestión 198
4.1.1. Primeros trabajos de la sección primera de la Comisión de Codificación (1879-1880) 200
4.1.2. Revisión de los trabajos de la sección primera de la Comisión de Codificación (1880-1881) 201
4.1.3. La Ley de bases del enjuiciamiento civil de 1881 203
4.2. Regulación de las medidas provisionales de seguridad en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 207
4.2.1. Planteamiento 207
4.2.2. Normas positivas referentes al embargo preventivo en la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 214
4.2.3. Normas positivas referentes al nombramiento de interventor judicial y medidas cautelares indeterminadas en la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 225

Capítulo Quinto
LA LEGISLACIÓN PROCESAL EN CHILE

1. La legislación procesal en Chile en el siglo XIX: derecho indiano, derecho castellano y derecho chileno precodificado 239
1.1. El derecho indiano 241
1.2. El derecho castellano 242
1.3. El derecho procesal chileno precodificado (1818-1875) 244
2. Derecho vigente en materia de medidas provisionales en Chile (1805-1902) 247
3. Regulación de las medidas precautorias en los diferentes proyectos de Código de Enjuiciamiento Civil en Chile 253
3.1. Proyecto de código de enjuiciamiento civil de 1871 254
3.2. Proyecto de código de enjuiciamiento civil de 1875 260
3.3. Proyecto de código de enjuiciamiento civil de 1884 265

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

3.4. Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1893 268
3.5. Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1902 275

Capítulo Sexto
LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL CHILENO

1. Planteamiento 281
2. Reglamentación 282
3. Características que informan las medidas cautelares 283
3.1. Provisionalidad 285
3.1.1. Recepción de la provisionalidad en el orden procesal chileno 287
3.2. Instrumentalidad 290
3.2.1. Recepción de la instrumentalidad en el orden procesal chileno 292
3.2.2. Problemas doctrinales que la instrumentalidad plantea 297
4. Principios que informan las medidas cautelares 304
4.1. Proporcionalidad 304
4.2. Responsabilidad 309
5. Presupuestos de aplicación 318
5.1. El peligro en la demora 319
5.1.1. Configuración del peligro en la demora en el derecho procesal civil chileno 321
5.2. Fumus boni iuris 329
5.2.1. Configuración del Fumus boni iuris en el derecho procesal civil chileno 330
5.3. Caución 335
5.3.1. Regulación de la caución en el derecho procesal civil . 336
6. Legitimación, competencia y cuaderno incidental (abandono del procedimiento) 345
6.1. Legitimación 345
6.2. Tribunal competente para conocer la solicitud de una medida precautoria 346
6.2.1. Solicitud antes del inicio del proceso 347
6.2.2. Proceso en primera instancia 349
6.2.3. Proceso en segunda instancia 350
6.3. Cuaderno separado 354
7. Tramitación de la solicitud de una medida precautoria 358
7.1. Discusión sobre el alcance de los incisos primero y segundo del art. 302 359
7.1.1. Tramitación incidental de la medida precautoria 359
7.1.2. Tramitación incidental y acceso provisional de la medida precautoria 361

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

7.1.3. Tramitación de plano de la medida solicitada 363
7.1.4. Cuestiones prácticas 367
7.2. Forma de notificar la resolución que concede una medida precautoria (inciso 3º del art. 302) 371
8. Resolución que resuelve sobre la solicitud de una medida cautelar y alzamiento de la misma 374
8.1. Resolución 374
8.2. Alzamiento de la medida cautelar 378
8.2.1. Tramitación 378
8.2.2. ¿Alzamiento de la medida cuando se dicta sentencia desestimatoria de la pretensión del actor? 379

Capítulo Séptimo
LAS MEDIDAS PREJUDICIALES

1. Contenido, estructura y efectos de las medidas prejudiciales reguladas en el Título IV del Libro II del CPC 383
1.1. Planteamiento 383
1.2. Ámbito de aplicación y alcance del art. 279 del CPC 384
1.3. Requisitos de concesión de las medidas prejudiciales 385
1.3.1. Casos graves y calificados 385
1.3.2. Determinación del monto de los bienes 387
1.3.3. Caución 387
1.3.4. La acción que se deducirá 388
1.3.5. Requisito de toda medida precautoria 388
1.4. Cargas procesales 389
1.4.1. Plazo para presentar la demanda 390
1.4.2. Petición del solicitante de renovación de las medidas . 391
1.4.3. Incumplimiento de las cargas procesales: ¿caducidad *ipso facto*? 392
1.4.4. Cumplimiento de las cargas: decisión del Tribunal ... 395
1.4.5. Presunción de dolo: consecuencias 396
1.5. Tramitación 403

Capítulo Octavo
ESTUDIO PARTICULAR DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL CHILENO

1. Contenido, estructura y efectos de las medidas cautelares reguladas en el Título V del Libro II del CPC 409
1.1. Planteamiento 409
1.2. Definiciones y características propuestas por la doctrina nacional 415

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

2. Medidas cautelares específicas previstas en el art. 290 del CPC .. 418
2.1. El secuestro 418
2.1.1. Planteamiento 418
2.1.2. Presupuestos 422
2.1.3. Función del secuestro 431
2.1.4. Materialización y administración 435
2.1.5. Alzamiento 437
2.1.6. *Ex cursus* ¿secuestro sobre inmuebles? 438
2.2. El interventor judicial 441
2.2.1. Planteamiento 441
2.2.2. Presupuestos 444
2.2.3. Facultades del interventor 469
2.2.4. Nombramiento y materialización 475
2.2.5. Alzamiento 476
2.3. La retención de bienes 479
2.3.1. Planteamiento 479
2.3.2. Presupuestos 481
2.3.3. Efectos 490
2.3.4. Materialización y administración 501
2.3.5. Alzamiento 504
2.4. Prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados 507
2.4.1. Planteamiento 507
2.4.2. Presupuestos 509
2.4.3. Efecto de la medida entre las partes 515
2.4.4. Oponibilidad de la medida respecto de terceros 528
2.4.5. Alzamiento 547
2.4.6. Cancelación de la inscripción 548
3. Medidas innominadas o indeterminadas: artículo 298 del CPC .. 549
4. Otras medidas cautelares contenidas en el CPC 558
4.1. Suspensión decretada en la denuncia de obra nueva: artículo 565 del CPC 558
4.2. Medidas urgentes de precaución en la suspensión de obra peligrosa 561

Capítulo Noveno
LAS MEDIDAS CAUTELARES EN ALGUNAS LEYES ESPECIALES

1. Materia familiar 569
1.1. Planteamiento 569
1.2. Ley Nº 19.968, de 30 de agosto de 2004 569
1.2.1. Procedimiento ordinario 569

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

1.2.2. Procedimiento especial relativo a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes 575
1.2.3. Procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar que son de competencia del juez de familia ... 577
1.3. Ley Nº 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, modificada por la Ley Nº 20.152, de 9 de enero de 2007 581
2. Materia laboral 583
2.1. Planteamiento 583
2.2. Reglamentación de las medidas cautelares 584
3. Propiedad industrial 591
3.1. Planteamiento 591
3.2. Ley Nº 19.039 592
4. Medio ambiente 599
4.1. Planteamiento 599
4.2. Competencia de los tribunales ambientales para decretar medidas cautelares 600
5. Competencia 606
5.1. Planteamiento 606
5.2. Medidas cautelares 607
5.3. Jurisprudencia del TDLC 611

Capítulo Décimo
LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES EN EL PROCESO PENAL

1. Código Procesal Penal 619
1.1. Planteamiento 619
1.2. Finalidad 621
1.3. Legitimación activa y pasiva 624
1.3.1. Legitimación activa 624
1.3.2. Legitimación pasiva 626
1.4. Presupuestos 626
1.4.1. Fumus 627
1.4.2. Periculum 629
1.4.3. Caución 631
1.5. Cargas procesales 631
1.6. Oportunidad 632
1.7. Tramitación 633
1.7.1. Medida solicitada en la etapa de investigación 634
1.7.2. Medida solicitada en la etapa de preparación del juicio oral al deducir la demanda civil 636
1.8. Revocación de las medidas cautelares reales al cierre de la investigación 637

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Bibliografía 639
Índice cronológico de sentencias de medidas cautelares 653
Índice cronológico de sentencias de recurso de protección 658
Índice de sentencias de medidas cautelares 659
Índice de sentencias de recurso de protección 666
Índice analítico 667

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336