

**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Escuela de Derecho**



**LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL  
PROCESO CIVIL CHILENO ¿DESCONFIANZA O  
DESCONOCIMIENTO?**

Memoria de Prueba para optar al Grado de  
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

**LEILA MONSERRAT SEGUEL SALAS**

2 0 1 5



La presente Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales fue elaborada en el contexto del Proyecto FONDECYT Regular N° 1140495, titulado “Análisis crítico de la regulación de la tutela cautelar en el proceso civil chileno y propuestas para su perfeccionamiento”, cuyo investigador responsable es el Prof. Gonzalo Cortez Matcovich.

***Dedicado a mis abuelitos Pascual Salas y Amalia Fuentes  
y a mi mamá Amalia, quienes siempre me han brindado  
su apoyo incondicional.***

## INDICE

INTRODUCCIÓN .....	3
<b>CAPÍTULO PRIMERO: LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CIVIL CHILENO, CUESTIONES GENERALES.</b>	
LA TUTELA CAUTELAR	
Concepto.....	11
Naturaleza jurídica .....	13
LAS MEDIDAS CAUTELARES	
Introducción .....	15
Características .....	16
Principios que la informan .....	32
Presupuesto de aplicación .....	44
Contenido o finalidad de las medidas cautelares .....	61
Distinción con las garantías jurídico-privadas de los derechos .....	69
Tramitación de la solicitud de una medida precautoria .....	72
Naturaleza de la resolución que resuelve sobre la solicitud de una medida cautelar y alzamiento de la misma .....	82
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS</b>	
Introducción .....	85
Naturaleza jurídica .....	87
Calificación de medida cautelar .....	94
Calificación jurídica de indeterminada .....	140
Tramitación de la medida cautelar innominada .....	141

**CAPÍTULO TERCERO: LA ORDEN DE NO INNOVAR, ESPECIE  
DE MEDIDA CAUTELAR**

Introducción .....	143
Aspectos generales .....	143
Orden de no innovar en la acción constitucional de protección .....	148
Orden de no innovar en el Régimen de los Recursos .....	160

**CAPÍTULO CUARTO: COSA JUZGADA Y RESOLUCIÓN QUE  
RECAE EN EL PROCESO CAUTELAR**

Introducción .....	164
Naturaleza de la resolución del proceso cautelar .....	166
Impugnación .....	167
Variabilidad de la resolución cautelar, hipótesis que lo provocan .....	168

**CAPÍTULO QUINTO: LAS MEDIDAS CAUTELARES  
INNOMINADAS EN EL PROYECTO DE LEY  
DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL .....**

<b>CONCLUSIÓN .....</b>	<b>190</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>193</b>

## INTRODUCCIÓN

Siendo la Judicatura un poder público, y en consecuencia, un servicio público a disposición de las personas, la solución y avances en aspectos institucionales, relativos a la organización de la administración de justicia, como aquellos propiamente procesales, a fin de satisfacer de forma ágil y certera, tanto pretensiones como la obtención de una protección efectiva de los derechos de las personas, constituye sin lugar a dudas el fin último de este sistema, garantizado y consagrado a su vez en la Constitución Política al asegurar en su artículo 19 N° 3 “la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos” consecuencia del artículo 19 N°2 inciso 2º y en el artículo 19 N° 3 inciso 4º el derecho al debido proceso legal, entre otros.

Consciente de lo anterior, y sin perjuicio de las modificaciones que en la materia puedan plantearse, de cara a una Reforma Procesal Civil en trámite y cada vez más próxima, tampoco podemos desconocer la demora en la solución de conflictos y las consecuencias perniciosas que de ello pueda derivar. La Constitución, al consagrar en su artículo 19 N°3 inciso 6º la obligación de que toda sentencia que emane de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado, conlleva a que toda resolución, dotada de eficacia para incidir en la esfera jurídica de las partes procesales, no puede ser obtenida de forma instantánea después de haber sido requerida.

Todo proceso implica necesariamente el transcurso de tiempo, al imponer el ordenamiento que se precedan una serie de actos a fin de proveer al órgano jurisdiccional los elementos necesarios para dictar una sentencia acertada y justa<sup>1</sup>. De ahí que si bien esta demora pueda ser necesaria, nada obsta a que en el periodo que media entre la interposición de la demanda y el pronunciamiento de la sentencia de término, puedan ocurrir cambios ya en la cosa objeto del pleito, sean materiales o

---

<sup>1</sup> MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel, GOMEZ COLOMER, Juan-Luis, MONTON REDONDO, Alberto, Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1995, p. 635

jurídicos, o bien en la solvencia del demandado<sup>2</sup>, que se agrave el daño ya producido o aumente la inminencia del mismo.

Garantizar la eficacia de una sentencia o evitar consecuencias irreparables al actor, es tan importante como otros mecanismos, dilatorios o no, establecidos en nuestra legislación. Por lo anterior, y para evitar los riesgos antes dichos, que los derechos del demandante se vean burlados, al punto que la actividad declarativa de los órganos jurisdiccionales se convierta en el algo absolutamente inocuo, o su actividad ejecutiva se vea frustrada por falta de medios donde realizarse, el uso oportuno de las facultades cautelares viene a contrarrestar tales efectos adversos, de ahí que mal utilizada sería aquella que, por atender al principio de justicia, no hubiera sido impetrada o tardía, beneficiando el derecho a quien lo viola, o acentuando los riesgos que pretende remediar<sup>3</sup>.

Es así entonces como el proceso cautelar pasa a ser uno de los instrumentos para enfrentar los problemas antes indicados, así como la deficiencia de la función declarativa y ejecutiva, este instrumento se materializa con las medidas cautelares que corresponden a una modalidad de tutela jurisdiccional que puede concederse en el proceso cautelar<sup>4</sup>.

Es importante destacar el avance y perfeccionamiento que ha ido alcanzando el sistema cautelar con el tiempo, desde una función exclusivamente aseguradora y protectora del interés que el actor pretende le sea reconocido en la sentencia definitiva, hacia funciones protectoras que responden a la necesidad del reconocimiento material de la pretensión<sup>5</sup> surgiendo nuevas manifestaciones a las que la doctrina llama como autosatisfactivas, innovativas o anticipatorias, o bien aquellas destinadas a mantener el *status quo* o también conocidas como medidas

---

<sup>2</sup> CASARINO VITERBO, Mario, Manual de Derecho Procesal Civil Tomo III, sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 190

<sup>3</sup> CHIFFELLE HORSEL, Jéssica, "Estudio sobre las medidas cautelares y sugerencias para la modificación de nuestro ordenamiento jurídico procesal en materia cautelar", Cuadernos de análisis jurídico N° 29, Santiago, Chile, 1994, p.194

<sup>4</sup> MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel, GOMEZ COLOMER, Juan-Luis, MONTON REDONDO, Alberto, Ob. Cit. p. 636

<sup>5</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Las medidas cautelares en el proceso civil chileno (doctrina, jurisprudencia y derecho comparado), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 16

cautelares conservativas<sup>6</sup> lo que ha llevado a replantear el carácter con el que tradicionalmente han sido concebidas las medidas precautorias<sup>7</sup>.

Sin embargo, nuestro actual Código de Procedimiento Civil no ha sido modificado en este punto, conservando la codificación decimonónica. Así nuestra legislación procesal en el siglo XIX se encontraba integrada por el derecho indiano, el derecho castellano y el derecho chileno pre codificado, cuerpos normativos que en caso alguno regularon ni modificaron la regulación de las medidas provisionales en el antiguo derecho castellano, ya que el derecho de Indias se remitía expresamente en esta materia a la legislación de Castilla, en consecuencia, desde el siglo XIX y hasta la promulgación del Código de Procedimiento Civil en 1902, las medidas precautorias se encontraban reguladas en los títulos XXV y siguientes del libro XI de la Novísima recopilación y el título IX de la Partida Tercera<sup>8</sup> y si bien estas quedaron derogadas luego de entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Civil, en el que, en todo caso, fue formalmente recibida la reglamentación antes dicha.

Con todo debo destacar los avances que fueron experimentando, a lo largo de los distintos proyectos de código de enjuiciamiento civil en Chile de 1871, 1875, 1884, 1893 y 1902<sup>9</sup>, es en este último en que el legislador trata esta materia, pero de un modo bastante especial, ya que sistematiza todas estas medidas en el título V del libro II del Código de Procedimiento Civil, bajo el nombre de “Medidas Precautorias”, las que por aplicación del artículo 3º del mismo código, son aplicables a toda clase de procedimiento, salvo norma expresa que indique lo contrario, pero a su vez en el mismo título regula, de forma bastante precaria por lo demás, cada medida en particular. Las falencias anteriores también quedan de manifiesto en el mensaje del Código de Procedimiento Civil, al señalar que “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 respecto a la propiedad del demandado. Menester es limitar dichas medidas a lo

---

<sup>6</sup> ROMERO SEGUEL , Alejandro, La Tutela Cautelar en el Proceso Civil, Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile Tomo 92, Nº 2 (Abr.-jun.2001), pg 44

<sup>7</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro, Ob., Cit. p. 38

<sup>8</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 150

<sup>9</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 156



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”.

En todo caso, recordemos que antes de las restricciones impuestas por el legislador en la materia, los jueces se encontraban revestidos de amplios poderes en materia cautelar<sup>10</sup>. Con todo, al día de hoy, la necesidad de justicia y eficacia del sistema procesal, exigen que los tribunales adopten otras medidas de seguridad o garantía, las que no son catalogadas, por nuestra legislación, como medidas precautorias propiamente tales, pero que de todos modos responden al ejercicio de la jurisdicción cautelar<sup>11</sup>. Lo expuesto en todo caso, debemos entenderlo sin perjuicio del problema en el ejercicio de la tutela cautelar en el sentido de determinar si esta se encuentra reservada exclusivamente a los tribunales integrantes del poder judicial o se extiende, particularmente a los jueces árbitros<sup>12</sup>.

Si bien varios autores postulan un replanteamiento de estas medidas, partiendo con su consagración en un libro específico y propio de aquellas, en concordancia con la autonomía del proceso cautelar<sup>13</sup> ello no contraviene con su carácter eminentemente instrumental, característica que por lo demás resulta esencial de una medida cautelar, permitiendo diferenciarse de otras instituciones procesales, ello porque estas medidas así como el régimen de la tutela jurisdiccional, no constituye una finalidad en sí misma, sino que se encuentra indefectiblemente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal, asegurando el resultado práctico de la pretensión, de dictarse una eventual sentencia estimatoria, así la instrumentalidad de las medidas cautelares es una

---

<sup>10</sup> ROMERO SEQUEL, Alejandro, Ob. Cit., p. 39

<sup>11</sup> CHIFFELLE HORSEL, Jéssica , Ob. Cit., p. 197

<sup>12</sup> ROMERO SEQUEL, Alejandro, Ob. Cit., p. 42

<sup>13</sup> CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, La configuración del Periculum in mora en el régimen cautelar chileno, Revista de Derecho Universidad de Concepción Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Concepción, Chile N°. 205 (ene.-jun. 1999) p.100

instrumentalidad cualificada o como decía Calamandrei “una instrumentalidad elevada al cuadrado”<sup>14</sup>.

Sin ánimos de pormenorizar los temas anteriores, los que serán oportunamente tratados, como así mismo cuestiones de carácter general para un acabo entendimiento de este trabajo y a fin de llegar al tema principal, objeto de esta investigación, si bien existe una regulación respecto de las medidas cautelares, sin perjuicio de los reparos que puedan formularse a su respecto, recordemos las condiciones en que tales llegaron a ser reguladas en nuestra legislación, las que provenientes del antiguo derecho medieval, con más escizas que esenciales modificaciones y que unido al inconformismo intelectual de parte de la doctrina, fueron factores que influyeron para que sigamos con una regulación de hace más de 100 años, propia de una sociedad del siglo XIX ¿cómo evidenciamos esto? La actitud de los estudiosos del derecho a sido más bien limitada ya que aprovechándose de la innovación del legislador al incorporar las medidas cautelares en el título V del libro II del Código de Procedimiento Civil tanto autores como los tribunales chilenos se retuvieron en las mismas y se limitaron a reproducir lo expuesto por el legislador, dejando de lado nuevas ideas, limitando el desarrollo científico en la materia, desconociendo nuevas manifestaciones las que en todo caso nacen a su vez de nuevas situaciones y que por ende, se inspiran a su vez en nuevos principios, lo que en todo caso nos posibilita ya sea, ampliar su campo de aplicación o en su caso nos demuestra nuevos puntos de vista en el propio ordenamiento jurídico, manifestaciones que, en todo caso, resultan válidas por aplicación del artículo 300 del CPC al establecer que “estas providencias no excluyen las demás que autorizan las leyes” a propósito de las medidas precautorias del título V del libro II del CPC. De este modo podemos señalar que nuestro actual derecho procesal civil chileno contiene la siguiente regulación de las medidas cautelares<sup>15</sup>:

---

<sup>14</sup> MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel, GOMEZ COLOMER, Juan-Luis, MONTON REDONDO, Alberto, Ob. Cit., p. 637

<sup>15</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 189.

1. Medidas precautorias, disposiciones del título V del libro II del CPC
2. Medidas prejudiciales precautorias título IV del libro II del CPC
3. Medidas cautelares previstas en leyes especiales, ya sean de procedimiento o sustantivas. Ejemplo: En materia de Derecho de Familia podemos señalar: la ley 19.968 de 30 de agosto de 2004 que creó los Tribunales de Familia, 20.066 de 7 de octubre de 2005 de Violencia Intrafamiliar, ley 20.152 de 9 de enero de 2007 que introdujo diversas modificaciones a la ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias; En materia de Derecho Laboral encontramos la ley 20.087 de 3 de enero de 2006 que sustituyó el procedimiento laboral contenido en el título V del Código del Trabajo; también encontramos la ley 19.996 de 11 de marzo de 2005 que modificó la ley 19.039 de Propiedad Industrial<sup>16</sup>.

4. Medidas indeterminadas o innominadas de creación jurisprudencial sobre la base de lo dispuesto en el artículo 298 del CPC que, al menos en teoría, pueden proteger cualquier peligro que amenace el cumplimiento efectivo de la sentencia que resuelva definitivamente la controversia.

Por lo anterior, y conscientes de la importancia que revisten estas medidas, aun cuando el legislador chileno no ha sido consciente de ello, fundamentalmente de como estas pueden ayudar a resolver la necesidad imperiosa de afrontar el problema en la demora de los procesos, en consideración a las metas propuestas por los gobiernos democráticos en pos a la modernización de la justicia y considerando además la imposibilidad del legislador de poder prever todas las situaciones existentes, así como venideras, que eventualmente requieran de una protección, sirviendo en tal caso las medidas en comento, claramente su aplicación en ciertas ocasiones no resulta ser suficiente o simplemente no es adecuada en atención a la pretensión deducida.

Por estas razones, este trabajo tiene por objetivo estudiar aquellas medidas olvidadas por el legislador, ocupándome en este caso de las medidas

---

<sup>16</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales, Revista de Estudios de la Justicia, N° 8, 2006, En: [https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0CEsQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uchile.cl%2Fcej%2Frecej%2Frecej8%2FDOCTRINA%2FMedidas%2520cautelares%2520grl%2520jcm%2520\(6\).doc&ei=J\\_YUVIH9HJDkoATfzYH4Bq&usq=AFQjCNEW3mjuoon64VmLcltp8-VOmwzNFg&sig2=e7Zk4LoaPpl8GDAn4n8f2w](https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0CEsQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uchile.cl%2Fcej%2Frecej%2Frecej8%2FDOCTRINA%2FMedidas%2520cautelares%2520grl%2520jcm%2520(6).doc&ei=J_YUVIH9HJDkoATfzYH4Bq&usq=AFQjCNEW3mjuoon64VmLcltp8-VOmwzNFg&sig2=e7Zk4LoaPpl8GDAn4n8f2w) [visitado el: 13/09/2014]

indeterminadas o innominadas, cómo se regulan en nuestro sistema, manifestaciones de aquellas y problemas que acontecen en nuestro sistema.

En este sentido, tras exponer cuestiones previas generales a las medidas cautelares, para un acabado entendimiento del lector, pasaremos al estudio de las medidas innominadas, dado que si bien se desprenden del CPC en su artículo 298 al señalar que “Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen” en el código no se regulan, determinando su naturaleza jurídica, si corresponde o no a una norma de clausura, y en consecuencia si su aplicación es principal, es decir en un mismo rango que las medidas expresamente enumeradas por el legislador, o en su caso tiene una aplicación subsidiaria, en el sentido que si la norma fue establecida con el carácter de clausura, el legislador reconoce de todas formas la existencia de lagunas luego, a fin de precaver las mismas surgiría, pero solo ante casos no expresamente regulados, la aplicación de las medidas indeterminadas y en consecuencia determinar si resultan ser total o parcialmente indeterminadas, criterios y límites en su aplicación. En este sentido, nuestro estudio será bastante doctrinario a fin de poder entregar un panorama bastante amplio y en consecuencia llegar a conclusiones fundadas, en este sentido analizaremos lo que ocurre a propósito de esta materia en otras legislaciones tales como España, Colombia, Brasil, Argentina.

En cuanto a la manifestación de esta medida, estudiaremos en particular la Orden de No Innovar como medida cautelar innominada, a propósito del Recurso de Protección, dentro de este en materia administrativa, y en el régimen de los recursos, para luego tratar lo referente a la resolución que resuelve una medida cautelar y si produce o no efecto de cosa juzgada, o se trata más bien de un problema de límites de la misma.

Finalmente expondré el tratamiento que se da en el proyecto de reforma del Código Procesal Civil, para concluir con algunos comentarios y propuestas en la materia.

Sabido es que por más depurado que pueda mostrarse un ordenamiento jurídico en cuanto a su elaboración, ya es difícil que el legislador pueda regular todas

las situaciones tanto existentes como futuras, y luego el juez, encargado de la aplicación del derecho, frente a una cuestión controvertida entre partes, tampoco resulta ser un autómeta, limitándose a la pura aplicación de la ley, debido a varios factores que influyen ya en la interpretación, aplicación o en su caso en la creación de la regla aplicable frente a una laguna, a fin de dictar una sentencia *ferenda*, teniendo como contrapartida las situaciones de necesidad y urgencia de aquellos que acuden con sus pretensiones y los procesos de lato desarrollo que, por no decir siempre, suelen suceder.

Como señala Pereira, al concluir un estudio sobre el embargo y la cautela en el derecho chileno “es necesaria en nuestro país una pronta regulación sistemática y unificada del proceso cautelar, y es necesario en esa regulación definir y precisar el contenido y alcance del llamado poder cautelar general del juez, elemento relevante para la modernización y agilización del sistema procesal”. Claramente el juez, frente a determinados casos, juega un rol fundamental en su actuación, no debiendo ser coartada esta en perjuicio del actor y la indefensión en que pueda quedar, el problema es que las herramientas necesarias para regular tal actuación son escasamente recogidas en nuestra legislación, lo que puede acarrear una actuación desmedida, de ahí que este trabajo tenga por objetivo el estudio de las medidas innominadas partícipes de la potestad cautelar desde el punto de vista del juez y la proposición de parámetros para una adecuada actuación y en consecuencia, una mejora en nuestro sistema de justicia. Así, y a propósito de la función cautelar Carnelutti ya señalaba en la primera mitad del siglo pasado, que estas medidas no sirven al derecho, sino que sirven al proceso.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CIVIL CHILENO, CUESTIONES GENERALES**

#### **LA TUTELA CAUTELAR**

##### **Concepto**

Como señala Calamandrei “la tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que hacer justicia contribuye a garantizar el funcionamiento de la justicia” <sup>17</sup>. De modo que las pretensiones deducidas por el actor no pueden ser resueltas ni concedidas en forma inmediata. La resolución pronunciada por el órgano jurisdiccional, dotada de eficacia para incidir en la esfera jurídica de las partes procesales, requiere del transcurso de cierto lapso de tiempo en razón de la serie de actos que deben precederlo, mediante los cuales y la contradicción de las partes se aportan los hechos, alegatos, se rinde la prueba, y una serie de elementos que ayudan al órgano jurisdiccional a fin de dictar una sentencia acertada y justa.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la reiteración de tales actuaciones ante otros órganos jurisdiccionales distintos antes de que el derecho reconozca a la sentencia la necesaria eficacia para incidir en la esfera jurídica de las partes. Por lo demás y aún cuando se cumpla en forma estricta los plazos dados por el legislador, la realidad se impone y desborda lo previsto en la ley.

Pero el proceso es una actividad de resultados inciertos. Esto implica que lo que deba entenderse como correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional sea valorado desde la perspectiva de un actor eventualmente vencedor. De modo que la necesaria demora del momento en que el actor podría obtener la plena satisfacción de su pretensión aparece como algo negativo al dejar abierta la posibilidad para que el demandado, eventualmente, tome una actitud o ejecute actos que impidan o entorpezcan la efectividad de la sentencia que conceda al actor, siendo ello más grave que la satisfacción tardía.

---

<sup>17</sup> CALAMANDREI, Piero, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 45

Por lo anterior, como señala Calamandrei la sustancia de la providencia cautelar está en la “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma”<sup>18</sup> así el proceso cautelar es el instrumento utilizado por la jurisdicción -ante el ejercicio de la acción por él actor- destinado a contrarrestar ese riesgo, mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado, adecuada y suficiente para lograr tal efecto<sup>19</sup>.

Lo anterior nos lleva a relacionar el proceso cautelar con el derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto nuestra Constitución Política de la República si bien es la fuente del derecho a la tutela judicial y al debido proceso, no contiene normas explícitas que así se denominen ni consagren, lo que a su vez se relaciona con el debate acerca de la independencia del derecho a la tutela judicial respecto de la dimensión sustantiva del derecho al debido proceso<sup>20</sup>.

En relación a la autonomía del proceso cautelar, dicha discusión no se da en nuestro derecho, primero por lo dispuesto en el artículo 290 del CPC, además en los procesos especiales las medidas precautorias se reglamentan como incidentes de los diversos procedimientos<sup>21</sup>.

Por lo anterior la noción de tutela judicial debe entenderse como un derecho implícito respecto de la noción de “debido proceso”, pero con un cierto matiz al ser este último concepto una traducción del “*due process of law*” regla del sistema americano, se traduce e integran reglas al artículo 19 n°3 a fin de evitar problemas interpretativos existentes en ese sistema en relación a este tema en nuestro país<sup>22</sup>. No obstante, la extensión de este derecho y el afán de la comunidad jurídica en obtener un reconocimiento de cada uno de los derechos contenidos en el artículo 19 n°3, complica la labor del Tribunal Constitucional al momento de concretar el mismo.

---

<sup>18</sup> CALAMANDREI, Piero, Ob. Cit., p. 45

<sup>19</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel CALDERON CUADRADO, María Pía, la tutela judicial cautelar en el derecho español, Granada: Editorial Comares, 1996, p.4

<sup>20</sup> GARCÍA PINO, Gonzalo, CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno, Estudios Constitucionales, Año 11, N° 2, 2013, p.235, En: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000200007&script=sci_arttext) [visitado el: 13/09/14]

<sup>21</sup> ROMERO SEQUEL, Alejandro, Ob. Cit., p.40

<sup>22</sup> GARCÍA PINO, Gonzalo, CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, Ob. Cit., p. 236

En consecuencia, y como señala Romero, nuestro sistema cautelar se construye sobre el principio que la tutela judicial del derecho es un acto intrínseco de la sentencia judicial sobre el fondo, en consecuencia no resulta ser efectivo atribuir independencia al proceso cautelar, toda vez que no resuelve la litis, sino solo constituye una herramienta puesta al servicio del proceso, sea declarativo o ejecutivo.

La única duda que se presenta en relación a lo anterior, es a propósito del recurso de protección, tema que será abordado oportunamente.

### **Naturaleza jurídica**

En este punto trataremos de responder a la pregunta ¿cómo se configura el sistema cautelar? Así encontramos dos orientaciones.

Para algunos constituye un sistema independiente y distinto de los declarativos y ejecutivos, en consecuencia se encuentra al servicio de la jurisdicción, pero no persigue ni declarar ni ejecutar forzosamente el derecho. Lo anterior se traduce en que se postule, en el plano legislativo, una reglamentación del proceso cautelar separada y al mismo nivel de las disposiciones relativas a los otros dos procedimientos antes mencionados.

Ortells sigue dicha orientación, al respecto señala que tanto la pretensión cautelar como la del procedimiento, sea declarativo o ejecutivo, requiere reglas de competencia objetiva y territorial específicas, y que en los casos en que ello no se produce, no es dable argumentar contra dicha autonomía, puesto que la competencia para la ejecución muchas veces es funcional y no por ello podemos desconocer su carácter de proceso diferenciado.

Que esta concepción *tertium genus* manifiesta una necesidad social en relación con la actual configuración de la actuación jurisdiccional y el interés existente en relación con el tratamiento de esta materia, lo que aumenta al pasar por periodos de crisis de la efectividad del proceso. Resulta formalista oponer a lo anterior que la actividad cautelar se compone de la función declarativa y ejecutiva, ya que si bien se acepta su presencia, esta es de forma particular (o así debería presentar, en una regulación más perfecta), en función al fin que cumple este proceso.



Tampoco es válido, para esta orientación, que el Derecho positivo establezca una regulación asistemática, fragmentaria y desigual de las medidas cautelares y su proceso, toda vez que esta orientación justamente lo que persigue es profundizar en la concepción unitaria del proceso cautelar, dada la utilidad que ello pueda traer fundamentalmente para integrar lagunas y resolver problemas interpretativos.

Con todo esta orientación no es excluyente del carácter instrumental de las medidas cautelares, rasgo esencial de las mismas, dada la necesaria dependencia respecto a un proceso principal. Por esta razón, no es sino que en la función del proceso cautelar es que radica la entidad propia de este proceso.

En cambio otros estiman que dada la variedad que encontramos a propósito de la regulación y procedimiento en materia cautelar dificulta la tarea de adecuarlo a una unidad. Por lo demás, su carácter eminentemente instrumental y que de alguna forma el sistema cautelar se compone de elementos de los procedimientos declarativos (resolución de la medida cautelar) y ejecutivos (ejecución de la resolución anterior) lleva a postular, a quienes siguen esta orientación, que el proceso cautelar no es sino que un complemento de los procesos declarativos y ejecutivos.<sup>23</sup>

En relación a esta orientación, Romero señala que la concesión de una medida cautelar responde a la protección de una apariencia de derecho, frente al riesgo de ineficacia en el cumplimiento futuro de una sentencia que vaya a dictarse ya en un proceso declarativo o ejecutivo, por lo mismo no se puede entender que la resolución que se pronuncie a propósito de la medida cautelar se pronuncie sobre el fondo del asunto, por lo mismo la medida es esencialmente provisional.

La resolución que concede o deniega el alzamiento de una precautoria debe calificarse como auto o decreto, puesto que no cabe dentro del concepto de interlocutoria.

Por lo demás, en nuestro derecho no se discute sobre este punto en razón del artículo 290 del CPC.

---

<sup>23</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 6

En los procesos especiales, las medidas precautorias suelen reglamentarse como un incidente de tal o cual procedimiento.

En nuestro sistema cautelar, la tutela judicial del derecho es concebida como un acto intrínseco de la sentencia judicial pronunciada sobre el fondo.<sup>24</sup>

## **LAS MEDIDAS CAUTELARES**

### **Introducción**

Podemos definir las como actos procesales que decreta el tribunal, a petición de parte y cuyo objeto es garantizar la eficacia práctica de la sentencia definitiva estimatoria de la pretensión.

Se reglamentan en el título V del libro II del CPC, artículos 290 a 302. No obstante su ubicación, tienen aplicación general, ello debido al artículo 3º del CPC y su carácter instrumental.

Sin perjuicio de lo anterior, las antes mencionadas no son las únicas, ello conforme al artículo 300 del CPC al señalar que las medidas del título V “no excluyen las demás que autorizan las leyes” luego podemos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico chileno diversas medidas cautelares, incluso en normas extraprocesales, inspiradas en principios distintos, lo que permite ampliar su campo de aplicación, o en su caso, demostrar que es posible tener una visión más amplia de las mismas.

Además de la relación del artículo 300 y el 298 parte final, al disponer que “Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen” se desprende lo que podemos denominar como ‘poder cautelar del juez’ en consecuencia nada impide que el juez pueda, en el evento de ser insuficientes las medidas ya existentes en el código o en la ley (entendido en un sentido amplio), crear una medida, aún cuando no exista tampoco una norma que faculte expresamente al juez para poder crear una medida.

---

<sup>24</sup> ROMERO SEGUÉL, Alejandro, Ob. Cit., p. 40

## **Características**

En relación a este punto señalaremos cinco, siendo la instrumentalidad y la provisionalidad aquellas características de más atención y desarrollo doctrinario.

### **Instrumentalidad**

Constituye la característica esencial y más importante de las medidas cautelares, ello al encontrarse estas al servicio de la sentencia definitiva y más específicamente, en función de asegurar su efectividad, de ahí que no puedan ser concebidas sin existir un juicio principal. Calamandrei explica esta característica señalando que no son una finalidad en sí mismas, sino que se hayan indefectiblemente vinculadas a la sentencia definitiva cuya efectividad práctica aseguran. Luego, solo pueden decretarse estando pendiente el proceso principal, y en el evento de que puedan obtenerse en forma previa al proceso principal, siempre se encontrarán condicionadas al inicio del pleito dentro de un lapso determinado (medidas prejudiciales precautorias, en conformidad a los artículo 279 y 280 CPC; requisitos para decretar una medida prejudicial precautoria, sin perjuicio de aquellos especiales o específicos, que sólo dicen relación con la medida prejudicial de que se trate, son requisitos generales, aplicables a toda medida prejudicial que el que las solicite exprese la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos, de acuerdo al artículo 287 CPC y que se decreten sin audiencia de la persona contra quien se piden, salvo los casos en que expresamente se exige su intervención artículo 289 CPC).

Por lo demás, estas medidas se extinguen, de pleno derecho y aún cuando formalmente se mantengan en registros, cuando el proceso principal termina, aún cuando ello fuere sentencia estimatoria, pues en tal caso podrán realizarse los efectos propios de la sentencia principal.

En relación a lo anterior, y a propósito de la extensión de esta característica y la aplicación de la misma, conviene tener presente que de forma unánime la doctrina postula que la práctica anticipada o el aseguramiento de la prueba no constituyen medidas cautelares. Al respecto Ortells indica que “la prueba recibida anticipadamente por esa razón [conjurar el riesgo de pérdida de ciertas pruebas por la demora del momento normal de recibir la prueba en el proceso], no es

instrumental respecto de la sentencia de un modo diferente a como lo es la prueba practicada en el momento normal: al igual que ésta, aquella sigue estando al servicio de la formación judicial”<sup>25</sup>. De ahí que no cuadren dentro de la tutela cautelar las denominadas, en la doctrina chilena, “medidas prejudiciales preparatorias” y las “medidas prejudiciales probatorias” consagradas en los artículos 273 y siguientes del CPC y que persiguen preparar la entrada al juicio o asegurar, de forma inmediata, la existencia de determinado medio de prueba, respectivamente.

### **Provisionalidad**

Como señalaba Chiovenda “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”<sup>26</sup>. Luego, el carácter provisional responde a dos razones: primero, que la existencia de la medida depende de que se dicte sentencia definitiva en el proceso principal, luego no tiene vocación de duración indefinida en el tiempo, en consecuencia tienen una duración temporal supeditada al proceso principal.

Considerando que el carácter provisional de la medida está vinculado con la existencia de peligro (presupuesto para la concesión de una medida cautelar, el que será analizado más adelante) surge el problema de determinar si se entenderá haber desaparecido el peligro, de acuerdo a los presupuestos establecidos en la ley, por haberse dictado sentencia favorable al demandado, por el juez de primera instancia. Al respecto Anabalón señala que ello no es así “porque aquella sentencia, mientras se hallen pendientes los recursos que proceden en su contra, no adquiere ni puede adquirir fuerza de verdad ni de autoridad para darle cumplimiento, y, por lo mismo se impone la necesidad de diferir la resolución del asunto hasta el

---

<sup>25</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit. p 10

<sup>26</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 193

pronunciamiento de la sentencia de término”<sup>27</sup> En relación a lo anterior, relativo a la provisionalidad, naturaleza jurídica e impugnabilidad, se refiere sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Talca:

“2DEG) Que las resoluciones susceptibles de ser impugnadas a través del recurso de apelación son las sentencias definitivas e interlocutorias de primera instancia; y excepcionalmente, los autos y decretos, cuando alteran la sustanciación regular del juicio o recaen sobre trámites no contemplados expresamente por la ley.

3DEG) Que las resoluciones que se pronuncian respecto de una medida precautoria, al ser, esencialmente provisionales, no establecen derechos permanentes a favor de las partes, motivo por el cual no puede considerárselas como interlocutorias de primera clase, ni menos de segunda clase, pues no sirven de base para el pronunciamiento de una sentencia definitiva u otra interlocutoria.

4DEG) Que, en consecuencia, la resolución que se pronuncia acerca de una medida precautoria no reviste el carácter de sentencia interlocutoria y, consecuentemente, no es susceptible de apelación.

5DEG) Que hacen excepción a esta regla las resoluciones que decretan el alzamiento de una medida precautoria decretada. Pero ella es apelable porque existe disposición que así lo dispone expresamente, cual es el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil.”<sup>28</sup> .

Al contrario, estima como accidentes que hacen loable el alzamiento de las precautorias dictadas en juicio, la falta de prueba por parte del actor, o la mejor y más concluyente, rendida por el demandado<sup>29</sup>. Se refiere a lo anterior una sentencia dictada en la Corte de Apelaciones de Rancagua:

“Que si bien las medidas precautorias son esencialmente provisorias, lo cierto es que una vez decretadas, para dejarlas sin efecto es necesario que hayan

---

<sup>27</sup> ANABALÓN SANDERSON, Carlos, El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1954, p.59

<sup>28</sup> Sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de Talca, confirma con costas las resoluciones apeladas, 25 de mayo de 2012, En: <http://cortes-apelacion.vlex.cl/vid/-395466614> [visitado el 13/09/2014]

<sup>29</sup> ANABALÓN SANDERSON, Carlos, Ob. Cit., p.59

variado las circunstancias que motivaron su otorgamiento, lo que no ha ocurrido en la especie, pues los demandados no allegan pruebas suficientes al efecto.”<sup>30</sup>

En segundo lugar, la concesión de una medida de tal naturaleza responde al cumplimiento de determinados presupuestos, en consecuencia, frente a la solicitud hecha al juez, este tras decretarla de plano, nada obsta a que, en el evento de oponerse el demandado y someterse a tramitación incidental, el juez revoque la medida. Así mismo, toda vez que las circunstancias consideradas al momento de decretarlas, cambien o se extingan, provoca que la medida deba adaptarse a las nuevas circunstancias.

Se refiere a lo anterior la sentencia dictada en Corte de Apelaciones de Talca al disponer: “1 DEG) Que las resoluciones que se pronuncian acerca de las medidas precautorias son esencialmente provisionales, esto es, varían en cuanto también lo hacen las circunstancias que se han tenido en vista para decretarlas o desestimarlas.”<sup>31</sup>

En la doctrina procesal española ya se recogía este carácter a propósito del embargo preventivo, de este modo ya en el artículo 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, consideraban el embargo provisional “por el carácter de itineridad que tiene, pues sólo subsiste hasta que se dicte en el correspondiente juicio sobre las reclamaciones del deudor o derechos de los contendientes”<sup>32</sup>. Al respecto Nogués 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

---

<sup>30</sup> Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Rancagua, confirma con costas la resolución apelada de 28 de octubre de 2009, 17 de junio de 2010, En: <http://cortes-apelacion.vlex.cl/vid/-235590771> [visitado el 13/09/2014]

<sup>31</sup> Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Talca, confirma con costas las resoluciones apeladas, 25 de mayo de 2012, En: <http://cortes-apelacion.vlex.cl/vid/-395466614> [visitado el 13/09/2014]

<sup>32</sup> VICENTE Y CERVANTES, José, Tratado histórico, crítico-filosófico, de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de enjuiciamiento. t. I y IV, Madrid, 1856, p. 372

por cuanto solo le concede provisionalmente y hasta que viniese a confirmarlo un procedimiento más formal”<sup>33</sup>.

En nuestra legislación, esta característica se recoge desde el proyecto de 1871, así el artículo quinto del título II decía “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”<sup>34</sup>. Podemos decir que la disposición, en general, no sufrió mayores cambios hasta su consagración definitiva en el artículo 301 del CPC al señalar 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.” De modo que podemos señalar que la doctrina, en forma prácticamente unánime aceptó recoger esta característica.

En cuanto a la expresión “cauciones suficientes” claramente esta debe ser tal que, por una parte no debe importar deterioro al demandante (dada la sustitución) y que, por otro lado le permita al actor continuar de un modo seguro el juicio, en los mismos términos en que lo había conseguido con las medidas precautorias dictadas en su favor.

Por último, surge la duda acerca de que si decretada una de estas medidas, tales terminan de pleno derecho o requieren ser declaradas en tal sentido. Sobre el punto, y conforme a lo expuesto en el artículo 301, se infiere que para que las medidas precautorias puedan cesar, según los casos que el artículo menciona, es necesario que el tribunal que las haya decretado las haga cesar. Atendiendo a la historia fidedigna de la ley, según consta en la sesión cuarta de la Comisión revisora, al discutirse el artículo 239 del proyecto (actual 301) presentado por Lira, se cambia la expresión “deben cesar” por la indicación, hecha por el propio autor, “deben hacerse cesar”, con el fin de no dar cabida a la posibilidad de sostener que desapareciendo el peligro, presupuesto de concesión de la medida, se extinguían ipso jure y sin necesidad de orden judicial la medida precautoria impuesta en el caso

---

<sup>33</sup> VICENTE Y CERVANTES, José, Ob. Cit, p.167

<sup>34</sup> BLEST GANA, Proyecto de Código de enjuiciamiento, Santiago (Chile), 1871, p. 6

concreto. En el proyecto de 1893 pasó a tener el número 290 conservando la redacción, que hasta hoy tiene el precepto 301 CPC<sup>35</sup>.

### **Petición de parte**

Se tratan de actos procesales que se decretan o proceden a petición de parte, luego no pueden decretarse de oficio.

### **Acumulables**

Son acumulables ya que se puede solicitar una o más, así dispone el artículo 290 CPC “Para asegurar el resultado de la acción, puede el demandante... pedir una o más de las siguientes medidas” y también del artículo 300 CPC “estas providencias no excluyen las demás que autorizan las leyes”.

De ahí que, siendo la finalidad de las medidas en estudio, asegurar el resultado de la acción deducida por el demandante, el legislador le permite a aquél, a fin de cautelar en forma satisfactoria la acción deducida, solicitar durante el progreso del juicio todas las medidas que sean conducentes para una óptima protección de sus derechos.

Ya del establecimiento de los preceptos antes indicados quedaba constancia de este carácter. Así el artículo 290, cuyo antecedente correspondía al artículo 225 del Proyecto de Lira señalaba que “Para asegurar el resultado del juicio puede el demandante pedir...”<sup>36</sup>, para pasar el artículo recién citado a ser el 280 en el Proyecto de 1893, cuya redacción mantiene el actual 290 al disponer 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”<sup>37</sup>. Con lo anterior, el legislador refuerza y deja de manifiesto la posibilidad que le asiste al actor de solicitar cuantas medidas requiera para la adecuada protección de sus derechos, ya sean formuladas en una petición o en varias de

---

<sup>35</sup> LAZO, Santiago, Los Códigos chilenos anotados. Código de Procedimiento Civil. Orígenes, concordancias, jurisprudencia. Poblete Cruzat Hnos. Editores, Santiago, 1918, p.253

<sup>36</sup> LAZO, Santiago, Ob. Cit., p.243

<sup>37</sup> LAZO, Santiago, Ob. Cit., p.244



forma sucesiva, conforme a las necesidades que tenga de amparar adecuadamente el resultado de su acción.

### **Substituibles**

Son sustituibles ya que el demandante puede solicitar el cambio de una medida por otra, según convenga sus intereses, cumpliendo en todo caso con los requisitos exigidos por la ley. Por su parte el demandado tiene un derecho bastante similar, toda vez que puede solicitar al tribunal el reemplazo de una medida por otra, siempre que ello no cambie las expectativas del demandante. Así, quien obra como demandado se libra de un perjuicio mayor e innecesario<sup>38</sup>.

Se encuentra relacionado al hecho que, como estas medidas se encuentran al servicio de la sentencia definitiva, no cualquier medida puede servir al proceso, de ahí que la medida deba estar funcionalmente vinculada a lo que estoy pidiendo. Encontramos esta característica en el artículo 301, parte final "...deberán hacerse cesar siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes". En relación a este punto encontramos una sentencia dictada en la Corte de Apelaciones de Arica al disponer que

"Tercero: Que la cuestión radica en determinar si procede interponer recurso de apelación en contra de la resolución que rechaza el alzamiento de una medida precautoria previamente decretada.

Cuarto: Que, en tal sentido es dable señalar que el artículo 301 del Código de Procedimiento Civil establece que las medidas precautorias son esencialmente provisionales, esto es, que se deben hacer cesar desde que desaparece el peligro que se ha querido evitar, o se otorguen cauciones suficientes.

De ello se sigue que la resolución que resuelva el incidente que respecto de aquellas medidas se formule, no otorgará derechos permanentes para las partes ni servirá de base para dictar una sentencia definitiva o interlocutoria, atendida, como se dijo, su naturaleza esencialmente provisoria, por lo que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, dicha resolución debe de ser calificada como un auto.

---

<sup>38</sup> ANABALÓN SANDERSON, Carlos, Ob. Cit., p.62

Quinto: Que conforme lo anterior, habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 181 y 188 del Código de Enjuiciamiento Civil, que respectivamente establecen que los autos son impugnables, por regla general, sólo a través del recurso de reposición y que la excepción a dicha regla opera respecto de los autos que alteren la sustanciación regular del juicio o recaigan sobre trámites que no estén expresamente ordenados por la ley.

En este sentido, esta Corte entiende, que el incidente generado por la solicitud de alzamiento de una medida precautoria, no altera la sustanciación regular del procedimiento, y es un trámite previsto en la ley, a saber, en el inciso primero del artículo 302 del Código citado donde se dispone que El incidente a que den lugar las medidas de que trata este Título (precautorias) se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada.”<sup>39</sup>

### **Debe ser idónea para su fin**

En consecuencia, deben tratar de producir, en la esfera patrimonial del demandado, la mínima injerencia. Se expresa lo anterior en el mensaje del CPC al disponer que “la reglamentación de las medidas precautorias... hace preciso conciliar la seguridad del derecho del actor y el respeto a la propiedad del demandado. Menester es limitar dichas medidas a lo estrictamente indispensable para que no se burle la acción del demandante...”. Luego, frente a la solicitud de decretar determinada medida, el juez debe conceder la precautoria adecuada para la situación que se trate de amparar, por ende, el objeto de cualquier pretensión cautelar debe ser jurídicamente posible<sup>40</sup> y así evitamos toda clase de abuso para el que, eventualmente, se pueda presentar en el ejercicio de la potestad cautelar.

Esta característica, se encuentra bastante unida al carácter sustituible, ya que al proyectarse la idoneidad de la medida en la ejecución de la misma, toda vez

---

<sup>39</sup> Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica, Medida precautoria. Resolución que recae en incidente es un auto y es inapelable, 06 de julio de 2007, En: <http://www.legalpublishing3.cl/maf/app/documentVM?docguid=iB46B5713BA492EE1130458155DDCFA6A&context=&crumb-label=Documento&crumb-action=append&&voces=true> [visitado el 15/09/2014]

<sup>40</sup> ARAZI, Ronald, Medidas Cautelares, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p.5

que no resulte ser adecuada nada obsta a que pueda ser cambiada por otra que sea óptima<sup>41</sup>.

### **Limitadas**

Significa que estas medidas se limitan a los bienes necesarios para responder de los resultados del pleito. Encontramos dicha característica en el artículo 298 CPC al disponer que “Las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio”.

Lo mismo queda de manifiesto en el Mensaje con el que se acompañó el proyecto de Código de Procedimiento Civil, en el que, a propósito de la regulación de las medidas precautorias, se hacía necesario “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”<sup>42</sup> Es decir, armonizar la seguridad del derecho del actor con el respecto que al legislador le merece la propiedad del demandado, por ello tales medidas se limitan “a los bienes necesarios para responder a los resultado del juicio” de acuerdo al artículo 298 CPC.

Esta característica es gran relevancia a propósito de la contracautela.

### **Protectoras de la acción entablada**

Unida a la característica anterior, se encuentra la de ser protectoras de la acción entablada, por ende, no pueden ser catalogadas como un medio para obligar al demandado a ejecutar o abstenerse de hacer algo, sino que implican el fin de amparar legítimamente al actor en sus derechos, impidiendo que estos se vean burlados por la insolvencia o actos del demandado.

Anabálón se refiere a este carácter señalando que “son solamente protectoras de la acción entablada y, como consecuencia, preservativas de la sentencia favorable que se pronuncie a su respecto. En este sentido, las medidas precautorias no han de justificarse como un medio de constreñir al demandado

---

<sup>41</sup> ROMERO SEGUÉL, Alejandro, Ob. Cit., p. 50

<sup>42</sup> Código de Procedimiento Civil, decimonovena edición oficial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p.13

arbitrariamente al pago de la deuda o cumplimiento de su obligación, sino que conllevan el propósito de amparar legítimamente al acreedor o demandante en sus derechos, impidiendo que éstos se vean a la postre burlado por la insolvencia o malos manejos del colitigante. De ahí que se haya facultado a la persona contra quien aparecen dictadas para que pueda eludirlas mediante el otorgamiento de parecidas seguridades, siempre que esta actitud concilie con las justas expectativas del actor”<sup>43</sup>.

### **No son taxativas. Poder cautelar general**

Se desprende este carácter del artículo 298 y 300 de CPC de lo que se infiere el carácter meramente enunciativo del artículo 290, pero antes de adelantar toda clase de conclusión es necesario hacer las siguientes precisiones.

Si bien el artículo 290 CPC enumera cuatro medidas precautorias que puede solicitar el demandante con el fin de asegurar su acción, dicha enumeración no tiene el carácter de taxativa ya que el artículo 298 CPC dispone, en su parte final que “Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen.”

Luego, para la aplicación de lo anterior es necesario el cumplimiento de los requisitos generales (que conforme al 298 la medida debe limitarse a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio y se requiere que el demandante acompañe comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama) y, además, el otorgamiento de una caución para responder el actor de los perjuicios que se originen, si el tribunal así lo estima necesario. En consecuencia este precepto le da la posibilidad al juez de decretar una medida, al no estar aquella dispuesta en la ley, y con ello exigir caución, si lo estimare necesario.

Por su parte el artículo 300 CPC dispone “Estas providencias no excluyen las demás que autorizan las leyes.” Por ende, para que procedan las medidas especialmente contempladas en otros cuerpos legales, es necesario que se cumplan con los requisitos particulares dispuestos en ellos

---

<sup>43</sup> ANABALÓN SANDERSON, Carlos, Ob. Cit., p.61

En consecuencia, y de la relación entre las dos disposiciones antes mencionadas, resulta que, además de las medidas precautorias que señala el artículo 290, tenemos medidas autorizadas por otras disposiciones legales, como así mismo se da la posibilidad a los interesados para que soliciten todas aquellas medidas que estimen conducentes para asegurar su acción<sup>44</sup>.

En este sentido una sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, expresa en el considerando cuarto que “Si bien el legislador ha establecido resguardos en la concesión de medidas precautorias, no es posible que el legislador pueda prever todas las situaciones que se puedan dar en la realidad del derecho y es por esa razón que se permite la interpretación de la ley, y muy especialmente a los jueces, en que la ley muy corrientemente se ve superada por la realidad. Aquí reside la esencia de la justicia y la equidad, como transformar en realidad lo querido por el legislador. En las medidas precautorias de la especie la teleología de la institución es desalentar los juicios que no tendrán un resultado práctico, y la receta del legislador es que el "litigante asegure los resultados de juicio"<sup>45</sup>

Sobre este punto, Calamandrei se preguntaba si en la legislación italiana, además de los institutos procesales expresamente previstos “deben considerarse agotados los medios de la tutela cautelar, o si, por el contrario, se debe reconocer también en nuestro derecho un poder cautelar general confiado al juez fuera de los institutos singulares enumerados, y en virtud del cual el juez pueda siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer en vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportunos y apropiados al caso”. Añade, “el problema puede presentar notable interés práctico en todos los casos en que, aun subsistiendo un “periculum in mora”, falte, sin embargo, en el derecho positivo un medio cautelar

---

<sup>44</sup> ROJAS RODRIGUEZ, Mario, Las Medidas Precautorias, Librotec, Santiago, 1965, p.55

<sup>45</sup> Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, De 29/01/2010, Rol N° 1790-2009, En:<http://www.legalpublishing3.cl/maf/app/documentVM?&src=laley&lr=i0ad60079000014ac179d2f5d16eaac5&docguid=i64952AED84895E4E5DE76E6D4C46316F&hitguid=i64952AED84895E4E5DE76E6D4C46316F&epos=1&td=1&ao=o.i0ADFAB87B0C8D25381B0D0F03ED6FB4C&searchFrom=&savedSearch=false&crumb-action=append>. [Visitado el: 06/01/2015]

expresamente preordenado a las medidas prácticas que en concreto se demuestren como más idóneas para eliminarlo”<sup>46</sup>.

Para Chiovenda, lo anterior no era problema al sostener que “existe también en nuestra ley la figura general de resolución provisional de la cautela; y se deja por completo al juez establecer la oportunidad y naturaleza”<sup>47</sup>

Al contrario, Calamandrei a pesar de reconocer las ventajas de la solución antes propuesta, sostenía que, dentro del derecho italiano, no era posible reconocerle al juez civil el poder general de ordenar medidas cautelares, aunque no estuvieran expresamente establecidas en la ley, señalaba que “Si hay en nuestra ley procesal algunos artículos que hablan en general de “providencias conservatorias o interinas” (artículo 389 del Código de Procedimiento, art.39 del R. D. de 31 de agosto de 1901) o de providencias “de urgencia”, (art. 182 del Código de Procedimiento Civil) sin ulterior especificación, basta la lectura de los mismos para hacer comprender que se limitan a establecer en qué forma debe o puede ser hecha valer la acción cautelar, cuando existen las condiciones de la misma (especificadas por otros artículos, por ejemplo 921 y 924 del Código de Procedimiento Civil), pero no tratan de añadir, a las acciones nominadas por nuestra ley, una acción cautelar genérica e innominada de la que ningún artículo determina las condiciones”. Agregando “Por otra parte, aún prescindiendo de estas consideraciones estrictamente exegéticas, me parece que los mismos principios generales del derecho procesal conducen a la solución negativa”<sup>48</sup>.

Sin perjuicio de la discusión antes expuesta, actualmente el poder cautelar general se consagra expresamente en el nuevo Código Procesal Civil de Italia, el que en su artículo 700, del Libro IV, Título I, Capítulo III, Sección IV “De las providencias urgentes” dispone que “además de los casos regulados en las secciones anteriores de este capítulo, la persona a quien asiste un motivo justificado para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, puede sufrir un perjuicio inmediato e irreparable, está facultada para pedir al juez

---

<sup>46</sup> CALAMANDREI, Piero, Ob. Cit., p. 65

<sup>47</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Segunda Edición, Editorial revista derecho privado, Madrid, p. 238

<sup>48</sup> CALAMANDREI, Piero, Ob. Cit., p 66 y 67

aquellas providencias urgentes más aptas para asegurar provisoriamente, de acuerdo a las circunstancias, los efectos de la decisión sobre el fondo”.

Como motivos a la modificación anterior se señaló que “en ningún campo del proceso civil tanto como en el de las medidas precautorias se encuentra directamente en juego el buen nombre y, podría decirse, la seriedad de la justicia; se comprende entonces la razón por la cual el nuevo Código les ha dispensado atención especial, preocupándose especialmente en aumentar la autoridad del juez.

A tal objeto, el sistema de las medidas precautorias ha sido reorganizado y completado, no sólo agrupando con criterio más riguroso las diversas instituciones precautorias (incluidos los procedimientos de instrucción preventiva) y unificando y simplificando su trámite; sino también colmando las lagunas de que adolecía el sistema del antiguo Código, no dejando al juez desprovisto en ningún caso de los poderes de urgencia indispensables para hacer frente a todas las necesidades de la práctica. Bajo este aspecto merece ser especialmente destacada la amplitud del embargo preventivo de los inmuebles (artículo 671) y la innovación introducida al otorgar al juez la facultad genérica de dictar “providencias de urgencia” (artículo 700-702), adecuadas a las necesidades de las circunstancias, en todos aquellos casos en que no resultan bastante eficaces las demás medidas precautorias especificadas y reglamentadas en la ley”<sup>49</sup>.

Con todo, al día de hoy en el sistema italiano, dentro de las providencias cautelares podemos distinguir entre medidas conservativas y anticipatorias. También se contemplan las medidas de emergencia atípicos (artículo 700) cuyo contenido es definido por el juez toda vez que la función de la medida corresponda a la necesidad de satisfacer en un caso particular.

Los rasgos característicos de las medidas en comento son, en principio, la simplificación y rapidez de las normas procedimentales; un carácter tendiente a ser provisionales; su relación instrumental respecto de la controversia principal. Pero cabe precisar que dicha relación instrumental no debe ser entendida en términos absolutos, ello porque desde el 2005 en algunos casos específicos ocurre que

---

<sup>49</sup> Código de Procedimiento Civil italiano, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, Exposición de Motivos, p. 73

adoptada una medida provisoria en determinado procedimiento, no deba necesariamente seguirse de ello una sentencia sobre el fondo del asunto. En tal caso, por tanto, el instrumento cautelar resulta extremo, de hecho, constituye una protección exclusiva y estable, aún cuando no idóneo para que se juzgue lo sustancial<sup>50</sup>.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de España encontramos una situación bastante semejante. Así el artículo 1428 dispone que “cuando se presente en juicio algún documento de lo 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 éste, las medidas que, según las circunstancias, fueren necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere.

Si el que solicitare estas medidas no tuviere solvencia notoria y suficiente, el juez deberá exigirle previo y bastante afianzamiento para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse.”

Este artículo, toda una novedad al momento de su incorporación en la LEC de 1881, correspondía una forma de tutela cautelar atípica y, en cierto modo, indeterminada. Así se pretendió tutelar cautelarmente toda una serie de situaciones difícilmente reconducibles a una lista cerrada, creando para ello una norma de clausura del sistema cautelar establecido<sup>51</sup>.

En cuanto a nuestro Código, recordemos que el artículo 298, en su parte final establece que “podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen”.

De lo anterior se desprende que nuestro legislador de forma manifiesta le reconoce y confía al juez un poder cautelar general, es decir, la facultad de ordenar providencias de garantía aún cuando no estén expresamente previstas en la ley. El

---

<sup>50</sup> European Justice, Red Judicial Europea en material civil y mercantil, La medidas provisionales y cautelares Italia, 2014, En: [https://e-justice.europa.eu/content\\_interim\\_and\\_precautionary\\_measures-78-it-it.do](https://e-justice.europa.eu/content_interim_and_precautionary_measures-78-it-it.do) [visitado el 17/09/2014]

<sup>51</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil, Editorial Civitas, Madrid, 1992, p.21



reconocimiento de las medidas innominadas parece del todo práctico y ventajoso, ya que mediante ellas se posibilita al demandante asegurar el resultado de su acción en los casos que las providencias cautelares tipificadas en la ley resulten insuficientes, ineficaces e impropias.

En todo caso, y atendiendo a como se estructura nuestro sistema en general, debemos entender que a quien corresponde escoger la medida precautoria innominada no es al juez, sino al actor, quien debe configurarla al momento de enunciar su pretensión de tutela cautelar, cuidando de que aquella sea idónea, capaz y suficiente en atención al fin que persigue.

Tratándose de los requisitos que deben reunirse para que se decrete la medida, sin perjuicio de los generales que se necesitan para la obtención de toda medida precautoria, el tribunal está facultado para exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen “cuando lo estime necesario”.

De la caución a que se refiere el artículo 298 CPC se deduce que la concesión de la medida precautoria innominada se otorga bajo la responsabilidad del demandante, debiendo este indemnizar los daños que pueda producir al demandando por haberse obtenido una providencia cautelar de forma indebida. Pero ahora surge otra interrogante ¿en qué circunstancias el juez podrá requerir la caución? Consideramos que ello resulta procedente cuando el solicitante carezca de solvencia notoria y suficiente, igual presupuesto que se da a propósito de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

En relación a lo anterior, encontramos la resolución nº 6477 de Corte de Apelaciones de Concepción que dispone: “4DEG Que conforme lo señala el artículo 287 del Código de Procedimiento Civil, para decretar las medidas prejudiciales, deberá el que las solicite expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos.

El Código no exige se rinda fianza u otra garantía cuando se solicita una medida prejudicial de las señaladas en el artículo 273 del referido Código.

El artículo 279 del mismo cuerpo de leyes, exige fianza u otra garantía suficiente, solamente cuando se impetran como prejudiciales las medidas

precautorias de que trata el Título V del Código de Procedimiento Civil, cuyo no es el caso de autos.”<sup>52</sup>

Sin ánimos de seguir pormenorizando en esta característica, solo me resta concluir que de lo anteriormente expuesto se deduce claramente que la intención del legislador, y siguiendo el modelo español, fue la de tutelar cautelarmente toda clase de situaciones difíciles de encuadrar en una enumeración cerrada, como la que entrega el artículo 290.

No obstante lo anterior debemos precisar que, y siendo consecuente con el carácter de norma de clausura que comulgamos, la concesión de una medida indeterminada es facultativo para el juez, toda vez que, y necesariamente, previa petición de parte, “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” y “Estas providencias no excluyen las demás que autorizan las leyes”.

Es decir, operan solo cuando el tribunal así lo estime conveniente, y la caución es exigida para prever daños que puedan ocasionarse al demandado, conforme al artículo 298, y tales providencias así decretadas, en los términos antes dichos, no son excluidas por las enumeradas en el artículo 290.

Lo último no significa en todo caso que puedan ser tanto solicitadas como decretadas de buenas a primeras, sino solo para el caso que la situación, cuya protección se requiere, no resulte encuadrar en las medidas enumeradas en el artículo 290.

Lo anterior explica el hecho que primero han de preferirse las tratadas en el artículo 290 CPC (sin perjuicio de las que puedan contemplarse en leyes especiales para una situación en particular) cuando aquellas resulten ser insuficientes han de preferirse las medidas innominadas. Esto no nos debe conducir a catalogar a las medidas innominadas como subsidiarias, no porque estas no se encuentren expresamente enumeradas importa que sean consideradas subsidiarias de las que sí lo son. Precisamente el hecho de no estar expresamente tipificadas en nuestro

---

<sup>52</sup> Resolución de Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia-fallada/revocada-confirmada, la exigencia de caución es improcedente en medidas prejudiciales, 25 de enero de 2012, En: <http://vlex.com/vid/-366550582> [visitado el: 21/09/2014]

Código de Procedimiento Civil, es lo que les da la esencia a las mismas, ya que por su naturaleza resultan ser imposibles de enumerar, al concebirse estas en atención a la situación particular requirente de protección, de ahí que si sea correcto concebirlas como una norma de clausura o cierre del sistema, cubriendo las demás hipótesis, correspondientes a situaciones venideras no expresamente previstas y reguladas por el legislador transformándose, en tales situaciones, en artículo 290 CPC en una norma insuficiente, de ahí que contemple tal posibilidad.

En general, estimo bastante acertada la decisión del legislador al admitir la aplicación de otras medidas, diferentes a las enumeradas en el artículo 290, no solo por la utilidad práctica que de ello deriva, sino también porque ello evitó problemas interpretativos, que en razón de este punto nacen en otras legislaciones.

### **Principios que la informan**

Sin perjuicio de las características antes tratadas, consideramos que los siguientes principios a analizar, no resultan ser menos importantes para caracterizar las medidas cautelares, aún cuando no han sido tratadas ni por la doctrina ni la jurisprudencia, nos referimos al principio de responsabilidad y proporcionalidad, los que deben orientar la actuación del demandante y del juzgador al momento de solicitar y conceder una medida cautelar, respectivamente. Creemos que estos principios pueden ser de gran utilidad al momento de abordar los problemas prácticos que adolece la tutela cautelar en Chile.

### **Proporcionalidad<sup>53</sup>**

Se extrae del artículo 298 CPC el que en su primera parte dispone que “las medidas de que trata este título se limitarán a los bienes necesarios para responder de las resultas del juicio” el objetivo que se persigue con la aplicación de este principio, es alcanzar un equilibrio, bastante difícil en todo caso, entre la pretensión del demandante, por un lado y las medidas que este solicita para asegurar la efectividad de la sentencia, por otro.

---

<sup>53</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 215 a 221

Considerando que estas medidas encuentran justificación en que las leyes procesales deben, además de procurar una sentencia justa a la partes, que aquella sea oportuna y que, lo que se ordene en el respectivo fallo pueda ser cumplido con eficacia, encontramos como contrapartida el hecho, sabido en general, que estas medidas llevan en forma implícita un elemento de injusticia, principalmente cuando son utilizadas con fines coactivos o abusivos. Por estas razones es que el juez, antes de conceder una medida de esta clase, debe recordar que lo hace antes de que se pruebe la efectiva responsabilidad del demandado y que la medida puede, eventualmente, ocasionar grave daño en el patrimonio, ya sea del demandado o de terceros.

Luego, este principio busca que los jueces, al momento de aplicar esta medida, limiten al máximo el factor opresivo de las mismas, y en consecuencia que sólo concedan aquellas que sean rigurosamente necesarias y proporcionadas con lo pedido por la parte demandante. Sin perjuicio de lo anterior, no podemos desconocer aquellos casos en que se le solicite la aplicación de más de una medida al juez, al querer el demandante precaver varios tipos de peligro, o aún más, que las medidas se soliciten aún antes de notificar la demanda. En estos casos estimamos que los jueces debieran ser lo suficientemente flexibles y comprensivos para el otorgamiento de la o las medidas que estimen idóneas debiendo en todo caso analizar los intereses en juego.

En concordancia con lo anterior una medida cautelar solicitada siempre será concedida cuando sirva al proceso en cuanto resguarde los legítimos intereses del demandante a fin de no eludir el cumplimiento de la sentencia que, eventualmente, se dicte en su favor. De modo que los jueces deben negarse a dictar medidas que ocasionen daño al patrimonio del demandado, obligándolo a negociar, bajo una presión indebida, las condiciones de un acuerdo no equitativo.

A su vez, toda medida concedida genéricamente o por un largo lapso de tiempo debe siempre limitarse al objeto de lo pedido, siempre que no se altere sustancialmente la garantía que tiene el demandante.

Consideramos que la aplicación de este principio resulta ser bastante importante y de gran utilidad para el juzgador ya que, frente a la solicitud de una

alguna medida cautelar requerirá analizar comparativamente los derechos y alcances pecuniarios que la concesión de la medida importa para los litigantes, la parte de los patrimonios en disputa e incluso la actuación que en el proceso han tenido las partes. Los elementos antes mencionados, vinculados a aquellos concernientes a la mayor o menor solidez en los argumentos expuestos por las partes, pueden demostrar cual o cuales medidas puedan ser efectivamente útiles y, a su vez, bajo qué resguardos pueden o deben ser concedidas.

### **Responsabilidad<sup>54</sup>**

Este tema tiene su origen en lo que bien resume Calvosa como “La tutela cautelar tiene pues como base una situación incierta y controvertida”<sup>55</sup> ello porque considerando lo que Calamandrei denominó como verosimilitud, y que aparece en distintas legislaciones, bajo diferentes expresiones, que convergen en la exigencia del *fumus boni iuris*, nos lleva a tener, como primera apreciación, que estas medidas se decretan bastando la sola apariencia de derecho pese a que no llegue a concordar con la realidad y en segundo lugar que la concesión de la medida puede acarrear perjuicios al incidir en la esfera patrimonial del demandado, particularmente aquellas que van más allá del simple aseguramiento, siendo en todo caso infundados, ya que la medida no cumplió su finalidad.<sup>56</sup>

En general, tanto en el extranjero como en nuestro país, existe consenso en que las medidas cautelares se conceden por cuenta y riesgo de quien las solicita, así nacen como primeras preguntas, si esta responsabilidad ¿Nace por la sola solicitud, o es necesario un actuar negligente o doloso de parte del demandante? ¿La petición de buena fe, otorgamiento y posterior cancelación hace responsable al solicitante para con el demandado de los daños que, eventualmente infirió en su patrimonio? En la práctica, la responsabilidad del demandante tiende a desaparecer,

---

<sup>54</sup> En este punto seguiremos principalmente lo expuesto por: CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, La responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar: realidad actual y perspectivas de reforma, En: Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros, p. 257 a 269, 1ª edición abril, Editorial LexisNexis, Santiago, 2007

<sup>55</sup> CALVOSA, Carlo, La tutela cautelare, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1963.

<sup>56</sup> CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, La responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar: realidad actual y perspectivas de reforma, En: Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros, p. 259, 1ª edición abril, Editorial LexisNexis, Santiago, 2007

lo que evidentemente va en desmedro de los demandados, conformándose estos sólo con el alzamiento de la medida, sin perseguir la indemnización de perjuicios a la que podrían tener derecho.

En nuestra legislación, la situación es bastante complicada ya que, por un lado no existe un sistema o al menos una disposición legal que establezca positivamente esta responsabilidad –como si ocurre en otras legislaciones, como la española, por ejemplo<sup>57</sup> y por otra parte los tribunales, al conferir una medida cautelar no tienen, por regla general, la obligación de exigir que el actor rinda fianza que garantice la indemnización de los eventuales perjuicios que la adopción de la medida pueda inferir al demandado, lo que unido a la falta de un sistema adecuado, hacen un tanto dificultosa la labor a la hora de determinar la responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar<sup>58</sup>.

Por lo tanto, y en principio, quien pide y obtiene una medida cautelar, en el ejercicio de un derecho que la ley procesal le reconoce, no es responsable de los perjuicios que aquella pueda causar al demandado aún cuando esta, posteriormente, fuere alzada, ya que tales daños deben entenderse incluidos como un gasto que debe pagarse, conforme a nuestro sistema procesal<sup>59</sup>.

Como indica Ortells, un sistema efectivo de responsabilidad por el uso de la tutela cautelar aportaría a mayores solicitudes en este sentido<sup>60</sup>, principalmente desde el punto de vista del juez al ver amparada su decisión en un régimen existente, sin poner en riesgo al demandado dada la debida protección.

---

<sup>57</sup> Así se señala en la NLEC, en su libro III, título VI “De las medidas cautelares” capítulo I, De las medidas cautelares: disposiciones generales, artículo 728 “...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 ya la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.” Ley de Enjuiciamiento Civil, En: <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/lec/L3T6.htm> [Visitado el: 24/09/2014]

<sup>58</sup> CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, La responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar: realidad actual y perspectivas de reforma, Ob. Cit., p. 259

<sup>59</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 224

<sup>60</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, “Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil”, en Actualidad Civil, 1996, N° 42.

Siguiendo a Cortez<sup>61</sup>, este régimen de responsabilidad debe construirse en base a los siguientes aspectos:

a) La exigencia de una garantía patrimonial concreta y específica al solicitante de la medida, para asegurar su responsabilidad.

b) Unas normas sustantivas reguladoras de la responsabilidad, en función de las especialidades de la tutela cautelar.

c) El establecimiento de un cauce procesal adecuado para obtener la declaración de responsabilidad y su cumplimiento.

A continuación analizaremos estos puntos

a) La exigencia de una garantía patrimonial concreta y específica al solicitante de la medida, para asegurar su responsabilidad.

Si bien la petición de una medida cautelar por parte del solicitante se enmarca en el ejercicio de un derecho amparado por el ordenamiento jurídico, unido a la actitud del tribunal en orden a conceder lo pedido al entender que *prima facie* aquella reviste fundamento plausible, restando ecuanimidad al atribuir responsabilidad al solicitante de una decisión que, en definitiva, fue del tribunal<sup>62</sup>, la exigencia de caución al solicitante responde a la necesidad de amparar al demandado frente a los perjuicios patrimoniales que pudiese afrontar debido a la disposición de una medida cautelar concedida en base a la incertidumbre propia de la sola verosimilitud.

Reviste total importancia como garantía al demandado en un doble sentido, ya para garantizar que será satisfecho en los daños que hubiere sufrido y para evitar peticiones infundadas, siendo de cargo del solicitante el hecho de rendirla, equiparando los derechos de ambas partes.

Sin embargo, nuestro CPC al regular la caución no la exige, por regla general, ni como supuesto de concesión ni ejecución de las medidas, incluso en ciertos casos pedir la caución es facultativo para el tribunal, como en materia de medidas cautelares innominadas y el caso del artículo 299 CPC.

---

<sup>61</sup> CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, La responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar: realidad actual y perspectivas de reforma, Ob. Cit., p. 260

<sup>62</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 223

La situación tampoco cambia mucho en el Proyecto de Código de Procedimiento, así en las sesiones de la comisión encargada de este, el comisionado Elizalde al sugerir la posibilidad de otorgar medidas cautelares sin demostración del *fumus* y aun sin antecedentes que calificaran la gravedad y urgencia de la situación, “con tal que el interesado rinda fianza satisfactoria de responder a las resultas y perjuicios de la providencia”, ante lo recibió como respuesta una negativa de parte de la mayoría quienes consideraban que “la fianza establece una notable desigualdad entre los litigantes, por ser un medio que sólo está al alcance de los ricos”. No obstante su incorporación posterior, la discusión en dicha comisión deja ver las reticencias existentes respecto de la exigencia de caución.

Concordamos con Cortez al considerar que el fundamento de la caución es lograr la debida protección al demandado a fin de lograr un equilibrio e igualdad de condiciones a ambas partes, luego no podemos pretender mediante este mecanismo salvaguardar los problemas que surgen en cuando a la acreditación del *fumus*.

No obstante, no podemos dejar de atender a las relaciones existentes entre los presupuestos de la medida y la caución, la influencia recíproca entre todos los factores nos lleva a concluir que no es posible concebirlos con absoluta independencia los unos de los otros.

Así por ejemplo, el artículo 299 al disponer que “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.” Estimamos que no debiese operar esa sustitución de requisitos pues podríamos llegar al extremo de que el juez valore unos requisitos en desmedro o desconocimiento de otros, además de los problemas que podrían presentarse al momento de ponderar entre la relación de mayor o menor grado de acreditamiento y monto a que asciende la caución con la decisión de adoptar o no la medida.



De este modo, una efectiva reforma en esta materia, beneficiosa a nuestro parecer, sería la exigencia permanente de caución cuestión que, lamentablemente, no sucede de acuerdo a lo que se manifiesta en las Bases para la redacción del nuevo Código procesal Civil chileno al señalar que "por regla general, el solicitante debe otorgar una caución...". Estimamos que resultaría más conveniente una reformulación en este sentido, abandonando una regulación excepcional y discrecional.

Además, es necesario regular un sistema para determinar el monto a que ascenderá la caución, al respecto consideramos como factores a considerar los perjuicios que pudiesen causarse atendiendo a la clase de medida, la finalidad perseguida y los efectos de su materialización, quedando abierto a cierto espacio de discrecionalidad , pues se trata de una previsión futura. También se debiere considerar la influencia recíproca entre los presupuestos y la caución, pues el peligro debe conciliar con aquellas medidas de pronta ejecución. Finalmente es necesario regular la situación que ocurre luego de termino el proceso yalzada la medida, consideramos que en el evento de producirse perjuicios la caución debiese subsistir como garantía a la indemnización del demandado, surgiendo dudas en cuanto a la necesidad de establecer un límite para que este haga efectivo su derecho.

b) Unas normas sustantivas reguladoras de la responsabilidad, en función de las especialidades de la tutela cautelar

En este punto Cortez plantea la posibilidad de determinar una probable responsabilidad estatal procedente de los daños producidos por el juez, en su calidad de funcionario público, al conceder la medida, problema que si bien se puede considerar excesivo, en cuanto a su análisis en este trabajo, consideramos igualmente provechoso tratarlo pues al considerar que el tribunal acceda a la petición por entender que *prima facie* la medida existiendo fundamento plausible<sup>63</sup>, no sería justo que luego se le responsabilice al demandante de una decisión que, en definitiva, fue del tribunal, lo que incluso podría llegar a exonerar de responsabilidad al Estado en el funcionamiento de la administración de justicia en esta materia.

---

<sup>63</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 223

Independiente de lo anterior, esencial en todo caso, lo principal será determinar cómo se regula esta responsabilidad es decir, de acuerdo a las normas de responsabilidad civil extracontractual basado en la culpa y el dolo, o bien resulta más conveniente establecer un sistema de responsabilidad objetiva, prescindiendo de la culpa, elemento difícil de acreditar sumado también a que las medidas se conceden por cuenta y riesgo de quien las solicita, luego independiente de su buena o mala fe, quien obtiene la medida responde por los perjuicios que pueda producir.

La ausencia de regulación al respecto provoca que se dicten sentencias liberando de responsabilidad al solicitante, a menos que la sentencia recaída en el juicio lo condene en costas por haber litigado injustamente. Hasta se ha llegado a resolver que el ejercicio de un derecho consagrado en la ley no se ofende ni produce injuria a otra persona.

La situación empeora al no existir una norma que disponga la caución como presupuesto para la concesión de la medida, quedando el demandado resignado a obtener un resarcimiento ordinario de su patrimonio.

Frente a la inexistencia de normas que regulen la responsabilidad del solicitante de una medida, cuando esta esalzada, nos fuerza a analizar caso a caso las distintas razones que pueden motivar tal decisión.

Al respecto, es importante lo dispuesto en el artículo 280 CPC "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 ese solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento."

Si bien los tribunales han interpretado la norma como una presunción simplemente legal de dolo respecto del solicitante al no deducir demanda oportunamente, actualmente se ha considerado que la norma en realidad lo que hace es establecer una verdadera responsabilidad objetiva.

Pero lo que hace la norma es dar una solución intermedia entre la culpa y el dolo, al invertir la carga de la prueba en el proceso posterior en donde se determinen los daños producidos, debiendo probarlos quien los sufrió.

Los restantes casos en que se produzca el alzamiento de la medida son regulados por las normas relativas a la responsabilidad en el artículo 2314 y siguientes del CC. En esta materia surge la duda si regularlo bajo un sistema de responsabilidad subjetiva u objetiva.

Si bien nuestros tribunales, aplicando la concepción clásica de 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 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 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"<sup>64</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, nos encontramos en esta materia, como igualmente acontece en el derecho civil, la tendencia hacia un cambio gradual en el elemento subjetivo de responsabilidad, así la premisa que no hay responsabilidad sin culpa se agrega que no puede existir un daño procedente de un riesgo sin una justa indemnización.

Luego abandonamos la culpa pues las medidas se conceden por cuenta y riesgo de quien las solicita, exigiéndole con ello su prudencia, de ahí que haya obrado de buena o mala fe, será siempre responsable de los daños causados.

Si aplicáramos las normas de responsabilidad civil en todos los casos, resultaría difícil determinar el derecho a indemnización, siendo injusto en ciertos casos, principalmente aquellos en que el alzamiento de la medida se produce con

---

<sup>64</sup> Gaceta de los tribunales, primer semestre, N° 820, 1904, p.1002

ocasión, ya directa o indirecta, de una acción u omisión del solicitante, como ocurre, por ejemplo con la presentación inoportuna de la demanda.

Así Cortez postula, en base a la debida razonabilidad, establecer en aquellos casos que no quepan dudas, supuestos de responsabilidad objetiva, sin que se deba atender a la eventual culpa o negligencia del sujeto activo; en otros casos configurar supuestos de presunciones de culpabilidad, así liberamos de probar aquella a quien ha sido objeto de daño y a su vez damos la posibilidad al actor de desacreditarla, quedando los restantes casos sometidos al régimen de responsabilidad extracontractual.

El autor menciona como supuestos de responsabilidad objetiva los siguientes:

a) medidas prejudiciales que se alzan por la no presentación oportuna de la demanda. Este caso es comparable a las situaciones de inadmisión de demanda, presentación de demandas inconexas con la medida decretada y presentación de la demanda ante un tribunal, distinto del que ha tramitado el proceso cautelar.

b) cuando la revocación opera dada la oposición formulada por el demandado

c) se cancela la medida debido al término del proceso por sentencia que no acoge la pretensión principal; este caso debiese quedar sujeto a las reglas generales de responsabilidad, pues escapa al actor la decisión judicial, así mientras se compruebe que el actor creía que iba a lograr obtener en el juicio, y que se sirvió de una actuación procesal medianamente inteligente, debiese entonces descartarse una conducta culposa del actor.

A propósito de estos supuestos, en el derecho comparado se incluye el desistimiento de la demanda y el abandono del procedimiento (caducidad), convergen ambos en la inexistencia de sentencia y que ello resulta de una actuación atribuible al actor.

En cuanto al desistimiento, el autor estima que debiese considerarse siempre que responda a una arbitrariedad o por motivo fundado.

En cuanto a la imputabilidad, ello parece atribuible a ambas partes, lo que, al menos en principio, liberaría de responsabilidad al actor.

Concordamos con Cortez en la amplitud e importancia de este tema, que finalmente se basa en la responsabilidad extracontractual, pero una bastante peculiar debido a la intervención de un órgano jurisdiccional.

En consecuencia, este tema no acaba con este análisis, pues si bien el sistema de responsabilidad objetiva corresponde a una buena solución, no es del todo completa al no considerar la intervención del juez, factor igualmente importante al momento de determinar la responsabilidad por el uso de la tutela cautelar, ya que este al concederla, de una u otra forma incide igualmente en el daño que se pudiere causar, así constituye un elemento que puede influir en el nexo causal, el que no ha sido descartado en el sistema de responsabilidad objetiva. De modo que dicho factor debiese ser igualmente considerado, incluyéndose conceptos como causalidad adecuada, a fin de resguardar la efectividad de la responsabilidad siempre que la relación de causalidad no se esté cabalmente probada.

c) el establecimiento de un cauce procesal adecuado para obtener la declaración de responsabilidad y su cumplimiento

En este punto haremos referencia al establecimiento de un procedimiento adecuado para determinar la responsabilidad, la cuantificación de los daños y su cumplimiento.

Si bien nuestra doctrina plantea un régimen caracterizado por su rapidez para resolver esta clase de asuntos, por el contrario nuestra jurisprudencia se ha mantenido férrea en la idea que los litigios que versen sobre indemnización de perjuicios corresponde a juicios de *lato* conocimiento por excelencia, de ahí que requiriéndose la extensión necesaria para rendir y conocer las alegaciones y pruebas, es el juicio ordinario de mayor cuantía la vía procesal más apta. Tal hipótesis conduce a estimar que, de ocurrir alguno de los supuestos que produzca el cese de pleno derecho de la medida, no implica que la responsabilidad se extinga o que se pueda pretender igualmente por vía incidental.

Debido a las ventajas de celeridad y economía que presenta el procedimiento incidental es que se contempla, por vía de reforma, el tratamiento de esta materias en tal sentido.

Justamente la doctrina propone un tratamiento incidental inserto en aquel en que ha recaído la medida a fin de evitar que se desliguen, pues es en él donde se han producido los daños que motivan la persecución de responsabilidad.

Con todo, se presenta como desventaja aquellas situaciones en las que el alzamiento de la medida ocurre con la sentencia definitiva, pues sin que exista un proceso principal pendiente no se puede pretender hacer valer un incidente.

En consecuencia, la aplicación de un procedimiento incidental podría ser factible tratándose de aquellos casos de responsabilidad objetiva o sin culpa, al ser suficiente en ellos la prueba de los perjuicios, pero no resulta conveniente tratándose de situaciones en que sea necesario demostrar todos los elementos de la responsabilidad extracontractual.

Luego, Cortez estima que las Bases para la redacción del nuevo Código procesal Civil chileno proponen una vía procedimental intermedia para obtener la pretensión indemnizatoria, bastante atractiva al comprender un juicio declarativo tipo, y otro designado sumario, el cual se singulariza por su brevedad y concentración, debiendo optarse por este al permitir conciliar los intereses del perjudicado en obtener el resarcimiento de los perjuicios en forma rápida, con el derecho de defensa que corresponde al demandado.

De todos modos, independiente del régimen procedimental que se prefiera, deben contemplarse las medidas necesarias que permitan la conservación de la caución rendida por el solicitante de la medida mientras no se reclame y resuelva judicialmente la responsabilidad de este. En este sentido es que podría fijar un plazo para pedir la indemnización, durante el cual no pudiese restituir la caución, o en su caso el propio juez podría señalar un plazo para hacer valer la pretensión, el que cumplido lo habilitaría para efectuar su reembolso.

Finalmente Cortez propone precisamente los siguientes puntos para obtener una regulación satisfactoria en materia de responsabilidad procedente del empleo de la tutela cautelar:

“1º) La necesidad de un régimen efectivo y riguroso de responsabilidad que sirva de equilibrio respecto a los riesgos que ha debido asumir el sujeto pasivo.

2º) La exigencia general de caución en todos los casos.

3º) El establecimiento de supuestos específicos de responsabilidad objetiva o sin culpa en los casos más claros.

4º) La instauración de un régimen procedimental adecuado para obtener la declaración de responsabilidad, la cuantificación de los daños y su cumplimiento: Juicio sumario.”<sup>65</sup>

Las normas procesales, configuradoras de las medidas cautelares, es la misma de otras normas jurídicas: un supuesto de hecho, unos presupuestos y, presentándose estos, le siguen consecuencias jurídicas o efectos.

### **Presupuestos de aplicación**

No basta la sola solicitud de una medida cautelar para que sea decretada por el juez, sino que además se requiere que concurren ciertos presupuestos, los que a su vez justifican la aplicación de la medida, tales son: el peligro en la demora o *periculum in mora*; la apariencia de derecho o *fumus boni iuris* y la caución o contracautela

### **Peligro en la demora o *periculum in mora***

Más que un presupuesto, corresponde al verdadero fundamento de las medidas cautelares. Se refiere a la situación de peligro o riesgos que amenazan potencialmente la efectividad práctica de la sentencia recaída o que, eventualmente recaiga en el proceso principal, derivada precisamente de la demora en emitirla y cuya consumación se intenta evadir, concediendo la medida.

Estimamos que, existiendo un peligro inminente de daño jurídico una vez acreditado este, la cautelar solicitada debe ser expedida inmediatamente ya que, de lo contrario, ese daño eventual puede derivar en efectivo. De ahí que el "peligro en el retardo de la sentencia definitiva", como afirma Calamandrei debe ser entendido como el peligro existente durante el tiempo necesario para la realización del proceso, el que, ya sea de forma voluntaria o natural, se verifique, dificultando o al menos limitando su ejecución por los órganos jurisdiccionales<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, La responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar: realidad actual y perspectivas de reforma, Ob. Cit., p. 268

<sup>66</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 244 cita nº 392

El *periculum in mora* deberá ser acreditado por quien solicita la medida presentando los antecedentes de que disponga. Pero, para que se decrete la medida, no basta el simple temor o aprehensión del solicitante, sino que deben tratarse de hechos apreciables objetivamente. Siguiendo la doctrina italiana, la configuración del *periculum in mora* es distinta según la función para la cual este destinada la medida. Se colige lo anterior en nuestro ordenamiento por carecer, a diferencia de lo que ocurre con el *fumus boni iuris*, de una formulación general, de modo que el *periculum* debe apreciarse específicamente para cada caso particular.

Así las cosas, atendiendo al peligro que intenta evitarse distinguimos el peligro de infructuosidad (garantiza la existencia de bienes o cosas, objeto de la demanda, atendiendo a la futura ejecución) y de tardanza o de retardo (acelerando temporalmente la satisfacción de la pretensión solicitada, porque de esperarse hasta el término del litigio pueden ocasionarse serios e irremediables perjuicios)<sup>67</sup>.

Entonces dijimos que la concreción de la medida responde a evitar la producción de daño, el que se materializa en el riesgo, los que pueden ser de la más variada índole. Así las cosas Ortells distingue algunas clases<sup>68</sup> (sin perjuicio de que el riesgo debe probarse para cada situación en particular):

1. Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto

Ejemplo: el riesgo de insolvencia del demandado que puede frustrar la ejecución genérica, bien proceda inicialmente, por tratarse de una prestación pecuniaria o, en su caso, proceda por imposibilidad de una ejecución específica.

2. Riesgos que amenazan la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica

Ejemplo: que la cosa mueble no pueda ser habida y deba procederse a una ejecución genérica

O que la posibilidad de una ejecución específica se desarrolle con plena utilidad

Ejemplo: que el vencedor reciba la cosa, pero sin sus frutos.

---

<sup>67</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 76 y 77

<sup>68</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 14



3. Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia

Ejemplo: la pretensión declarativa de dominio deriva en inútil, toda vez que durante el transcurso del proceso el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe el que lo ha inscrito a su nombre.

4. Riesgos de ineffectividad derivados del retraso en el momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia en cuanto, por la naturaleza de la situación jurídica a la que la sentencia hace mención, ese retardo supone por sí un daño invariable de dicha situación.

Luego, la exigencia de existir una situación de peligro evita los abusos en la concesión de esta clase de medidas, ya que al no existir dicho estado desaparece la necesidad de conceder la protección cautelar, a su vez, si ello no existe o desaparece, deja de haber necesidad de conceder la protección cautelar.

En correlación a lo anteriormente expuesto, cabe mencionar que este presupuesto se consagra mediante la utilización de diversas formas de expresión normativas, a saber:

1. En ocasiones, el presupuesto no se declara expresamente, sino que forma parte de la *ratio iuris* de la norma que consagra la medida cautelar

Ejemplo: en el sistema español se produce en la anotación preventiva de la demanda artículo 727 NLEC nº 5 y otras anotaciones registrales de acuerdo al nº 6 del mismo artículo<sup>69</sup>, en nuestra legislación ocurre, por ejemplo a propósito del embargo sobre cosas inmuebles, mediante la anotación de la orden judicial en el registro de propiedad.

2. El presupuesto se expresa en la norma y además las circunstancias que configuran el peligro específico son tipificadas por el legislador, de ahí que el juez solo deba cotejar tales circunstancias

---

<sup>69</sup> Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículo 727. Medidas cautelares específicas. Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: [...] 5º La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos. 6º Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución, En: <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/lec/L3T6.htm> [Visitado el: 24/09/2014]

Ejemplo: en el derecho español encontramos el artículo 1400, 2º LEC<sup>70</sup>, excepto el último inciso. En Chile ocurre por ejemplo en el artículo 291 “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”

3. Cuando las circunstancias en que se expresa el peligro no se encuentran tipificadas por el legislador, sino que se encomienda al juez que valore si determinadas circunstancias son o no reveladoras de ese peligro

Ejemplo: en la legislación española lo encontramos en la excepción del último inciso del artículo 1400. 2º, que exista motivo racional para creer que ocultará o dilapidará sus bienes en perjuicio de los acreedores<sup>71</sup>. Mientras en Chile, siguiendo con el ejemplo anterior “...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”

4. Aquellos casos en que la ley, sin determinar el tipo de riesgo que amenaza la ejecución de la sentencia y los acontecimientos que deben catalogarse reveladoras de ese peligro, deben ser determinados por el juez de acuerdo a los criterios previstos por el legislador.

Ejemplos: en España corresponde al caso de las medidas indeterminadas del artículo 1428 LEC<sup>72</sup> las medidas que, según las circunstancias, fuesen

---

<sup>70</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículo 1400 Para decretar el embargo preventivo será necesario: 1º Que con la solicitud se presente un documento del que resulte la existencia de la deuda. 2º Que el deudor contra quien se pida se halle en uno de los casos siguientes: Que sea extranjero no naturalizado en España. 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 ésta ignore su residencia; o que se oculte, o exista motivo racional para creer que ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores, En: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Anterior/r0-lec.l2t14.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r0-lec.l2t14.html) [Visitado el: 24/09/2014]

<sup>71</sup> Ídem

<sup>72</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil, Artículo 1428 Cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, el Juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere. El solicitante de dichas medidas deberá prestar fianza previa y bastante, a excepción de la personal, para responder de la indemnización por los daños y perjuicios que pudiese causar. Estas medidas, además de en la demanda, se podrán solicitar antes o después de entablarse la misma. De solicitarse antes, habrá de interponerse la demanda dentro de los ocho días siguientes a su concesión. Será Juez competente el que lo sea para conocer de la demanda principal, y para su tramitación se formará pieza separada. El demandado podrá oponerse a las medidas solicitadas o pedir que se alcen las acordadas, bien por estimar que no son

necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia. En nuestro país sucede a propósito del artículo 298 CPC al decir “Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley”

### **Configuración del peligro en la demora, en el derecho procesal chileno**

A propósito de las medidas precautorias, el legislador ha establecido dos situaciones de concreto peligro, de ahí que conforme a lo dispuesto en el artículo 290 de CPC (situaciones que provienen del siglo IXI, incluso antes, atendiendo a la concepción sobre las medidas provisionales de seguridad que se tenía):

1° la insolvencia del deudor como causa directa del fracaso de la sentencia.

En la práctica, cuando no logra probarse este elemento, el juez desestima la pretensión cautelar, en este sentido se ha fallado que “Sin embargo, tales antecedentes no proporcionan elementos de información objetivos, necesarios para inferir racionalmente que las facultades económicas del demandado no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio. No basta, para ello, con la mera aserción del peticionario en el sentido de que éste se encuentra en una situación financiera apremiante, ya que tal sospecha de imposibilidad económica para hacerse cargo de una eventual condena carece de sustento fáctico”<sup>73</sup>

2° la actitud del demandado en relación a los bienes, materia de juicio, como causa también de dicha frustración

El legislador es menos riguroso al configurar este presupuesto, de ahí que en ocasiones llegue incluso a "presumirlo". Lo anterior ocurre, por ejemplo, en la prohibición de celebrar actos o contratos, cuando ella se decretará respecto de bienes del litigio. Al respecto, nuestra doctrina, en forma mayoritaria estima que el demandante no requiere probar la insolvencia del deudor como requisito para la

---

procedentes o porque se comprometa a indemnizar los daños y perjuicios que puedan ocasionarse al actor y ofrezca fianza o aval bancario suficientes para responder de los mismos. Formuladas estas pretensiones, el Juez citará a las partes a una comparecencia, en la cual oír a las que concurren, admitirá las pruebas que sean pertinentes y, dentro de los tres días siguientes, resolverá lo que proceda por medio de auto que será apelable en un solo efecto. El mismo procedimiento se seguirá para resolver los incidentes que puedan suscitarse con respecto a las medidas acordadas. La fianza a que se refieren los apartados anteriores podrá ser de cualquiera de las clases admitidas en derecho, excepto la personal, En: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Anterior/r0-lec.l2t14.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r0-lec.l2t14.html) [Visitado el: 24/09/2014]

<sup>73</sup> Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica, De: 16/02/2011, Rol: 48-2011

concesión de la medida, en esa situación lo único que debe probarse es el *fumus boni iuris* representado, como veremos, por los comprobantes que constituyan presunción grave del derecho que se reclama. Lo mismo ocurre tratándose de la retención de bienes que son materia del juicio (artículo 295 inciso 1° CPC). Un sector mayoritario de nuestra doctrina señala que en estas situaciones, por la sola solicitud que se asegure la cosa, objeto de la *litis*, debe concederse la medida, aún cuando no exista peligro de deterioro o destrucción respecto a ella.

Ahora entonces, analizaremos cada caso, de modo que para que se decrete...:

1. Prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados del demandado, se necesita que sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio (artículo 296 CPC)

2. Retención de bienes que no son materia de juicio, se exigen que las facultades del demandado no ofrezcan suficiente garantía o haya motivo racional para creer que procurará ocultar sus bienes (artículo 295 CPC)

3. Nombramiento de 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 (artículo 293 N°1 CPC en relación con el inciso 2° del artículo 902 del CC)

4. El secuestro cuando se reivindique una cosa corporal mueble se necesita que hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor (artículo 901 CC).

No obstante, en ciertos casos el legislador no predetermina cuál es el tipo de peligro que puede afectar al demandante, ni tampoco la posible medida cautelar que puede adoptarse. Reconociendo el legislador su incapacidad para poder prever un sin fin de situaciones que pueden presentarse, autoriza al juez, por medio de una interpretación más discrecional y, atendidas las condiciones y circunstancias de la cuestión en particular, la facultad para adoptar o decretar la o las medidas que estime pertinentes o adecuadas. Podríamos decir entonces que estas situaciones resultan reflejar un peligro indeterminado, ya que en ellas corresponde al juez reconducir a las exigencias de la ley el caso concreto. Encontramos esto en el

artículo 298 de CPC, a propósito de las medidas innominadas o indeterminadas en las que al menos, en teoría, el juez puede adoptar las providencias que estime necesarias para evitar distintos peligros.

También, en otros casos el peligro estará fundado por la sola demora en satisfacer las necesidades del demandante (peligro de tardanza). En estos casos la necesaria y pronta protección no tiene por objeto un conjunto de bienes eventualmente afectos a una futura ejecución, sino en la satisfacción inmediata del derecho reclamado. Como diría Calamandrei, en dichas circunstancias el *periculum in mora* proviene de la "prolongación, a causa de las dilaciones en el proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiende en el juicio de mérito"<sup>74</sup>. Lo anterior ocurre por ejemplo, en los alimentos provisionales, en esos casos el legislador parte de la hipótesis que de esperarse el término normal del proceso, sin satisfacer provisionalmente el derecho reclamado, puede provocar daños irreversibles al demandante.

### **Apariencia de derecho o *fumus boni iuris***

Al desarrollar las características dijimos que las medidas cautelares operan previa petición de parte, pero no basta la sola solicitud para que pueda adoptarse en forma inmediata dicha medida, ello porque ante todo corresponden a medios excepcionales, en consecuencia deben ser aplicados sólo cuando sean necesarios para asegurar el resultado del juicio y aparezca como jurídicamente aceptable la petición del actor.

Al respecto, Anabalón señala 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"<sup>75</sup>.

Una premisa de la medida cautelar corresponde a la existencia de una situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuyo

---

<sup>74</sup> CALAMANDREI, Piero, Ob. Cit., p. 72

<sup>75</sup> ANABALÓN SANDERSON, Carlos, Ob. Cit., p 66 y 67

cuidado se consagra la medida. Variadas son las formas que el derecho positivo usa para determinar dichas situaciones. En ocasiones las fija en términos jurídico-materiales (ejemplo: deudas en especie, obligaciones de hacer o no hacer o de entregar cosas determinadas o específicas, en otros casos, la definición incluye cierta referencia a la pretensión ejercitada en el proceso principal y a la situación jurídica-material en que la pretensión se funda (por ejemplo, la acción real que tenga por objeto cosa mueble, reclamar el pago de una deuda, demandar en juicio la propiedad, etc.).

Con todo, delimitar la situación jurídica cautelable no es lo principal o esencial en este presupuesto, toda vez que lo importante es demostrar si la situación jurídica de que se trata es necesaria y suficiente para que el juez pueda decretar una medida cautelar.

De ahí que para decretar la medida no se requiera plena prueba del derecho o interés, sin necesidad de alcanzar la plena convicción del juez, sino basta que la existencia del derecho aparezca verosímil o muy probable, o sea la simple apariencia de la situación tutelada. Luego, no se trata de la certeza absoluta, ni tampoco poner en juego todos los medios de prueba, ni el procedimiento normal de su práctica, sino que la ley considera suficiente un principio de prueba, por regla general resultante de documento. En consecuencia, basta la apariencia de ese derecho (*fumus boni iuris*: humo de buen derecho). De modo que corresponderá al peticionario acreditar, sin examen de la contraria, que existe una gran posibilidad de que la sentencia definitiva que se dicte oportunamente reconocerá el derecho en que se funda su pretensión<sup>76</sup>. Recordemos que la consagración legislativa de las medidas cautelares responde por la estimación de un eventual resultado procesal favorable al actor. Iniciado un proceso, tal evento es siempre posible. Sin embargo, así como sería injusto supeditar la entrada al proceso a determinada comprobación inicial de la existencia del derecho que se hace valer, por cuanto significaría interrumpir la probabilidad misma del reconocimiento del derecho es, al contrario, admisible que para el otorgamiento de una medida, que compromete una injerencia

---

<sup>76</sup> AZARI, Ronald, Ob. Cit., p. 7

en la esfera jurídica del demandado, se requiere que pueda formarse un juicio positivo sobre un resultado favorable al actor.

Pero este requisito no debe llegar al exceso de que el material (alegaciones, pruebas) que el juez deba considerar para conceder la medida, deban ser las mismas que aquellas que han de rendirse en el juicio principal, y deba ser aportado y tratado del mismo modo que para este último se halla establecido. Si ello ocurriera no solo se realizaría doblemente una instrucción, sino que además la medida cautelar no podría cumplir su finalidad, ya que se produciría a su respecto el impedimento cuyo objetivo precisamente debe evadir: el retardo de la resolución eficaz para incidir en la esfera jurídica del demandado, impuesto por la necesidad de una actividad procesal precedente encaminada a verificar, con todas las garantías, la concomitancia de los presupuestos de aquella resolución<sup>77</sup>.

### **Configuración del *fumus boni iuris* en el derecho procesal chileno**

Ya desde los proyectos de Código de Enjuiciamiento Civil se consagra este presupuesto, de forma genérica, para todas las medidas cautelares. Al respecto, nuestro legislador exige, para configurar el *fumus boni iuris* que el demandante acompañe comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama, según lo dispuesto en el artículo 298 CPC.

El mandato de acompañar "comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama", el legislador alude a dos cuestiones, primero a los medios de acreditamiento y, en segundo lugar al grado de convicción que dichos elementos deben producir en el juez.

Pereira, refiriéndose a estos comprobantes y el grado de convicción que han de generar en el juez, señala 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"<sup>78</sup>. La fórmula planteada por nuestro legislador demuestra que basta

---

<sup>77</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit. p.14

<sup>78</sup> PEREIRA ANABALÓN, Hugo, Embargo y cautela en el proceso chileno, En Revista de derecho procesal Universidad de Chile, Santiago, Chile Año 1, No. 1 (set.1971), p.86

la mera apariencia de derecho o verosimilitud, es decir, que el derecho reclamado se presente con fuertes posibilidades de ser cierto, para que pueda decretarse.

En teoría, se dice que el tribunal al pronunciarse sobre una medida precautoria no envuelve ningún prejuzgamiento, ya que dicha resolución en caso alguno adelanta un juicio definitivo sobre la cuestión debatida, sino sólo manifiesta una simple y transitoria deducción ante los antecedentes que, hasta ese momento, obran en su poder. Sin embargo, en la práctica, el tribunal al pronunciarse sobre la solicitud de cierto modo prejuzga, aún sin tener un conocimiento completo de todos los antecedentes, ya que estos se irán produciendo en el curso de su tramitación.

De ahí que no sea necesario, para que se otorgue una medida, que el juez llegue al mismo grado de convicción que necesitaría para dictar la sentencia definitiva, en este sentido la Itma. Corte de Apelaciones de Temuco indica que “La exigencia de acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama (del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil), no implica que se acompañen pruebas que irrefutablemente acrediten que el solicitante tiene la razón, sino que implica que de los comprobantes acompañados se infiere a lo menos una presunción grave del que el demandante obtendrá el derecho que se reclama. Es decir que de la documentación acompañada se desprenda al menos el *Fumus Boni Juris* o apariencia de buen derecho, es decir, el cálculo de probabilidades de que el solicitante de la medida será el beneficiado con la sentencia; se trata de la apariencia del buen derecho emitiéndose un juicio preliminar, el cual no toca fondo del juicio principal. Tal exigencia impuesta por el legislador es consecuencia del hecho que la medida precautoria entraña en cierto grado una anticipación de la ejecución, lo que lesiona la esfera jurídica de la parte demandada, privándole, aunque sea parcialmente de su posición de hecho preeminente. Se requiere, por tanto una justificación del derecho que se invoca que legitime la lesión producida por la medida cautelar”<sup>79</sup>.

En cuanto a la forma de acreditar la presunción, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la expresión "comprobantes" no puede limitarse

---

<sup>79</sup> Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Temuco, De: 30/11/2007, Rol N° 675-2003



sólo a la prueba documental, de modo que han entendido que dicho término se refiere a cualquier medio de prueba.

Al respecto, la jurisprudencia ha resuelto que "el legislador al exigir que se 'acompañen comprobantes' que constituyan a lo menos 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' [...]"<sup>80</sup>.

Los comprobantes antes dichos claramente se encontrarán aparejados a la demanda y justifican la procedencia de la acción entablada; pero nada obsta a que se acompañen otros de importancia exclusiva para la concesión de la medida, como por ejemplo, aquellos referidos a la solvencia del demandado, al temor de la ocultación de bienes por parte de éste, entre otros.

Pero la exigencia en comento presenta una excepción en el artículo 299 CPC al disponer "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".

Esta excepción (en la que se podría decir que pasajeramente se presume el *fumus*, al establecer la medida sin los comprobantes) es solo relativa, ya que tales resguardos siempre deben presentarse, lo único que difiere es el momento. Por lo demás el legislador prevé, como contrapartida e imponiéndole a los demandantes importantes cargas procesales, a saber:

---

<sup>80</sup> RDJ, t. LXVI, 1969, segunda parte, sec. 2º, p. 86

1. La constitución de una garantía para responder de los eventuales perjuicios que puedan ocasionarse al demandado, y
2. 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.

### **Caución**

Teniendo las medidas cautelares por objeto evitar los daños que pueden ocasionarse en el demandante debido al imprescindible tiempo que ha de transcurrir para que el tribunal pueda adoptar una decisión, esto solo supone una sentencia favorable al actor, reconociéndose su solicitud, respaldada por un derecho cierto, esto solo muestra una faz del asunto, la del demandante.

El presupuesto de la caución viene a ser la otra cara de la moneda, en caso de resultar una sentencia a favor del demandado, respondiendo a su derecho a ser tratado con las mismas garantías y condiciones que el demandante. La imparcialidad del juez sólo se quiebra al momento en que este emite una decisión en la sentencia que recaiga en el juicio.

De ahí que si bien la concesión de una medida cautelar en favor del demandante venga amparar únicamente al actor, de ello sigue que el tribunal deba demostrar igual interés protector respecto de quien obre como demandado, adoptando las medidas que resulten indispensables para protegerlo de todo tipo de daño que pudiere adolecer a causa de las medidas adoptadas en favor del actor.

Por lo anterior, si es que durante el transcurso de la litis se acreditare que la subsistencia de las medidas por parte del actor sólo han sido utilizadas como un mecanismo de coacción ilegal para conseguir un acuerdo inicuo con el demandado, es necesario que la justicia repare todos los daños que la medida cause en el demandado.

Luego, la garantía no tiene por objeto cubrir las resultas del juicio, sino la medida cautelar, de ahí que se limite a cubrir la responsabilidad por los daños y perjuicios que ello produzca.

El fundamento de la cautela reside en la necesaria igualdad que debe existir entre los litigantes al posponer la bilateralidad, ya que por una parte se autoriza a demandante a garantizar un derecho aún no reconocido judicialmente, sin oír a la contraparte y, por otra parte, se resguarda a ese último la efectividad del resarcimiento por los daños que pudiere sufrir, en el evento de no existir el derecho que se reclame<sup>81</sup>.

Respondiendo a los resguardos en favor del demandado, se encuentra este tercer presupuesto de la cautela, el que siendo, por regla general, un requisito o presupuesto para la concesión de las medidas cautelares, cabe hacer las siguientes precisiones sobre este punto:

1. Se debe considerar el régimen de cada medida cautelar para determinar si este presupuesto lo es de la concesión de la medida o de su ejecución.

2. En oposición a los presupuestos antes estudiados, que existen o no en la realidad extraprocesal, el presupuesto de la fianza puede ejecutarse a voluntad (y según la capacidad económica) del solicitante.

3. Que dependiendo el régimen, la fianza puede suplir la falta de los otros presupuestos o, en su caso, sólo complementarlos.

De ahí que este presupuesto tenga por objeto ofrecer un respaldo patrimonial concreto y específico para el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida cautelar, a la indemnización de los deterioros y menoscabos producidos por una medida cautelar ilícita. Atendiendo a la circunstancia anterior y a las costas específicas del proceso cautelar, el juez determinará el monto a que hace la caución.

En cuando a la expresión fianza, ésta en un sentido estricto, se ha entendido como la obligación de un tercero de pagar si no lo hace el deudor, la cual no es admitida, por regla general. De ahí que debamos entender la expresión fianza en significación de caución o garantía, las que pueden presentarse de distintas maneras, tales como depósito de dinero, garantía hipotecaria, etc. Aun cuando sea una fianza de carácter personal, nada obsta a que se admita un aval bancario dado su resultado práctico.

---

<sup>81</sup> AZARI, Ronald, Medidas cautelares, 2º edición, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 10

En cuando a su exigibilidad, atendiendo a diversas causas, esta puede ser preceptiva o discrecional.

### **Regulación de la caución en el derecho procesal chileno**

Al respecto analizaremos distintos temas:

a. ¿La caución constituye, en nuestro sistema, un tercer presupuesto para la concesión de una medida cautelar?

Si bien en nuestra legislación este requisito es eventual, ya que sólo se exige en las medidas precautorias innominadas o las medidas prejudiciales precautorias (art. 279 y 298 CPC)<sup>82</sup> -otorgamiento de caución que se encuentra en todo caso entregado a la discrecionalidad del juez "cuando lo estime necesario"<sup>83</sup>- y más específicamente, del tenor del artículo 298 CPC al señalar que "...Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario, y no tratándose de las medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que resulten" que la cautela, por regla general, no constituye un requisito para la concesión de las medidas cautelares en nuestro país.

Si bien el artículo antes citado se ubica y alude a las medidas de que trata "este título", es decir a las del título V del libro II del CPC, no encontramos otra norma en el derecho nacional que haga forzosa la dispensa de dicha garantía en atención a las medidas no reguladas en el título citado.

De modo que, al presentarle una solicitud de medida cautelar, el juez sólo debe examinar la concurrencia del *Periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, ya que, tratándose de aquellas medidas expresamente establecidas en la ley, no se exige caución de ninguna clase. Tratándose de aquellas de creación jurisprudencial, la caución es totalmente facultativa.

Lo anterior deja al demandado en una situación vulnerable ya que, en caso que se decrete caución ello, conforme a una jurisprudencia más o menos consolidada, se concede sin intervención del demandado<sup>84</sup> a lo que se suma que no

---

<sup>82</sup> ROMERO SEQUEL, Alejandro, Ob. Cit., p. 43

<sup>83</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 258

<sup>84</sup> TAVOLARI, Raúl, la orden de no innovar en el recurso de protección, en Justicia, N° III, 1992, p.693

se exige para dar garantía al demandado, claramente se rompe la igualdad entre los litigantes.

Con todo, cabe destacar que el legislador exige caución como requisito esencial en tres situaciones:

1. Cuando la caución reemplaza transitoriamente uno de los otros requisitos exigidos para la concesión de la medida.

Se desprende del artículo 299 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".

En este caso la caución sustituye al *fumus boni iuris*, pero solo en forma temporal, ya que los comprobantes deben siempre presentarse. En este caso solo difiere el momento en que ha de verificarse ello, de ahí que el legislador incluso prevea un plazo dentro del cual el actor debe cumplir dicha carga. Cumplida ésta el juez analizará la situación decidiendo ya la renovación o alzamiento de las medidas que hubieran sido concedidas. En caso de renovarse la medida, el juez deberá dejar sin efecto la caución, a menos de que se trate de una medida innominada y el juez estime indispensable la conservación de la garantía. En nuestra legislación no se justifica la conservación de la caución ya que, en el caso en comento, sólo opera como sustituto de un presupuesto, opera como carga al actor, como contrapartida y en atención al riesgo que sufre el demandado, que se disponga una garantía de resultados.

2. Como presupuesto independiente.

Lo encontramos, a propósito de las medidas prejudiciales precautorias, en el artículo 279 CPC, al disponer 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: [...] 2º 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"

En este caso la caución, como requisito para la concesión de una medida cautelar, deja de ser facultativo para el juez, debiendo exigirla para su otorgamiento.

Con todo, y al igual que la situación anterior, la caución es solo efímera, conforme al artículo 280 CPC que impone dos cargas al futuro demandante 1º presentar la demanda dentro del plazo de diez días y 2º pedir el mantenimiento de las medidas prejudiciales, pero ahora como precautorias. Cumplidas las exigencias mencionadas, el juez determinará la subsistencia o alzamiento de la medida, produciéndose las mismas consecuencias mencionadas en el caso anterior, pudiendo concluir que en ambas situaciones llegamos a un mismo resultado, que iniciado el proceso y conservándose la medida decretada, desaparece la causa que respalda la exigencia de la caución, volviéndose al régimen normal de las medidas precautorias, en las que, según se explicó, la fianza no constituye un requisito para su otorgamiento ni existencia.

3. Cuando se trata de medidas no autorizadas expresamente por la legislación.

Este punto será analizado en el siguiente capítulo, a propósito de las medidas innominadas o indeterminadas.

b. ¿Cómo determinamos el monto de esta caución?

Cabe señalar que en nuestra doctrina no ha mostrado mayor preocupación sobre este punto, ello por varios motivos, principalmente debido a la escasa regulación legal que la caución tiene y porque, en la práctica, a los tribunales les basta una fianza simple presentada junto con la solicitud de la medida; no obstante es un tema importante, ya que, en el evento de ser requerida, el legislador habla de "caución suficiente".

La expresión antes mencionada, desde un punto de vista teórico, podríamos entenderla como aquella garantía que, en el evento de hacerse efectiva, puede satisfacer íntegramente los perjuicios ocasionados al demandante, sin embargo,

desde un punto de vista práctico lo anterior resulta ambiguo toda vez que los perjuicios o daños que tratan de evitarse son también hipotéticos e inciertos.

Ante esto, la pregunta es determinar ¿cuáles son los factores que sirven al juez para determinar el monto por el que debe otorgarse la caución? Atendiendo a que ella sirve para responder de los daños que eventualmente pudieren causar al demandado la concesión de la medida, en principio el monto no debiese ser ni menor ni excesivo respecto del objeto cuya tutela se pide, el problema es que, hasta este momento, el juez no cuenta con ningún elemento concreto, más allá de su experiencia y razonabilidad, para determinar el monto, elementos que siendo importantes, no son suficientes para dicha labor.

En búsqueda de estos elementos objetivos, resulta necesario que el juez evalúe la importancia de la reclamación que ha promovido la solicitud de la medida, el patrimonio de los litigantes y la actitud de estos durante el transcurso del juicio.

En la legislación española Ramos, admitiendo los inconvenientes que se producen en este tema y en concordancia con la regulación en la LEC de 1881, señalaba 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: responder de la indemnización de daños y perjuicios que pueda causar la medida. Una valoración previa y ponderada del importe de éstos 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 estándar 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"<sup>85</sup>. Actualmente, la NLEC dispone en su artículo 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".

Igualmente útil puede ser el análisis de los otros presupuestos de concesión de la medida. Por ejemplo, acreditado el *fumus boni iuris* mediante documentos que

---

<sup>85</sup> RAMOS, Francisco, las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil, en justicia I, 1985, p.85

dejen en evidencia la existencia de la deuda, y en consecuencia, la gran posibilidad de fallarse en favor del actor, la caución debiese ser menor que en casos urgentes y graves en lo que se decretan medidas sin acreditar tal verosimilitud, o cuando lo solicitado corresponde a una medida prejudicial precautoria, ella se decreta aun no iniciado el proceso.

Solo resta decir que en el capítulo siguiente, en el cual se tratarán las medidas innominadas, se realizará un nuevo examen de este presupuesto, a fin de proponer algunos parámetros o criterios para su aplicación en pos de la pretendida igualdad y la notable carencia que se evidencia, en nuestra legislación, a propósito de este tema.

## **Contenido o finalidad de las medidas cautelares**

### **Introducción**

Corresponden al segundo elemento que configura una medida cautelar, constituyendo el contenido de la misma.

Una apreciación general de los efectos jurídicos de las medidas cautelares no permite, además de clasificarlas en atención a este criterio, apreciar la evolución que las mismas han sufrido durante el tiempo.

El transcurso de tiempo, necesario en todo caso para la realización del proceso, permite a las partes probar sus respectivas afirmaciones a fin de lograr convicción en el juez al momento de resolver el litigio, dejando la incertidumbre, propia de todo proceso, ocurriendo ello particularmente al adquirir firmeza la sentencia definitiva.

Sin embargo, la situación anterior lleva a que de una u otra forma, el sujeto pasivo se vea beneficiado, pudiendo esperar tranquilamente el desarrollo del juicio, sabiendo que durante aquel, la cosa sobre la que se litiga continuará bajo su poder y que su patrimonio no será mermado.

Así las cosas, y sin querer hacer ilusoria la ejecución eventual del fallo que se pronuncie acogiendo la petición del demandante, los ordenamientos jurídicos de tradición continental han considerado, ya desde el siglo XIX, una serie de medidas, bajo diversas denominaciones (cautelares, precautorias, conservativas,



asegurativas, provisionales, etc.) las que persiguen garantizar la efectividad de dicho cumplimiento.

Ya quedaba ello de manifiesto en los códigos decimonónicos, inspirados en el resguardo a los eventuales derechos del demandante, para lo cual contemplaban mecanismos procesales tendientes a impedir futuros fraudes a la acción de la justicia, pero sin introducir ninguna innovación en la posesión de los bienes mientras se resuelva el litigio<sup>86</sup>.

De aceptar que durante el litigio los bienes permanezcan en el demandado, importa entender que no adolecerán daño alguno ni que serán transferidos en fraude de los acreedores. Para garantizar lo anterior se faculta al tribunal para decretar las medidas conservativas que considere suficientes y así proteger los derechos del actor sobre la cosa reclamada. Esta fue la actitud de los legisladores procesales de Chile y España del siglo XIX.

Desde de la segunda mitad del siglo XX la situación en comento, a propósito del demandado, ha sido bastante discutida a propósito de los cambios de las filosofías en que se sustentaban, la demanda de los Estados Constitucionales de derecho por un rol más activo del juez, particularmente respecto de aquellas cuestiones reguladas por normas amplias que posibilitan la creación jurisprudencial del derecho. Lo anterior se traduce en fuertes críticas a los fundamentos de la tutela cautelar, lo que provoca un cambio en la finalidad prevista en sus orígenes. Así observamos una evolución de una concepción precautoria o aseguratoria (como por ejemplo el embargo preventivo, secuestro, anotación preventiva de la demanda, prohibición de celebrar actos y contratos, entre otras) dirigido a la conservación del *statu quo* el que, en muchas ocasiones, coincide con la pretensión principal y, actualmente, a un plano anticipativo de la resolución del juicio. Este último aspecto ha tenido un gran desarrollo en el derecho comparado, principalmente tratándose de

---

<sup>86</sup> Se refleja en el 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” agregado el inciso segundo “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”

las medidas cautelares innominadas o indeterminadas, como así mismo en otros campos del derecho y leyes especiales.

### **Conservativa o asegurativas**

La prevención conservativa, como denomina Carnelutti, responde a la finalidad tradicional que persigue la tutela cautelar, de modo que evita la producción de cambios mediante la conservación o inmovilización de una determinada situación, evitando no solo la producción de daños que pudiera ocasionar, sino también garantizando el resultado práctico del proceso jurisdiccional o ejecutivo, según corresponda<sup>87</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos esta clase de medidas en el título V del libro II del CPC (secuestro, interventor judicial, retención de bienes y prohibición de celebrar actos o contratos) a su vez, en la legislación procesal española se recoge este efecto en el embargo preventivo o en la anotación preventiva de la demanda.

Al respecto, Ortells menciona que "esta clase de efectos constituyen el contenido tradicional de las medidas cautelares, en el plano legislativo, y doctrinalmente se aceptan de modo unánime y pacífico, sin dudas porque responde con exquisitez a, criterio de la mínima injerencia en la esfera jurídica del demandado hasta la emisión de la sentencia firme. Exceder de los efectos de aseguramiento y satisfacer en alguna medida la pretensión principal sería tolerar una ejecución sin título. Las medidas cautelares han de limitarse a ser conservativas"<sup>88</sup>.

Podemos entonces decir que estas medidas persiguen inmovilizar, inhibir una determinada situación de hecho, evitando la consumación del *Periculum in mora*, aspirando ya sea de un modo directo o indirectamente que desaparezcan los bienes de dominio del deudor y así evitar toda cuestión que frustre o bien obstaculice el cumplimiento de la sentencia judicial.

En general estas medidas son aceptadas y recogidas doctrinalmente en el área procesal sin mayores reparos toda vez que, y por lo menos como ocurre en la

---

<sup>87</sup> ROMERO SEQUEL, Alejandro, Ob. Cit., p. 44

<sup>88</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 18

legislación chilena y española, es sobre este efecto que el legislador cimentó la institución de la tutela cautelar.

Luego, diversas medidas cautelares integran esta categoría, con sus respectivos fines precautorios. Con todo, las discusiones que han surgido en las últimas décadas a propósito de los fines que tradicionalmente esta tutela ha cumplido, en caso alguno dice relación con eliminar de su estudio estas medidas. Al día de hoy siguen siendo muy importantes y su utilidad práctica resulta innegable dentro de los diversos ordenamientos jurídicos.

### **Mantenimiento del statu quo**

Encontramos dentro de nuestra legislación este efecto en la orden de no innovar del recurso de protección, ello porque mediante ella evitamos que el recurrente realice alguna conducta que altere la situación de hecho existente.

Se explica lo anterior al observar que, generalmente, lo solicitado cautelarmente suele coincidir con la pretensión de fondo de quien recurrió de protección, por ejemplo tratándose del término unilateral de un contrato, si quien acciona de protección persigue que se declare la vigencia del mismo, la orden de no innovar estará adelantando provisionalmente tal situación, en cuanto los sujetos deberán cumplir con las obligaciones contractuales mientras no se resuelva la cuestión de fondo.

En el derecho español, Ortells señala que "se trata de un paso más en el contenido de las medidas cautelares en el sentido de superar la mínima injerencia que suponía la anterior clase de efectos (asegurativas) y de aproximarse a un efecto de satisfacción de la pretensión. Legislativamente se ha dado ese paso con una serie de medidas cautelares y en doctrina este contenido de las mismas merece aún plena aceptación. En efecto, este contenido parece muy razonable.

Cuando se argumenta que traspasar los límites del aseguramiento es tolerar una ejecución sin título, se está olvidando que mantenerse en esos límites supone, en algunos casos, algo más grave: permitir que el conflicto se resuelva interinamente mediante autotutela de alguna de las partes, que altera por sí y ante sí el *statu quo* previo al conflicto agregando que "las medidas cautelares no pierden en este caso

su carácter conservativo, porque sus efectos se dirigen a mantener el *statu quo* previo al conflicto, en espera de lo que se resuelva en la sentencia principal. Pero trascienden de los efectos de aseguramiento, en cuanto en la situación que se preserva pudiera estar produciéndose la satisfacción de los derechos e intereses de las partes<sup>89</sup>.

Podemos entonces concluir que, reconociendo que las precautorias conservativas persiguen crear una situación de inenajenabilidad del bien afectado, no provocan una verdadera situación de *statu quo*. Es decir, en las medidas conservativas va implícita la prohibición de no innovar, pero de forma atenuada, ya que la detención de hechos o actos que compromete su concesión, se dirigen a evitar la transferencia o transmisión de los bienes del deudor.

Con todo, y sin ánimos de seguir adelantando ni profundizando en esta materia, la que será pronta y oportunamente tratada, cabe destacar que si bien lo comentado en los párrafos anteriores corresponde a los efectos que la doctrina le reconoce al *statu quo* el que, en nuestra legislación se materializa con la orden de no innovar.

Cabe mencionar que sólo en algunos preceptos de excepción la orden de no innovar actúa logrando un auténtico *status quo*, como por ejemplo, con el interdicto posesorio de denuncia de obra nueva. Allí se autoriza, luego de presentada la demanda, decretar provisionalmente la suspensión de la obra, sin que necesariamente se hubiere notificado al demandado. (Artículo 565 al 567 de CPC)<sup>90</sup>.

### **Anticipativos o innovativos**

Como señala Ortells, ya no se trata de que la conservación de cierta situación implique satisfacción de derechos e intereses que en aquélla estaban siendo satisfechos, sino de introducir una innovación, satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido<sup>91</sup>.

Por su parte, Peyrano las define como una medida excepcional, que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado;

---

<sup>89</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p.19

<sup>90</sup> ROMERO SEQUEL, Alejandro, Ob. Cit., p.52

<sup>91</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit, p.20

medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor. La medida es excepcional en tanto, sin que medie sentencia firme, ordena que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente<sup>92</sup>.

Aparentemente podríamos decir que una finalidad anticipativa parece ser ajena al sistema cautelar que concebimos, como así mismo no aceptada por una parte importante de la doctrina procesal.

Incluso más, muchos postulan nuevas categorías procesales donde encuadrar aquellas de fines anticipativos, ello al ser esta clase de medidas un cuerpo extraño y difícil de catalogar dentro del sistema cautelar existente. De ahí que mientras algunos autores consideran que la urgencia corresponde a un concepto más genérico que cautelar, bajo esa denominación entonces podrían incluirse aquellas providencias de carácter anticipativo, otros autores se muestran absolutamente contrarios a las mismas, negándoles incluso que tengan esa naturaleza y en consecuencia proponiendo que se les otorgue una denominación distinta.

Con todo, los presupuestos para aplicarse dicha clase de medidas son excepcionales, luego no parece adecuado establecer normas que confieran al juez poderes discrecionales para estructurar los efectos de las medidas cautelares, las que a su vez se empleen para aumentar de forma desproporcionada los supuestos de medidas satisfactivas, aun cuando ello sea la tendencia en el derecho comparado (probablemente en respuesta a la crisis de la tutela declarativa ordinaria)

Ya en 1936 Calamandrei advertía 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

---

<sup>92</sup> ROMERO SEGUÉ, Alejandro, Ob. Cit., p.44

sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario"<sup>93</sup>.

En respuesta a aquellos que se oponen a estos fines anticipativos dentro del ámbito cautelar, al considerar que ello sería una ejecución sin título, debe tenerse presente, y como Calamandrei en 1936 lo dijo, respondiendo a un artículo escrito por Allorio<sup>94</sup> que el problema radica precisamente en determinar qué otra cosa que una medida cautelar es la ejecución anticipada y provisoria de la sanción principal concedida en vista del peligro del retardo, "responder que la misma es ejecución de la sanción cautelar (atenuada) no significa todavía resolver el problema, puesto que el extremo que se ha de resolver es precisamente éste: cómo puede la sola consideración del peligro en el retardo llevar a la ejecución de la sanción principal antes de que sea declarada la certeza del derecho a tal sanción, y por qué mecanismo procesal la ejecución forzada satisfactiva, que normalmente presupone un título ejecutivo, puede concederse antes de que el título haya nacido"<sup>95</sup>.

Como contraargumento a la ejecución sin título se dice que se concede una ejecución provisional y satisfactiva por el peligro del retardo, por el peligro de insatisfacción del derecho, lo que se encuentra dentro del ámbito de la tutela cautelar (sanción tenue) y no en el ámbito de la ejecución (sanción principal), por cuanto justamente en este estadio procesal aun no disponemos de un título ejecutivo. Lo determinante, en este evento, es que la satisfacción que se otorga es provisional, no definitiva, y que ella no vincula al juez al momento de tomar la decisión definitiva del litigio.

Con todo es necesario realizar algunas aclaraciones frente a las confusiones que pudieren presentarse acerca de cómo debemos entender estas medidas. Las primeras medidas cautelares analizadas, también denominadas clásicas o tradicionales, son aceptadas sin cuestionamiento, a su vez erigen el sistema cautelar. Por otro lado, aquellas que mantienen el *statu quo* también encuadran, sin mayores problemas, en esta tutela. En consecuencia, ninguna de las situaciones

---

<sup>93</sup> CALAMANDREI, Piero, Ob. Cit., p. 58 y 59

<sup>94</sup> ALLORIO, Enrico, "Per una nozione del processo cautelare", en Rivista di diritto processuale civile, I, 1936, p. 18-44

<sup>95</sup> CALAMANDREI, Piero, Ob. Cit., p. 60

antes indicadas requiere mayor justificación dogmática, entonces, ¿Por qué las medidas que anticipan encuentran mayores reticencias en la doctrina? Como respuesta, y siguiendo a Marín<sup>96</sup> podemos responder que para romper con una situación preestablecida y generalmente aceptada siempre se requieren de buenos argumentos.

El campo tradicional de las medidas cautelares se sitúa antes de que se dicte sentencia definitiva, o incluso antes que se presente la demanda entonces ¿puede en esas circunstancias otorgarse en sede cautelar una parte o el total de lo requerido por el actor o futuro actor?, a pesar de las discusiones que puedan plantearse, a propósito de estas posibilidades, cabe señalar que en ciertos casos no presenta mayores dificultades conceder una medida cautelar con fines anticipativos, como por ejemplo en materia de alimentos provisionales en los juicios de paternidad o divorcio, caso en el que no se objeta, que antes de resolver el fondo del asunto, el demandado pague una suma de dinero a título de alimentos provisionales. Lo mismo acontece, por ejemplo, en materia de propiedad industrial y marcas, donde muchas veces se requiere de actos positivos o anticipatorios para que la tutela cautelar resulte efectivamente efectiva.

Entonces, pareciera ser que en ciertos casos la tutela anticipativa parece encuadrar bien, siendo una herramienta útil y efectiva para cumplir su fin, precisamente cautelar, de ahí que en tales casos, como ocurre en los ejemplos anteriores, el legislador regula este efecto en forma particular. En tanto en otros países, con un marcado activismo judicial como es el caso de Argentina, esta clase de medidas cautelares han tenido una gran acogida y aplicación, particularmente en situaciones complejas.

Entonces, frente a lo expuesto la pregunta que nos queda hacer es ¿cuánto podemos otorgar en sede cautelar?, ¿cuál es la "buena excusa" o fundamento para conceder anticipadamente lo pedido?

Siguiendo a Marín, estimamos que la adecuada solución a este problema no pasa por relegar este tipo de medidas del ámbito cautelar, sino al contrario, estimamos que lo correcto sería crearles un adecuado marco legal sumado a la

---

<sup>96</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 240

necesaria flexibilidad para que su aplicación resulte efectiva, abandonando un sistema tasado de medidas, a fin de permitir la anticipación en cualquier materia. No resulta óptimo que el legislador se despreocupe de estas tareas y siga confiando en los jueces, dada la pasividad que han demostrado en estas situaciones. Propone como solución este autor seguir, como referencia, la regulación que se da a las medidas prejudiciales precautorias más un sistema efectivo de cauciones a fin de precaver efectos adversos que pudieren producirse con ocasión de la anticipación en sede cautelar.

Estimamos que esta última clase de medidas cautelares no es sino el reflejo de la evolución que la sociedad ha sufrido en cuanto a sus necesidades, repercutiendo a su vez en las herramientas que el legislador debe prestar a la sociedad, de ahí que no consideremos para nada absurdo la posibilidad de contemplar esta clase de medidas, sin olvidar que ante todo, la satisfacción que debe otorgarse mediante ellas debe ser de carácter provisional y no definitiva, en consecuencia, en el evento de decretarla, al momento de decidirse la cuestión de fondo ello no debe porque ser vinculante en su decisión, ya que lo que se otorga innovativamente es la pretensión en atención a la tutela requerida por aquella, pero es caso alguno ello importa una decisión anticipada en relación con la sentencia que ha de recaer en juicio. Pero, además de ser provisionales, nunca deben perder su carácter instrumental, ya que si no se hayan indefectiblemente unidas a un proceso principal dejan, en consecuencia, de cumplir con unas de las características esenciales de las medidas cautelares, luego resultaría más apropiado conceptualizarlas como procesos sumarios autónomos<sup>97</sup> (que es otra técnica disponible para el legislador cuando estima necesaria una tutela urgente)

### **Distinción con las garantías jurídico-privadas de los derechos<sup>98</sup>**

En el Derecho Privado podemos encontrar algunos derechos de garantía cuyo cometido consiste en asegurar o reforzar las posibilidades de satisfacción de un derecho principal, del cual aquellos son anexos, en el evento de incumplirse la

---

<sup>97</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 20

<sup>98</sup> Seguimos en este apartado: ORTELLS RAMOS, Manuel CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 11



obligación correspondiente. Los derechos de garantía pueden establecerse por el legislador o en su caso por las partes en un negocio jurídico. Dentro de esta categoría encontramos la fianza, la prenda y la hipoteca.

Las medidas cautelares se diferencian de esta categoría por cuanto su naturaleza jurídica las hace distintas, así podemos mencionar las siguientes diferencias:

1. Las garantías jurídico-privadas se fundamentan en la genérica probabilidad de incumplimiento o insatisfacción del derecho, luego para que puedan decretarse no se requiere justificar que el derecho no sea inmediatamente exigible ya que estas se aplican precisamente en el momento del incumplimiento, reforzando entonces las posibilidades de cumplimiento.

Las medidas cautelares se fundamentan en eludir el peligro que deriva de la imposibilidad inmediata de entrometerse en la esfera jurídica del demandado, al ser indispensable un proceso declarativo previo.

2. Las garantías jurídico-privadas son autónomas, en cuando no penden de un proceso en trámite. Como mencionamos anteriormente, pueden constituirse por mandato del legislador, o convenirse por las partes, sin que sea necesaria la intervención judicial para ello, por lo demás, los derechos que de ellas derivan pueden satisfacerse extraprocesalmente.

En cambio, las medidas cautelares sólo se adoptan en razón y relación con un proceso principal, no corresponden una obligación para el demandado, sino que recaen sobre su esfera jurídica en cuanto se encuentra sometido a su potestad jurisdiccional.

3. Si en un proceso se hace valer determinada garantía jurídico-privada, ya sea que se persiga su cumplimiento o la producción de sus efectos, y el proceso termina sin una sentencia sobre el fondo del asunto, la garantía jurídico-privada continua vigente y eficaz.

Por su parte, quien durante un proceso solicita una medida cautelar y el proceso concluye tras dictarse el fallo respectivo, se produce el término *ipso facto* de la medida. En materia laboral se produce una situación especial pues, de acuerdo al artículo 467 del Código del Trabajo, la norma consagra una medida cautelar especial

al señalar que “Iniciada la ejecución, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar a la Tesorería General de la República que retenga de las sumas que por concepto de devolución de impuestos a la renta corresponda restituir al ejecutado, el monto objeto de la ejecución, con sus reajustes, intereses y multas. Esta medida tendrá el carácter de cautelar”. Para determinar en qué momento se entiende iniciada la ejecución, debemos estar a lo dispuesto en el artículo 462, en virtud del cual, una vez firme la sentencia, toda vez que no se verifique su cumplimiento dentro del término de cinco días, debe darse inicio a su ejecución de oficio por el tribunal, en consecuencia la medida posibilita el cumplimiento de lo resuelto y subsiste al fallo, debiendo en la práctica solicitarse el alzamiento de la medida, pues en ocasiones, y pese al cumplimiento, se siguen aplicando las retenciones, de todas formas, esta situación deja de manifiesto que la medida cautelar solo resulta eficaz en el ámbito de la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas y no en las relaciones extraprocesales.

Lo anterior nos permite concluir que las medidas cautelares tienen una naturaleza rigurosamente procesal, ello no en términos puramente procesales ya que configura el contenido mismo de la tutela.

De lo anterior derivan, entre otras, las siguientes consecuencias:

1. Las normas que rigen las medidas cautelares aplicables en un proceso celebrado en Chile, son las normas chilenas, aún cuando sean aplicables a la relación jurídica en que se funda la petición principal normas extranjeras (incluyéndose en este último aspecto las garantías jurídico-privadas).

2. La norma aplicable para resolver sobre las medidas cautelares es la vigente en el momento de ser solicitadas, aún cuando las normas materiales que deben conducir el juzgamiento de la petición principal no sean las vigentes al interponerse ésta, sino otras precedentes (lo mismo aplicamos a propósito de las garantías jurídico-privadas).

## **Tramitación de la solicitud de una medida precautoria<sup>99</sup>**

Si bien el proyecto de 1871 consagraba una disposición aislada relativa a la forma de oponerse una medida ya decretada, el precepto fue eliminado por proyectos posteriores, no siendo sino hasta el proyecto de Código de procedimiento civil de 1893 en el que, se transformó, prácticamente sin variación alguna, en el actual artículo 302 del CPC en el que se regula la forma de tramitar las medidas precautorias en el orden procesal chileno, al disponer que "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".

Diversas controversias se han planteado al respecto, por ello es que antes de adentrarnos a las mismas, en este mismo punto, es menester indicar:

### **a. Legitimación para requerir una medida precautoria**

Esta dada solo para el actor, es decir para el demandante, quien puede solicitarla en cualquier estado del juicio, o incluso antes de su inicio, teniendo en tal evento, como dice el legislador, por objeto o finalidad asegurar el resultado de la acción (artículo 290 CPC); o, en su caso, para el demandado, cuando hubiere reconvenido, así se dispone tanto en nuestra legislación como en el derecho comparado. No es posible que el sujeto pasivo de la relación procesal solicite alguna de estas medidas, se contrapone a tal posibilidad la estructura y finalidad perseguida por estas medidas, junto con la redacción de los artículos 290 y siguientes del CPC, en donde se consagran.

---

<sup>99</sup> Seguimos en este apartado: MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p.264-281

## **b. Cuaderno de tramitación**

Con independencia de aquellos partidarios por uno u otro modo de tramitación, las medidas cautelares siempre se llevarán en cuaderno separado y distinto del que corresponda a la pretensión principal, no afectando en caso alguno la tramitación de aquella.

## **c. Tramitación de la medida cautelar**

¿Acaso el incidente al que se alude se origina con la sola presentación de la solicitud -situación en la que sería necesario dar traslado a la contraria- o, al contrario, debe existir oposición del demandado para que surja el incidente -debiendo entonces, en este caso, resolverse la petición de plano-? Discusión alcances de los incisos 1º y 2º del artículo 302 CPC

### **c.1) tramitación incidental**

Quienes apoyan esta idea estiman que del artículo 302, inciso 1º CPC se desprende que las medidas precautorias no se decretan de forma inmediata, sino que presentada la solicitud, el juez debe ordenar la formación de un cuaderno separado y conferir traslado al demandado respecto de la solicitud. Esta misma línea seguían los primeros comentaristas del CPC señalando 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"<sup>100</sup> misma postura que siguieron también nuestros tribunales de justicia. Desde este punto de vista, el inciso 2º sería una excepción a la regla del artículo 38 CPC, de que las resoluciones judiciales producen efecto desde que se notifican, ya que se autorizaría al tribunal para ordenar, en situaciones graves, que la resolución que concede una medida se cumpla y ejecute antes de la notificación al demandado. Se refiere a este punto el voto del ministro Poblete: "La

---

<sup>100</sup> TORO-ECHEVERRÍA, Código de procedimiento civil anotado, Santiago, 1902, p.281, del mismo modo RISOPATRÓN, Estudios sobre el Código de procedimiento civil, Santiago, 1904 p. 214 y 215; OTERO ESPINOZA, Concordancias y jurisprudencia del Código de procedimiento civil, 2ª edición, Santiago, 1910, p. 379

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 [...] 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"<sup>101</sup>.

#### c.2) tramitación accidental y acceso provisional de la medida

Postulan sus partidarios que solicitada la medida el tribunal debe disponer la formación de cuaderno separado y conferir traslado al demandado respecto de la solicitud y pronunciarse, terminada la tramitación, acerca de su concesión o denegación.

La diferencia entre estos, y la postura antes analizada, es a propósito del alcance del inciso 2º, postulando estos que el tribunal, a petición expresa del demandante y encontrándose razones graves, se puede conceder transitoriamente, y sin más trámite, la medida solicitada, estando pendiente la resolución del incidente. De modo que para justificar la producción de efectos de la medida, los tribunales conferirían traslado de la solicitud concediendo, provisoriamente, la medida. Esta fue la postura, por bastante tiempo, de nuestros tribunales.

#### c.3) Tramitación de plano de la medida cautelar

Los partidarios de esta postura estiman que frente a la solicitud de la medida el juez, junto con ordenar la formación de cuaderno separado debe pronunciarse de plano, si acoge o desecha la medida. Concedida la medida y tras notificársele tal resolución al demandado, este puede oponerse, naciendo en ese momento el

---

<sup>101</sup> Revista de derecho, Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Concepción, N° 73, julio-septiembre (1950) p.458 y 459

incidente que se refiere el inciso 1° del artículo 302, el que se tramitará según las reglas generales y en cuaderno distinto que la pretensión principal. Sostienen lo anterior al decir que la ley en ningún caso dice que la medida se "tramitará como incidente", sino que dice que "se tramitará en conformidad a las reglas generales y por cuerda separada". Esta hipótesis persigue que frente la solicitud de una medida cautelar, el juez se pronuncie de inmediato, impidiendo que el demandado pueda eludir sus efectos en el evento de ser concedida.

Respecto del alcance del inciso 2° del artículo 302, observan los adherentes a esta doctrina que este precepto autoriza el cumplimiento de la medida sin el trámite de la notificación que la concede de plano, así Alessandri las menciona como ejemplo a propósito de ciertos casos en que el legislador autoriza al juez para decretar la medida y que sus efectos se produzcan antes de notificarse al demandado<sup>102</sup>. En este sentido Maturana señala que el alcance aludido corresponde al de "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, bajo apercibimiento que si así no se hace queden sin valor las diligencias practicadas"<sup>103</sup>.

Si el juez rechazare la solicitud del demandante, la sentencia que dicte, luego de haber sido notificada, será susceptible de apelación (de forma principal o subsidiaria a la reposición, dependiendo la naturaleza jurídica que tenga la resolución que resuelve este tipo de pretensión). Al contrario, si el juez accede a la pretensión del actor luego de haberse notificado, la medida produce dos efectos, a saber: primero produce todos sus efectos y puede ser ejecutada (ejemplo: que se subinscriba la prohibición de enajenar un inmueble en el conservador de bienes raíces) y, por otra parte el demandado puede oponerse y pedir el alzamiento de la medida. En este momento nace el incidente a que se refiere el artículo 302, el cual

---

<sup>102</sup> ALESSANDRI, Fernando, Curso de derecho procesal, 3° edición, Santiago, 1940, p. 247

<sup>103</sup> Las medidas cautelares, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, septiembre, 2002, p. 92

se tramita conforme a las reglas generales, es decir los artículos 82 y siguientes CPC y por separado.

Resumiendo decimos que la situación normal es la tramitación de las medidas, con todo el tribunal podría ordenar que la medida se lleve a efecto antes de su notificación, entonces ¿ello significa que la resolución pueda llevarse a efecto antes de notificarse a la persona contra quien se dictan? Esto afirma dos circunstancias, primero que desde que el peticionario se notifica de la resolución que otorga la medida cautelar, éste va a despegar todos sus efectos y podrá ser ejecutada, constituyendo una excepción al artículo 38 CPC, y que en segundo lugar, el demandado no puede impugnar la resolución sino hasta que se le notifique legalmente aquella. Con todo, recordemos que una cosa es que la medida se decreta de plano y otra es que pueda llevarse a efecto sin previa notificación al afectado por ella. La primera dice relación con el proceso de formación de la resolución en tanto que la segunda con su efectividad práctica.

En consecuencia, el hecho que una medida cautelar se resuelva de plano, no significa que quede exceptuada de seguir la regla general prevista en el artículo 38 CPC

Si bien, en algunos casos, el sujeto puede tomar conocimiento de la medida antes que se lleve a efecto la notificación legal, como por ejemplo en el caso del secuestro, cuando el depositario retira, de manos poseedor, las cosas secuestradas, en tal caso si se quiere que la medida produzca sus efectos ello puede significar que el afectado se entere de hecho de la medida, en tales casos, aquél no podrá oponerse a la ejecución de la medida, sino sólo hasta que sea legalmente notificado.

Luego ¿por qué motivo el tribunal mandaría a que las medidas se cumplan antes de que sean notificadas al sujeto pasivo de las mismas? El legislador sólo exige que existan razones graves para ello. De ahí que quien solicite una de estas medidas deba justificar tales 'razones graves' esgrimiéndose por aquellos, principalmente, la urgencia en la concesión, pues de lo contrario han de ocasionarse graves perjuicios como, y siguiendo el ejemplo, que el poseedor venda las cosas objeto del secuestro. Tales circunstancias han de ser consideradas y evaluadas por

el juez para determinar si son motivos efectivamente graves que expliquen esta excepción.

Acogida la solicitud, la resolución debe ser notificada dentro de 5 días, de no realizarlo el legislador sanciona de pleno derecho la falta de notificación, dejando sin efecto las diligencias que, en el cumplimiento de la medida, se hubieren ejecutado. En el ejemplo, el depositario tendría que regresar las cosas al poseedor.

Con todo, este plazo de 5 días puede ampliarse, habiendo motivos fundados para ello, debiendo en todo caso solicitarse antes del vencimiento del plazo inicial. Al respecto estimamos que el juez ha de ser estricto en el examen de la prueba rendida a fin de acreditar los motivos aludidos.

En Chile, actualmente la tendencia mayoritaria de nuestra doctrina y jurisprudencia sigue la tercera posición, es decir, que las medidas precautorias deben ser resueltas de plano por el tribunal, sin dar traslado al sujeto pasivo de la medida, debiendo el juez decidir sobre la concesión de la medida atendiendo a los antecedentes acompañados por el demandante, si con ellos aparece probable la existencia del derecho que se reclama por el demandante, entonces debe conceder la o las medidas solicitadas, de lo contrario debe rechazarlas, aplicándose las reglas dadas a los incidentes a propósito de las actuaciones consecutivas del demandado en contra de la medida decretada.

Con todo, no parece ser del todo ecuaníme esta postura. Si bien aceptamos que sean decretadas de plano en atención al carácter urgente, estimamos que, de ahí a que sea considerada como regla general que toda medida deba ser decretada ex parte, con la agravante que ni siquiera se pedirá al demandante que rinda caución de resultas, se minimizan demasiado los intereses del sujeto pasivo y perjudican principios claves en el desarrollo de un proceso justo e imparcial.

En atención a la imparcialidad con la que debe obrar el juez, debe necesariamente escuchar a todos los intervinientes, con mayor razón al demandado toda vez que su situación resulta muy precaria, en nuestra legislación, en materia de medidas cautelares. De ahí que, excepcionalmente y sólo cuando sea estrictamente necesario, el tribunal puede dictar la medida sin intervención del demandado. Estimamos que una solución adecuada sería la de NLEC, en el que se contempla un



sistema general de tramitación de las medidas, con audiencia de la contraparte, y uno excepcional, sin su audiencia.

#### **d. Forma de notificar la resolución que concede una medida precautoria**

Al respecto, dispone el artículo 302, en su inciso 3° “podrá hacerse por cédula, si el tribunal así lo ordena” resultando clara la norma en el sentido de otorgar al tribunal la facultad de ordenar la notificación por cédula, pero ¿qué ocurre en los casos en que el tribunal no haga ejercicio de tal facultad?

Al igual que en los casos anteriores, nuestra doctrina no encuentra consenso, sosteniendo algunos que dicha notificación ha de hacerse por estado diario, argumentando que esta corresponde, por regla general, la notificación que se realiza respecto del demandado, además no existe otra norma que disponga una forma de notificación distinta a su respecto.

Otros estiman que dicha resolución debiese notificarse personalmente al demandado. Sostienen que no es efectivo que el legislador no haya previsto una forma de notificación, toda vez que el artículo 47, en su inciso 1° establece 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, por su parte, el artículo 302 dispone que la notificación debe realizarse para dar validez a las diligencias practicadas. Además, si entendemos que la regla es la notificación por el estado diario, ello significaría que lo dispuesto en el inciso final del artículo 302 no tendría mayor justificación, ya que los Tribunales en Chile siempre pueden ordenar que se arregle la aptitud de una notificación conforme al inciso final del artículo 48 CPC “[...]. El procedimiento que establece este artículo podrá emplearse, además, en todos los casos que el tribunal expresamente lo ordene”.

Siguiendo a Marín, adherimos a esta última postura ya que debemos atender la importancia que tiene la resolución que concede la medida, y en consecuencia la notificación de la misma, de ahí que no pueda dejarse entregada a

su incorporación en el estado diario. En la práctica, el demandante solicita se notifique de dicha resolución por cédula, disponiéndose así por el Tribunal.

Con todo, se hace necesaria una norma expresa que disponga que las resoluciones recaídas en este tipo de medidas siempre sean notificadas por cédula.

**e. Tribunal competente para conocer, pronunciarse y ejecutar la solicitud de una medida precautoria.**

De acuerdo al artículo 290 CPC el demandante, para asegurar el resultado de la acción puede “en cualquier estado del juicio, aun cuando no tuviere contestada la demanda, pedir una o más de las siguientes medidas [...]”. De ahí que estas medidas puedan solicitarse tanto en primera como en segunda instancia y en casación.

En primera instancia es competente para conocer de la solicitud de la medida el tribunal que esté conociendo de la causa, de acuerdo al artículo 111, inciso 1º COT “el tribunal que es competente para conocer de un asunto lo es igualmente para conocer de todas las incidencias que en él se promuevan”. El juez de primera instancia conserva dicha competencia aún cuando el tribunal haya citado a las partes para oír sentencia conforme al artículo 433 CPC. Si bien, una vez dictada y notificada la resolución “no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género”, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 290 CPC, es decir, la facultad del demandante de pedir una o más medidas precautorias.

También es competente el árbitro que esté conociendo de la causa en primera instancia. Desde hace tiempo ya en Chile se ha permitido que los jueces árbitros puedan disponer de esta clase de medidas y conocer de la ejecución de las mismas, de acuerdo al artículo 635 inciso 2º CPC, pero en caso que tal ejecución necesite de un procedimiento de apremio o en su caso, el uso de otras medidas de apremio, o si se requiera influir en terceros ajenos al juicio, debe asistir a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto, conforme al artículo 653 inciso 3º. Hace excepción a lo anterior las medidas prejudiciales precautorias, donde una consolidada jurisprudencia ha señalado que las gestiones previas a la existencia del arbitraje deben ser conocidas por los tribunales ordinarios de justicia.

Conserva su competencia el juez de primera instancia aún cuando la causa esté ante el tribunal de alzada, a causa de un recurso de apelación, toda vez que el recurso no haya sido deducido contra:

1. la resolución de desecha la petición de una medida precautoria
2. la sentencia definitiva de primera instancia

Lo anterior se concluye de lo señalado en el artículo 194 n° 2, toda vez que el recurso de apelación, respecto de autos, decretos y sentencias interlocutorias, se otorgue en el solo efecto devolutivo.

En la primera excepción, será competente para conocer la Corte de Apelaciones respectiva, la que examinará las compulsas del cuaderno de medidas precautorias y resolverá acerca de la resolución del juez a quo que rechazó la solicitud de la medida, en orden a confirmar o revocar. Con todo, su decisión no es susceptible de apelación, así lo dispone el artículo 187 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 cuanto al segundo caso, la apelación de la sentencia definitiva de primera instancia de acuerdo a los artículos 195 en relación con el 194, el recurso se concede en ambos efectos. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país, estiman que el tribunal de primera instancia conserva, excepcionalmente, competencia para pronunciarse sobre la solicitud de medidas. En este sentido Anabalón dispone 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 [...]"<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> ANABALÓN SÁNDERSON, Carlos, Tratado práctico de derecho procesal civil chileno, t II, Santiago, 1946, p. 232 y 233

Sin embargo, y del análisis de las disposiciones que conceden la apelación en ambos efectos, no se explica que el tribunal *a quo* conserve su competencia en dicha materia. Que las medidas cautelares se tramiten en cuaderno separado sólo significa que su tramitación no va a paralizar el curso de la *litis* principal, pero no que la causa, en su totalidad, este siendo conocida por el tribunal *ad quem*. Al respecto, dispone el artículo 191, y las excepciones que dicho precepto contempla al establecer que "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. Podrá, sin embargo, entender en todos los asuntos en que por disposición expresa de la ley conserve jurisdicción, especialmente en las gestiones a que dé origen la interpretación 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". No existe, en nuestro CPC ninguna disposición que establezca que el tribunal de primera instancia mantiene competencia para resolver la petición de una medida cautelar, lo que no puede quedar supeditado al hecho que la tramitación de las medidas cautelares sea en un cuaderno distinto del principal. Entonces, siendo procedente la apelación de la sentencia definitiva de primera instancia, solo una vez dictada aquella, es decir, una vez que la tramitación en primera instancia haya concluido, no teniendo el juez a quo competencia en el cuaderno principal ni en ningún otro cuaderno. Por lo demás, en este caso todos los antecedentes se encuentran en segunda instancia, debiendo el tribunal *ad quem* decidir sobre la petición de una medida precautoria en única instancia.

Para concluir, independientemente del tribunal que haya dispuesto la medida, la ejecución de la misma debe ser ordenada siempre por el juez a quo, conforme al artículo 231 en su inciso 1° "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 artículo 238 dispone que "cuando se trate del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa dictar las medida conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad

tributaria mensual o arrestos hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio".

## **Naturaleza de la resolución que resuelve sobre la solicitud de una medida cautelar y alzamiento de la misma**

### **Naturaleza**

De acuerdo al artículo 158 CPC, podemos distinguir cuatro tipos de resoluciones: autos, decretos, sentencias interlocutorias y sentencias definitivas.

En relación a lo anterior, la pregunta es determinar ¿a qué clase de resolución corresponde aquella que resuelve una medida cautelar? No cabe duda que no corresponde ni a un decreto ni tampoco a una sentencia definitiva, de ahí que debemos resolver si es un auto o una sentencia interlocutoria.

Así como en otros temas que ya se han planteado, nuestra doctrina y tribunales se encuentran una vez más divididos.

El problema de la naturaleza jurídica pasa por determinar cómo ha de entenderse la expresión estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, que utiliza el artículo 158 al definir sentencia interlocutoria en oposición a los autos.

Estimamos que las medidas cautelares no otorgan derechos permanentes al actor, ya que estas aun cuando pudieren ser ejecutadas, son esencialmente provisorias, además la calificación de interlocutoria resulta ventajosa en contra de la ambigüedad de auto. Sin embargo, es difícil adherir la postura comentada.

Nuestros tribunales, en reiteradas ocasiones han resuelto que la resolución que resuelve una medida cautelar corresponde a un auto, en este sentido una sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco ha resuelto "que dada la naturaleza de la decisión cuestionada, no es susceptible de ser impugnada por esta vía (Recurso de Queja), pues no constituye una sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación ni se trata de una sentencia definitiva, no impugnabile a través de otro recurso." (Corte Suprema, considerando 3º)<sup>105</sup>, por su parte, en una sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago se ha dispuesto que "La resolución que rechaza el alzamiento de una medida precautoria

---

<sup>105</sup> Sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, De 22/03/2011, Rol N° 815-11

es un auto, que no altera la sustanciación regular del juicio, por cuanto se encuadra dentro de un tipo especial de incidente, que en todo caso no impide que, con nuevos antecedentes, se pueda volver a solicitar. En consecuencia, dicha resolución no es apelable, a la luz del artículo 188 del Código de Procedimiento Civil.<sup>106</sup>

De todas formas la diferencia entre una y otra clase de resoluciones ha perdido gran relevancia por diversas razones, así los artículos 169 y 171 del CPC disponen condiciones de forma bastante semejantes para una y otra clase de resolución. En segundo lugar podemos encontrar que el artículo 181 se encuentra en consonancia con el artículo 301, ambos del mismo código, lo cual nos ofrece un argumento extra para comprender que la resolución corresponde a un auto y no a una sentencia interlocutoria. En tercer lugar, atendiendo al recurso de reposición y las ventajas de su procedencia en esta materia, ello solo es posible si la resolución fuere un auto. Finalmente, cualquiera sea la naturaleza de la resolución, procede indistintamente el recurso de apelación, (artículos 187 y 188 CPC) y sólo en el efecto devolutivo (artículo 194 n°3 CPC).

Con todo estimamos que sería del todo adecuado y ventajoso que el legislador señalara expresamente que los tribunales, al conceder o rechazar una medida cautelar, deberán siempre fundar y motivar su resolución, de este modo podríamos prevenir los problemas que ocurren con el actual artículo 171 CPC el que entrega dicha labor a la discrecionalidad del juez.

A su vez, sería igualmente ventajoso si se dispusiera de forma definitiva que la resolución que se refiera a estas medidas será siempre susceptible de reposición y apelación subsidiaria.

### **Alzamiento**

Cabe precisar que en este apartado se analizará el alzamiento de una medida cuando se dicta una sentencia de primera instancia desestimatoria de la pretensión del actor. Los demás motivos dependen del estudio particular de cada una de las medidas consagradas en el artículo 290 CPC, las que no serán objeto de nuestro estudio.

---

<sup>106</sup> Sentencia de la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago, De16/07/2001, Rol N°: 4.031-01

De modo que en este apartado lo que resolveremos es determinar si dictada la sentencia definitiva de primera instancia rechazando la medida solicitada, aquella debe, en consecuencia ser alzada o, por el contrario, debe continuar vigente para asegurar los resultados de la apelación que se presente. Si bien postulamos que debiera el tribunal *ad quem* el encargado de resolver la eventual petición de alzamiento de la medida, al contrario nuestros tribunales sostienen que corresponde al tribunal *a quo*.

Nuestra jurisprudencia ha señalado que el hecho de dictarse sentencia absolutoria en la causa no es argumento suficiente para alzar las medidas concedidas<sup>107</sup>.

Consideramos que no existen suficientes argumentos para que el tribunal que desecho la pretensión del actor pueda conservar la medida cautelar que otorgó *prima facie* al mismo. Si el juez decidió, en la sentencia definitiva, que el demandado tenía la razón, lo más sensato sería que acoja de inmediato la solicitud de alzamiento que se le presente. El convencimiento a que llega el juez, al pronunciar su dictamen, debe prevalecer al *fumus* que consideró al momento de ordenar la medida, ello por diversos motivos de los que, principalmente podemos decir que ya se rindió toda la prueba. Aquí no hay una aproximación provisional, sino por el contrario, definitiva, la certeza de quien tiene la razón. Desestimando la pretensión el juez de primer grado, consecuente con su decisión sólo le resta alzar las medidas dadas durante la *litis* (o desechar las que, con posterioridad de la sentencia, puedan pedirse). De ahí que resulte más lógico que sea el tribunal de alzada, ajeno a lo antes decidido, quien deba juzgar ese alzamiento.

---

<sup>107</sup> Corte Suprema, revocando una resolución dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4270/94, 1° de agosto de 1994 “Que el sólo hecho de haberse dictado la 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 [...]”

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS**

#### **Introducción**

Concluido el análisis de las medidas cautelares tratadas en nuestro Código de Procedimiento Civil -en todo caso, no particularizado pues no es el objetivo de este trabajo- y como ha sido incorporado tanto por el legislador como la doctrina, nos corresponde en este segundo capítulo tratar el tema de las medidas cautelares innominadas.

De lo expuesto en el capítulo anterior podemos, en forma anticipada, arribar a algunas conclusiones.

Que la tutela cautelar, como tradicionalmente hemos concebido, resulta ser esencialmente patrimonial en términos generales;

Nuestro legislador la ha sistematizado, ya desde el siglo XIX lo cual fue adelantado, en esa época, pues al día de hoy no ha sufrido mayores modificaciones, lo que denota una despreocupación a la contingencia y necesidades actuales que experimenta la sociedad chilena;

Que nuestro sistema cautelar se compone de las denominadas medidas prejudiciales precautorias reguladas en el título IV del libro II del CPC que según lo dispuesto en el artículo 279 se pueden solicitar como prejudiciales las precautorias consagradas en el título V del libro II CPC de ahí que puedan pedirse primero aquellas reguladas expresamente en el artículo 290, es decir 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, segundo las medidas indeterminadas de creación jurisprudencial previstas en el artículo 298 CPC, así como las demás que autoricen las leyes de acuerdo al artículo 300 CPC;

El sistema cautelar se encuentra configurado con el fin de asegurar el resultado práctico de la acción, pero en caso alguno pudiendo anticipar el total o



parte de la pretensión al actor, lo que a su vez se encuentra respaldado por la doctrina.

Entonces, y en respuesta a las conclusiones anteriores, arribamos a este segundo capítulo en donde, conscientes de las urgencias presentes en nuestro sistema judicial se ha producido que en los ordenamientos jurídicos de diversos países convengan en revestir a los jueces cada día de mayores capacidades en razón de la conducción de los procesos, como por ejemplo la facultad para disponer y recibir pruebas de oficio, castigar los fraudes procesales, pero fundamentalmente, dotarlo de herramientas que le permitan garantizar en forma cierta a las partes los derechos reconocidos en la ley sustancial, así destaca dentro de este orden la función cautelar que debe desempeñar el juez.

Bajo tal influencia es que diversos países, en sus código de procedimiento han instituido la facultad que tienen los tribunales para decretar medidas cautelares innominadas<sup>108</sup>.

Las legislaciones procesales, tradicionalmente consagran las medidas cautelares como un sistema taxativo. No obstante, la experiencia ha demostrado los inconvenientes que se presentan frente a determinadas situaciones, pues la demora en los procesos, el hecho que el legislador no siempre pueda prever las infinitas posibilidades que la realidad presenta, a lo que sumamos la evolución que ha experimentado el concepto tradicional de esta clase de medidas, susceptibles de transformarse en insuficientes, ya que si bien constituyen un instrumento importante e imprescindible de los ordenamientos jurídicos, no son una fórmula que sirva de respuesta y ayuda a todos los problemas que aquejan los procedimientos judiciales, siendo susceptibles de transformarse en una herramienta abusiva, por lo mismo es que en determinadas circunstancias los mecanismos cautelares previstos por el legislador derivan en inútiles para alcanzar el aseguramiento que persiguen<sup>109</sup>. Tales

---

<sup>108</sup> FABREGA, Jorge, ARJONA, Adan Arnulfo, Medidas Cautelares Innominadas, En: <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20%20JORGE%20FABREGA,%20ADAN%20ARNULFO%20%20ARJONA.pdf> [visitado el: 22/11/2014]

<sup>109</sup> FABREGA, Jorge, ARJONA, Adan Arnulfo, Medidas Cautelares Innominadas, En: <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20%20JORGE%20FABREGA,%20ADAN%20ARNULFO%20%20ARJONA.pdf> [visitado el: 22/11/2014]

situaciones han motivado que los ordenamientos procesales modernos integren en sus normas las medidas cautelares genéricas entendiendo, dentro de nuestro sistema en tal clasificación a las medidas innominadas del artículo 298 y a las demás que autoricen las leyes de acuerdo al artículo 300 CPC.

## **Naturaleza jurídica**

### **Formación del artículo 298, historia del precepto**

Los orígenes de esta disposición se remontan al proyecto de 1893, el que mantuvo, en términos generales, una estructura, características y principios bastante parecidos a los habidos en proyectos anteriores, pero incorporando notables cambios y novedades a propósito de medidas precautorias, de este modo instauró una sistematización más completa, coherente y definitiva de estas medidas. Sin embargo, no existen registros de las actas de discusión, de modo que se ha hecho imposible conocer con precisión la motivación de las innovaciones y los cambios en ella<sup>110</sup>. A su vez, tampoco resulta de mayor utilidad el mensaje del Ejecutivo que acompaña el proyecto, donde las referencias a las medidas resultan bastante sucintas<sup>111</sup>.

En cuanto al punto que tratamos, la aceptación evidente que se hace a las medidas indeterminadas es una, entre varias, de las novedades y aciertos más importantes contenidos en el proyecto. Cabe también mencionar, dentro de las innovaciones, la incorporación de las medidas prejudiciales precautorias (las que no serán objeto de comentario en esta ocasión), desconocidas hasta ese entonces, y en relación a las innovaciones antes indicadas, la posibilidad de exigir caución al demandante que respalde los daños que la medida pueda causar y, finalmente la regulación del procedimiento conforme al cual ha de tramitarse una medida precautoria.

---

<sup>110</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 464

<sup>111</sup> “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 para que puedan afectar a personas extrañas al juicio”.

En relación a las medidas indeterminadas, dispuso el artículo 288 CPC "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". Si bien estas medidas se contemplaron a propósito de la exposición de motivos en el proyecto de 1871, no es sino en el de 1893 donde pasan a consagrarse en el texto legal, lo malo es que se desconocen los motivos de la incorporación, en todo caso no debe diferir de la explicación dada por Blest Gana, al decir que 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"<sup>112</sup> y que tales normas constituyeron un importante adelanto para la época.

Por su parte Pereira, sin tomar en cuenta la legislación española señala 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 (artículos 290 a 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 austriaco 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)"<sup>113</sup>

### **Artículo 298 ¿Norma de clausura o no?**

Siguiendo lo expuesto por Marín, nos encontramos frente a una norma de clausura dentro del sistema procesal chileno. Entendemos por norma de clausura un

---

<sup>112</sup> Proyecto de Código de procedimiento civil, Santiago, 1893, p. IX y X

<sup>113</sup> PEREIRA ANABALÓN, Hugo, Ob. Cit. p. 5-34

tipo especial de norma permisiva la que persigue completar un determinado sistema normativo, repercutiendo principalmente en las lagunas existentes en dichos sistemas.

A su vez, las lagunas corresponden a la ausencia de una solución para un problema determinado. Luego la relación entre ambos conceptos se reduce a que los problemas que nacen con la existencia de lagunas en los sistemas jurídicos y la existencia de las normas de clausura se reduce a que “todo lo no prohibido está permitido” luego, las lagunas existentes en el marco de sistemas democráticos y ajustados a derecho, se suplen por autoridades que crean y aplican normas<sup>114</sup>, en este caso el juez.

Entendemos que el artículo 298 corresponde a una norma de clausura pues reconociendo el legislador la existencia de lagunas en el ordenamiento procesal y a fin de evitar las mismas confía al juez, para equiparar la situación expuesta, una potestad cautelar general, lo que se traduce en ordenar providencias de garantía aún cuando no estén consagradas expresamente en la ley, específicamente en el artículo 290 CPC, permitiendo al demandante asegurar el resultado de su acción aún en los casos en que las providencias cautelares tipificadas en el ley resulten insuficientes, ineficaces o impropias.

Así es como esta norma deja, al menos teóricamente, la posibilidad de creación jurisprudencial de toda clase de medidas cautelares, de acuerdo a lo pedido por el actor a fin de garantizar el resultado del juicio.

### **Comentarios a su regulación**

En primer lugar, la consagración en términos negativos de esta norma –no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor– nos demuestra que, en principio, los demandantes no podrían solicitar de buenas a primeras cualquier tipo de estas medidas, pues la norma lo que hace es decir: juez, cada vez que le soliciten una medida distinta de las contempladas por la ley, usted

---

<sup>114</sup> NAVARRO, Pablo, Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos, En: [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono\\_345.pdf](http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono_345.pdf) [visitado el: 23/11/2014]

exija al actor que otorgue caución para comprometerse respecto de los eventuales daños que su concesión pudiere producir.

De lo expuesto, junto con el carácter de norma de clausura y los términos negativos en que se formula la norma, nos lleva a concluir su carácter residual, desde el punto de vista de su aplicación, ya que no procedería sino solo cuando alguna de las medidas consagradas en el artículo 290 CPC resulten ser insuficientes, inadecuadas o ineficaces. En consecuencia, y atendiendo a la estructura de nuestro sistema en general, corresponderá al actor al momento de formular en su demanda la solicitud de una medida deberá hacerlo en relación a las del artículo 290, sin perjuicio de las contenidas en leyes especiales, y solo en cuanto el objeto de su petición no resulte compatible con aquellas podrá entonces solicitarse una medida precautoria innominada, la que a su vez podrá ser decretada por el juez cuidando en todo caso que resulte ser idónea, capaz y suficiente en relación al fin que se persigue. Confirma lo anterior la letra de la ley al decir el artículo 298 CPC “Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley”. Además del mismo precepto se desprende, aún cuando no exista consenso al respecto<sup>115</sup>, la potestad cautelar del juez en el proceso civil.

Sin embargo, discrepo en la calificación de subsidiarias o supletorias que se le dan a las providencias atípicas, innominadas o de urgencia, estimo que la precaria teoría cautelar que se ha desarrollado, sumado al temor de ir más allá de los preceptos positivos, limita el concepto de “potestad cautelar”.

Ya Calamandrei era partidario de consagrar un “poder cautelar general” confiado al juez, en atención a su convencimiento frente a determinada situación, no obstante al día de hoy gran parte de los países que recogen esta figura, le atribuyen un carácter supletorio o subsidiario de las medidas típicas o en su caso aplicable solo en casos urgentes.

---

<sup>115</sup> En contra CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, La configuración del periculum in mora en el régimen cautelar chileno, En Revista de derecho Universidad de Concepción, Chile: 1971, Concepción, Chile Año 67, no.205 (Ene.-jun.1999), p.99-114

Pese a lo anterior, si analizamos los fundamentos de la tutela cautelar, sea típica o innominada, ambas se justifican en:

1. Constituyen herramientas para atacar los mismos supuestos: el peligro en la mora del proceso, la modificación de la situación de hecho existente al tiempo de interponerse la demanda;

2. Persiguen idénticos fines: conservar las modificaciones en la situación de hecho y garantizar la ejecución oportuna de lo resuelto;

3. Principalmente destacar que ambas son instrumentales, y en consecuencia se encuentran vinculadas al proceso instrumental, dependiendo de este, pero particularmente de la sentencia que recaiga en el mismo.

Por estas razones, consideramos absurda la distinción en base a rasgos comunes entre una y otra clase de cautela, por lo mismo estimamos que la construcción de una teoría cautelar ha de fundarse en el rasgo común de subsidiariedad para con la *litis*, y en caso alguno mermar la facultad discrecional del juez consistente, según lo expuesto por Carnelutti en efectuar “una sistematización de hecho en espera de la decisión definitiva; ya para mantener con la providencia cautelar el estado de hecho, bien para asegurar la igualdad de las partes, o ya para asegurar la realización anticipada o preventiva de la sentencia definitiva”<sup>116</sup>

Además, al disponer el legislador en el artículo 298 CPC que “podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario...” decretar otras medidas, revela el plano de igualdad en que se encuentran las medidas nominadas e innominadas, no debiendo entonces estas últimas considerarse subsidiarias o auxiliares de las primeras.

Ahora, como su nombre las indica, de innominadas, genéricas o indeterminadas es que la medida que ha de adoptarse, si bien su fin cautelar es indiscutible, su contenido resulta ser bastante variable, pues dependerá de la situación requerida de cautela, lo anterior se ampara en los términos utilizados por el legislador, lo cual denota una apertura en este sentido (la creación jurisprudencial) y también la incorporación de una nueva exigencia, la caución. Luego el tribunal está

---

<sup>116</sup> Visto en: RENGEL ROMBERG, Aristides, En: <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>, [visitado el: 05/01/2015] Cfr. CARNELUTTI. Lezioni di Diritto Processuale Civile. PADOVA. 1926, Vol. II n. 80. ÍDEM. Sistema del Diritto Processuale Civile. CEDAM. PADOVA. 1936, Vol. I. n. 71

revestido de autoridad suficiente para exigir caución al actor a fin de responder de los perjuicios que se originen “cuando lo estime necesario” es decir la posibilidad de obtener que se decrete esta medida corre bajo la responsabilidad del actor, debiendo este indemnizar los daños que pueda producir al demandado por haberse obtenido una providencia cautelar en forma indebida. Con todo la exigencia de la caución es facultativa, de ahí que se utilicen las expresiones “Podrá también” “cuando lo estime necesario”, de ahí que en la LEC en el antiguo 1428 se establecía como supuesto para la norma “el previo y bastante afianzamiento” requisito de cuyo cumplimiento se podía librar aquel solicitante de notoria y suficiente solvencia<sup>117</sup>, si bien en la NLEC se elimina el requisito anterior, se conserva el carácter facultativo de la caución al mencionar en su artículo 728.3 “Salvo que expresamente se disponga otra cosa”<sup>118</sup>.

Con todo, la norma resulta ser bastante precaria pues no se expresa el tipo de peligro que el juzgador quiere evitar al permitir esta clase de medidas, ni cuál es su alcance, lo que de todas formas le da un espacio de movilidad mayor al intérprete. De ahí que las ventajas que presta esta norma se ven de inmediato opacadas tanto por la escasa y por no decir, nula regulación legal así como el exiguo trato que nuestra doctrina le ha dado a esta materia, lo cual junto con una total ausencia de una jurisprudencia que se haya pronunciado al respecto, y configurado la materia en un sentido práctico, exige al intérprete un trabajo mayor en orden a determinar el posible contenido de esta norma<sup>119</sup>.

Sin perjuicio de los términos negativos en que se consagra y la exigencia adicional que se contempla, deja de todas formas una amplitud suficiente al intérprete, fundamentalmente en el momento en que este deba adoptar una determinada actitud al definir el probable contenido de las medidas que los tribunales pueden dictar a su amparo. Así es como superado el positivismo extremo el problema radica en determinar hasta qué punto puede llegar la tarea del juez al

---

<sup>117</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p.27

<sup>118</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil, En: <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/lec/L3T6.htm> [visto el: 23/11/2014]

<sup>119</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 466

hacer frente al artículo 298 CPC el que, en principio, le otorga un espacio mayor de resolución que el tradicional.

Cabe recordar que, ante todo, el intérprete no puede desatender las normas constitucionales que vinculan al juez con los preceptos legales, de modo que el juez siempre ha de obrar dentro de dichos límites. Recordemos que el juez, al momento de dictar sentencia crea una norma exclusiva, que antes no existía, la que se traduce en la concesión de una medida cautelar precisa, al amparo de una norma existente. No obstante, el supuesto de las medidas innominadas resulta especial pues, la norma creada (sentencia) no dispone de otra norma en que fundarse, sino que se trata de un precepto de contenido negativo: "no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley"<sup>120</sup>.

Dadas las evidentes incertidumbres que se dan en la materia es que, y recordando el objetivo de este trabajo, en los temas siguientes trataremos de responder a aquellas dudas que quedan, dirigiéndonos en base a los presupuestos que deben concurrir para configurar este tipo de medida cautelar y las características que la dotan de individualidad, en relación a las otras, poder establecer pautas para que el juez, frente al caso concreto pueda vislumbrar el peligro que el legislador desea impedir con esta clase de medidas, su alcance y contenido, sin que ello implique desnaturalizar la medida en cuanto "indeterminada", sino por el contrario, otorgarle una fisonomía robustecida a fin de que las posibilidades de que sean decretadas aumenten, en consideración a los casos en que se necesite, y no se evite la posibilidad de aplicación de las mismas por responder a un ejercicio desmesurado de una prerrogativa atribuida al juez.

### **Concepto**

Las medidas cautelares innominadas o también llamadas indeterminadas, se desprenden de la parte final del artículo 298 CPC el cual establece "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".

---

<sup>120</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 464



Corresponden a una creación jurisprudencial toda vez que el legislador faculta al juez para que, atendiendo el caso en particular, carente de tutela y cuya protección no pueda suplirse por algunas de las formas expresamente previstas en la ley y para los efectos de asegurar el resultado del juicio, que el juez decrete el resguardo más apto e idóneo para la situación, de ahí que sean innominadas y se les denomine con esa fórmula general puesto que la medida adoptada por el juez dependerá de la naturaleza de la situación y las peticiones de los respectivos demandantes por un lado y por otro, que la medida que se ordene resulte ser extraña a las medidas previstas por el legislador en el artículo 298 CPC, siendo en consecuencia infinitas medidas que responden a un fin cautelar las que pueden, eventualmente, disponerse por el juez, de ahí que nos encontremos, respecto del artículo 298, frente a una norma de clausura dentro de nuestro ordenamiento procesal.

De lo anterior y ensayando un concepto sobre las medidas indeterminadas, podemos definir las como aquellos actos procesales que decreta el tribunal en el ejercicio de su potestad cautelar, a petición de parte, ordenando una o más medidas, sean asegurativas, conservativas o anticipativas, distintas a las enunciadas en el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, que estime idóneas en atención a la situación de hecho, en espera de la sentencia definitiva, para evitar el peligro en la demora o, en su caso, la modificación de la situación de hecho existente al tiempo de interponerse la demanda, con el fin de garantizar la ejecución oportuna de lo resuelto.

### **Calificación de medida cautelar**

El carácter de cautelar de la norma es la premisa de este trabajo lo que si bien es compartido por la doctrina, el tratamiento legislativo que se ha dado al respecto no se condice en términos satisfactorios, ello porque el tema de la tutela cautelar, en general es insuficiente y carente de sistemática.

Por ello, mediante el análisis de diversos factores caracterizaremos tales medidas, a fin de poder precisar la norma en análisis.

Así, en cuanto a las características que deben concurrir para tener el carácter de medidas cautelares analizaremos la provisionalidad e instrumentalidad ya que, y sin perjuicio de las otras analizadas en el primer capítulo, estimamos que son las más esenciales, pues sin su concurrencia no sería posible concebirlas.

Tratándose de los presupuestos de aplicación se analizarán la apariencia de derecho, el peligro en la demora y la caución. Un especial énfasis se dará al segundo presupuesto dado la indeterminación del mismo en el precepto.

Finalmente un análisis en cuanto a los fines que se persiguen con la medida, particularmente si una medida cautelar indeterminada nos abre o no paso a fines distintos a los tradicionales como el conservativo, pudiendo mediante ellas perseguirse otros fines tales como el mantenimiento del *statu quo*, así como también fines anticipativas o innovativas, sin que por ello deje de ser catalogada como medida cautelar.

### **Provisionalidad**

Como lo analizamos en el primer capítulo, la teoría general de medidas cautelares se sustenta, dentro de la realidad jurídica, en un hecho indudable, la existencia del proceso, el que se desarrolla dentro de un cierto espacio de tiempo, es así como resulta necesario el transcurso de un lapso considerable tanto para juzgar como para hacer ejecutar lo juzgado, lo que junto con la incertidumbre, inherente al proceso, puede perjudicar a quien solicita cautela. Luego esta demora se refleja en la *litis* misma, ya que requiere una invariabilidad de la situación mientras penda la *litis* hasta la decisión final. Si bien durante el desarrollo del juicio se supone la razón del actor, la incertidumbre inherente a la *litis* pesa sobre ambas partes, por lo mismo resultan ambas igualmente susceptibles de protección frente a sus peticiones, pero en principio siempre inmutables, de ahí que Gómez señale “es pues un axioma de derecho que durante el pleito nada se innove. Este principio sólo deja de observarse cuando se advierte peligro de que se frustren los resultados del juicio”<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> GÓMEZ Y NEGRO, Elementos de práctica forense, Valladolid, 1830, p. 52

De ahí que pueda ocurrir que habiendo un correcto ejercicio del derecho objetivo, debido al necesario transcurso de tiempo que exige el proceso se dé lugar a que el demandado “Realice actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción que la sentencia venga, al final, a conceder al actor”<sup>122</sup>. Frente a estas situaciones es que el legislador debe crear remedios procesales tendientes a evitar dichas situaciones y en definitiva garantizar la efectividad de la resolución judicial amenazada por el transcurso de la *litis*, luego podemos esgrimir como primer remedio a tales situaciones que el quiebre del mantenimiento del *statu quo* aparece del todo razonable, sin perjuicio que una de las soluciones más efectivas se traduce en una rápida decisión.

El fenómeno expuesto no es sino el reflejo de la evolución que ha sufrido nuestra sociedad y las problemáticas existentes en cada época, así un proceso excesivamente lento no aviene a las exigencias de nuestra sociedad contemporánea requirente de respuestas rápidas para satisfacción de sus conflictos, lo que a su vez se manifiesta en la estructura de los procesos actuales.

Mientras el legislador no invente instrumentos adecuados a las exigencias actuales, las medidas cautelares aparecen como medios útiles a fin de combatir la duración del proceso. Tal concepción entonces provocará una evolución en las mismas, pues su función ya no sólo se limitará al simple aseguramiento, la conservación de los bienes, sino que deberán abarcar un poco más si desean ser un mecanismo útil a las necesidades de actuales de la sociedad, producir efectos que permitan que las resoluciones judiciales aunque tardías, sean efectivas<sup>123</sup>.

En nuestra legislación se recoge esta característica de lo dispuesto en el artículo 301 CPC al señalar 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.”

---

<sup>122</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, El embargo preventivo, Barcelona, 1984, p. 31

<sup>123</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p.30 a 32

## **Instrumentalidad**

Corresponde a la característica esencial para catalogarlas como cautelares, entendidas que se les relaciona con un proceso, denominado principal, o más precisamente a una resolución principal cuya efectividad intenta garantizar.

Queda clara esta característica de lo dispuesto en la primera parte del artículo 298 (aún cuando las medidas innominadas se desprendan de la segunda parte de la norma) al señalar que “Las medidas que trata este título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio”, por lo demás este artículo se encuentra en el Libro II “Del Juicio Ordinario”, título V “De las Medidas Precautorias” las cuales tienen el carácter de instrumental, luego no habría razón para que en esta parte las medidas innominadas se alejen de esa característica. También se desprende este carácter de lo dispuesto en el Libro II, título IV “De las Medidas Prejudiciales” que en el artículo 279 dispone “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:...” lo que se relaciona con lo dispuesto en el artículo 280, 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.”

En nuestra legislación, a diferencia de lo que ocurre en España, el carácter de instrumental no aparece de un modo manifiesto como si acontece allá, así el artículo 1428 LEC<sup>124</sup> discurre sobre la existencia de otro proceso, así las medidas se

---

<sup>124</sup> Artículo 1428 Cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, el Juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere. El solicitante de dichas medidas deberá prestar fianza previa y bastante, a excepción de la personal, para responder de la indemnización por los daños y perjuicios que pudiese causar. Estas medidas, además de en la demanda, se podrán solicitar antes o después de entablarse la misma. De solicitarse antes, habrá de interponerse la demanda dentro de los ocho días siguientes a su concesión. Será Juez competente el que lo sea para conocer de la demanda principal, y para su tramitación se formará pieza separada. El demandado podrá oponerse a las medidas solicitadas o pedir que se alcen las acordadas, bien por estimar que no son procedentes o porque se comprometa a indemnizar los daños y perjuicios que puedan ocasionarse al actor y ofrezca fianza o aval bancario suficientes para responder de los mismos. Formuladas estas pretensiones, el Juez citará a las partes a una comparecencia, en la cual oír a las que concurran, admitirá las pruebas que sean pertinentes

encuentran pre ordenadas al pronunciamiento de la resolución final cuya existencia garantiza. Con todo, nada obsta a que puedan decretarse con anterioridad a la interposición de la demanda, debiendo en todo caso cumplir con la exigencia legal de entablar la misma dentro de plazo. Además, y aún cuando no lo señale explícitamente la norma, se subentiende el cese de la medida junto al término del proceso principal.

Por lo demás, la necesaria reciprocidad que ha de existir entre la medida que se adopte y la sentencia se revela al disponer el legislador “las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere”. Por estas razones es que no solo estas medidas pueden ser catalogadas de instrumentales, sino también todas aquellas que se decreten bajo su amparo, siempre que tengan por objeto garantizar la efectividad de la tutela judicial solicitada en el proceso principal, confirmando entonces su naturaleza cautelar<sup>125</sup>.

Cuestión similar sucede en la NLEC a propósito de los artículos 726 “Características de las medidas cautelares”<sup>126</sup>, 727 “Medidas cautelares específicas”<sup>127</sup> y artículo 728 “Peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución”<sup>128</sup>

---

y, dentro de los tres días siguientes, resolverá lo que proceda por medio de auto que será apelable en un solo efecto. El mismo procedimiento se seguirá para resolver los incidentes que puedan suscitarse con respecto a las medidas acordadas. La fianza a que se refieren los apartados anteriores podrá ser de cualquiera de las clases admitidas en derecho, excepto la personal, Ley de Enjuiciamiento Civil, En: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Anterior/r0-lec.l2t14.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r0-lec.l2t14.html) [Visitado el: 24/09/2014]

<sup>125</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p.40

<sup>126</sup> Artículo 726. Características de las medidas cautelares. 1. El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características: 1.<sup>a</sup> Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente, Ley de Enjuiciamiento Civil, En: <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/lec/L3T6.htm> [visitado el: 05/01/2015]

<sup>127</sup> Artículo 727. Medidas cautelares específicas. Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: 11.<sup>a</sup> 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, Ley de Enjuiciamiento Civil, En: <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/lec/L3T6.htm> [visitado el: 05/01/2015]

<sup>128</sup> Artículo 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

### **Apariencia de derecho**

El *fumus boni iuris*, en nuestra legislación debe acreditarse, así el artículo 298 CPC establece que “deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”.

El tratamiento diferenciado entre la sentencia definitiva y la resolución que concede una medida cautelar se justifica en atención a la configuración y fines perseguidos por cada una.

Es así como el juez para poder dictar la sentencia requiere llegar a la convicción de la existencia del derecho que se reclama, lo cual solo puede obtenerse mediante el desarrollo del proceso y las partes en contradicción.

En tanto que, el solicitante de la medida sólo afirma la existencia de una situación cautelable, luego la resolución que la conceda o deniegue solo se basa en la verosimilitud de la existencia del derecho alegado.

En cuanto a la tramitación de la solicitud de la medida en nuestra legislación, recordemos que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 302 CPC presentada la solicitud de la medida el Tribunal, junto con ordenar la formación de cuaderno separado, decretará o denegará de plano la medida, sin previa audiencia del demandado, según se cumplan o no sus presupuestos.

Ahora bien, decretada que sea, requiere ser puesta en conocimiento de la parte contraria (artículo 38 CPC) con el fin que produzca efectividad práctica.

---

que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. No se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces. 2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud 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 de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito. 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 ya 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 3 del artículo 529.

En los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el Tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados, Ley de Enjuiciamiento Civil, En: <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/lec/L3T6.htm> [visitado el: 05/01/2015]

Con todo, la ley contempla la situación que la medida pueda llevarse a efecto sin previa notificación, existiendo razones graves para ello. Dicha notificación deberá practicarse dentro del plazo de 5 días, ampliables por motivos fundados, bajo sanción de quedar sin valor las diligencias practicadas.

Sin perjuicio de lo anterior, nada obsta a que el demandado una vez decretada la medida, pueda oponerse a esta, lo que se someterá a tramitación incidental.

Si la medida tuviera el mismo tratamiento que la sentencia, no podría satisfacer la función cometida. De este modo, no podremos decretar una cautelar que implique una injerencia en la esfera del demandado en base a una simple afirmación del derecho, así como tampoco podríamos decidir acerca de la concreción de una reclamando una certeza absoluta. Luego, no solo no cumpliría su función de garantizar la efectividad práctica de otro proceso, sino además se produciría una doble actividad procesal, que se traduciría en una indagación innecesaria, inútil y perjudicial.

Así, desde el momento en que el artículo 298 sólo exige que el actor acompañe comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama, como señala en este sentido Ortells “hablar de acreditamiento, probabilidad y verosimilitud, denota solamente una limitación respecto al juicio de valoración de la prueba en el que se funda la resolución cautelar, juicio que vendría de ese modo caracterizado por una menor intensidad en comparación con el pleno convencimiento requerido para que otras resoluciones se dicten en un sentido estimatorio”<sup>129</sup>.

Hasta el momento solo hemos tratado lo relativo a la verosimilitud del derecho en cuanto presupuesto de la tutela cautelar en general, pero al momento de analizar su afluencia en cada presupuesto en particular es necesario distinguir, de acuerdo a lo expuesto por Ortells<sup>130</sup> “la determinación de la situación jurídica cautelable” contra “al grado de demostración de esa situación jurídica necesario y

---

<sup>129</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, El embargo..., Ob. Cit., p. 38

<sup>130</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, Derecho Jurisdiccional, I, II-1.º, con MONTERO y GÓMEZ COLOMER; II-2.º también Montón, Barcelona, 1989, p. 264

suficiente para que el juez pueda adoptar” en particular, la medida cautelar solicitada.

En España, el requisito en examen se recoge al disponer la norma “principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas”. Según lo expuesto por Calderón<sup>131</sup> el legislador al tratar este presupuesto bajo una misma expresión alude a dos cuestiones distintas, pero vinculadas entre sí: la situación jurídica cautelable y su acreditamiento.

En relación a la situación jurídica cautelable, los términos utilizados por el legislador español en el artículo 1428 LEC dan a entender que, existiendo en aquel ordenamiento medidas típicas cuyo ámbito de aplicación se encontraba determinado, las restantes situaciones, en principio desprotegidas, pasan a ser contenidas en el precepto en comento cubriendo las lagunas existentes. Luego, la mención a “obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas” viene, a lo menos en parte, a concretar la tutela que en principio se presentaba como abstracta. De lo anterior entonces podemos concluir que desde el punto de vista de la función y a diferencia de lo que ocurre en Chile con el artículo 298 CPC, en España no se reconocería una potestad cautelar general.

Analizando nuestra realidad resulta entonces que dentro de las diversas medidas que puedan disponerse, delimitar el campo de aplicación de la cautela no será una tarea fácil para el juez, quien entonces deberá atender a diversos factores, dependiendo estos en todo caso, de los efectos o contenido que le atribuya a las medidas cautelares innominadas, tema que será tratado más adelante.

Tratándose del acreditamiento del derecho, no existe unanimidad legislativa, siendo distintas formas las que se utilizan.

En nuestro país el legislador al disponer que “deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”, efectúa una doble referencia, a los medios de acreditamiento y al grado de convicción que dichos elementos deben producir en la persona del juez.

---

<sup>131</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p.157



En cuanto al primer elemento, se refleja en la expresión “comprobantes” la que, pese a su significado literal más bien restringido, en general tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que la expresión se refiere a cualquier medio de prueba. Luego estos, naturalmente acompañarán y justificarán la demanda, sin perjuicio que puedan presentarse otros relativos exclusivamente a la concesión de la medida. Esta exigencia presenta una importante excepción en el artículo 299 CPC.

Respecto del grado de convicción, la expresión utilizada denota que basta la mera apariencia de derecho o verosimilitud, es decir que hayan fuertes probabilidades de ser cierto, sin que la resolución que la otorgue envuelva un prejuzgamiento ni juicio definitivo de la cuestión principal, pues solo es una deducción hecha a partir de los antecedentes presentados con ocasión de la resolución de la medida.

En España antes de la reforma de la LEC de 1984 se exigía “algún documento de los comprendidos en los tres primeros número del artículo siguiente”, en relación a los títulos ejecutivos del artículo 1429 LEC. Siendo tal exigencia uno de los grandes impedimentos para acceder a esta clase de tutela cautelar y existiendo opiniones a favor o en contra de la misma, llegado el momento de modificar el artículo 1428 LEC se establece en relación al acreditamiento que bastará un “principio de prueba por escrito” más adecuado que los anteriores<sup>132</sup>.

En la actualidad, en la NLEC a propósito de la apariencia de buen derecho se dispone en el artículo 728 “2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud 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 de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito.”<sup>133</sup>

En Argentina también se contempla una medida cautelar genérica, en el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>134</sup>, de acuerdo a esa

---

<sup>132</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p.41 a 45 y 161 a 163

<sup>133</sup> Visto en: <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/lec/L3T6.htm> [visitado el: 05/01/2015]

<sup>134</sup> MEDIDAS CAUTELARES GENERICAS Art. 232. - Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al

norma el cumplimiento de la verosimilitud de derecho debe verificarse por aplicación de los requisitos clásicos en la materia, de ahí que el juez analizará la concurrencia del mismo de conformidad a los presupuestos básicos contemplados en la legislación argentina, con todo existe un importante espacio de discrecionalidad judicial al momento de definir tal requisito, ya que, tratándose del grado de certeza a exigirse, los parámetros dispuestos en la ley dependen de la interpretación del juez, quien tiene un vasto campo para determinar si se satisface o no el requisito<sup>135</sup>. En Colombia también se consagra una medida cautelar innominada, así se establece en el artículo 590, literal C) del Código General del Proceso<sup>136</sup>. A propósito

---

reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Visto en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#5> [visitado el: 05/01/2015]

<sup>135</sup> AZARI, Ronald, Medidas cautelares, 2º edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 295

<sup>136</sup> ARTÍCULO 590. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS. En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.

El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad.

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

del *fumus boni iuris*, el legislador dispone que “Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada”.

Luego corresponderá al juez, dentro de las varias cosas que ha de considerar para decretar la medida cautelar innominada, la legitimación o interés para actuar de las partes. Como indica Parra, el Código General del Proceso es uno de los pocos a nivel internacional que le confiere el análisis del todo prolijo a este presupuesto que debe incluirse en el concepto de *fumus boni iuris*.

Además deberá atender a la apariencia de buen derecho, o sea que el derecho del demandante aparezca más probable que el del demandado. Pero en este caso no basta comprobar la verosimilitud mediante la sola alegación, carente de contenido. En este caso la verosimilitud está condicionada a las distintas necesidades del derecho material, es decir obedece al contenido del derecho objeto de la pretensión, el que debe ser reconocido atendiendo a la tutela solicitada y los argumentos aducidos para ello.<sup>137</sup>

---

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones

estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.

PARÁGRAFO PRIMERO. En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Las medidas cautelares previstas en los literales b) y c) del numeral 1 de este artículo se levantarán si el demandante no promueve ejecución dentro del término a que se refiere el artículo 306.

En: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012\\_pr014.html#590](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012_pr014.html#590) [visitado el: 3/12/2014]

<sup>137</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, Medidas cautelares innominadas, En: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf> [visitado el: 05/01/2015], p. 309 Y 311 A 312

### **Peligro en la demora**

Constituyendo el *periculum in mora* el fundamento indiscutible de la tutela cautelar, toda vez que la amenaza esencial que combate cualquier medida es la duración del proceso, como señala Calamandrei, el *periculum in mora* “no es el genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede en ciertos casos obviar con la tutela ordinaria, sino el peligro específico de aquel ulterior daño marginal que puede derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario...”<sup>138</sup>. De lo anterior se desprende que los elementos esenciales corresponden al retraso y el daño marginal como resultado de la demora.

Entendemos la demora en relación al transcurso de tiempo, normal y necesario para la realización del proceso, la que en algunos casos no deja de ser exagerada, debido a mecanismos dilatorios innecesarios que puedan interferir.

Si bien nos hemos referido al retardo aludiendo al proceso declarativo, nada obsta a que pueda ocurrir lo mismo en un proceso ejecutivo el que también requiere de tiempo para la realización del mismo, luego nada obsta a que durante ese periodo se pueda poner en duda y peligro la propia efectividad de la tutela.

Luego, por regla general, la actividad ejecutiva es suficiente para garantizar y conseguir la efectividad de la resolución cuyo cumplimiento se pide, excepcionalmente las medidas ejecutivas resultarán insuficientes o ineficaces, de ahí que para contrarrestar la situación puedan adoptarse medidas cautelares pendiente un juicio ejecutivo y librarse del peligro en la demora de hacer ejecutar lo juzgado. Calderón estima que esa es la solución que ha dado el legislador español, citando para tales efectos el artículo 923 LEC<sup>139</sup> y lo tratado acerca de la naturaleza cautelar del embargo por Ortells<sup>140</sup> a lo que agrega que en el caso particular del proceso ejecutivo, el *periculum in mora* se encuentra en un grado mucho más

---

<sup>138</sup> CALAMANDREI, Piero, Ob. Cit., p.42

<sup>139</sup> **Artículo 923** Si la sentencia contuviera condena de hacer, o de no hacer, o de entregar alguna cosa o cantidad ilíquida se procederá a darle cumplimiento, empleando los medios necesarios al efecto, y que se expresan en los artículos que siguen. En todos estos casos, si no puede tener inmediato cumplimiento la ejecutoria, cualquiera que sea la causa que lo impida, podrá decretarse el embargo de bienes a instancia del acreedor en cantidad suficiente, a juicio del Juez, para asegurar el principal y las costas de la ejecución. El deudor podrá librarse de este embargo dando fianza suficiente, a satisfacción del Juez. Visto en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Anterior/r0-lec.l2t8.html#a923](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r0-lec.l2t8.html#a923) [visitado el: 05/01/2014]

<sup>140</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, El embargo..., Ob. Cit., p. 72 a 76

elevado que la “apariencia de derecho”, pues a la ejecución de la resolución le antecede un proceso declarativo que ya resolvió la certeza de este, luego no debiese ser ello un obstáculo para la aplicación de medidas cautelares en procesos de dicha naturaleza ya que, quien puede lo más, puede lo menos<sup>141</sup>.

Por su parte, el daño marginal dice relación con aquel que se produce como consecuencia del transcurso (sea de un modo positivo o negativo) de tiempo para obtener la resolución final, originándose tal daño dentro de ese lapso de tiempo y perjudicando o entorpeciendo, en mayor o menor medida, su eficacia.

Pero, siguiendo el análisis al artículo 1428 LEC el legislador deja una doble indeterminación, por una parte el contenido de la medida, y por otra el presupuesto para su concesión, ambos estrechamente vinculados entre sí. Mientras la determinación de la medida influye en el *periculum in mora*, la ausencia de expresión del peligro a evitar influye en la medida a decretar. La estructura así expuesta constituye la caracterización misma del precepto como norma de clausura, ya que no pudiendo el legislador prever todas las situaciones de riesgo existentes, tampoco puede determinar qué medidas pueden adoptarse, cuya determinación se efectúa después de constatar la existencia del *periculum*.

Entonces la labor del juez requerirá analizar los hechos alegados y determinar si son capaces de dañar la efectividad de la sentencia y por otra parte verificar si la situación es o no constitutiva de *periculum*<sup>142</sup>.

Como indica Ortells<sup>143</sup> “la más destacada especialidad del artículo 1428 no es la subordinación de las medidas a la valoración concreta del *periculum*, sino aquella autorización al juez para que especifique el *periculum in mora* relevante” labor que deberá realizar en función de los peligros existentes y la efectividad de la sentencia.

Luego, el hecho de existir tantas clases de daños como peligros existentes provoca que existiendo un solo *periculum in mora* su significado sea distinto en el ámbito doctrinal y legal.

---

<sup>141</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p.47, 48

<sup>142</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 170

<sup>143</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428, Justicia, 1989, p. 56

Así en doctrina se distingue, dentro de los tipos de *periculum in mora* y atendiendo a lo que se entienda por “efectividad de la sentencia”, desde un punto de vista restrictivo el peligro de infructuosidad y extensivo, el peligro de tardanza del proceso principal<sup>144</sup>. En el primer caso, el peligro se ubica junto con la ejecución, se traduce en la dificultosa e irrealizable ejecución futura. En el segundo caso comprende la demora necesaria de la actividad jurisdiccional.

Desde el punto de vista legal, dado el heterogéneo tratamiento que se le ha dado en distintas legislaciones a esta materia, lo que se verifica mediante el tratamiento desigual de el o los peligros a evitar por una medida hasta incluso llegar a omitir aquellos, es que podemos distinguir dos técnicas que configuran este presupuesto que, desde el punto de vista del peligro específico proyectado en la efectividad de la sentencia cuyo fin es garantizar, soslayando el peligro, encontramos situaciones en que el legislador presume el daño marginal encontrándose aquel de un modo implícito en la norma, constituyendo la cautela el fundamento de la norma, o en su caso, la concesión de la medida depende de la previa comprobación del *periculum*, en estos casos el legislador exige expresamente la existencia de peligro siendo este presupuesto de la medida.

A su vez, dentro de esta última opción legislativa encontramos dos variantes, una en que el riesgo que se pretende evitar es indicado expresamente, con o sin enumeración de las circunstancias provocadoras de riesgo, o bien la referencia a dichas causas es indeterminada, como acontece a propósito de los artículos:

- 298 CPC “Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley”
- 1428 LEC “las medidas que, según las circunstancias, sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia”
- 726.1º NLEC “1. El tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características: 1ª Ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse

---

<sup>144</sup> CALAMANDREI, Piero, Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari, Padova, 1936, p. 71 a 74

en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente.”

- 727. 11ª NLEC “Medidas cautelares específicas. Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: 11ª 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.”

- 232 CPC y Com. De la Nación “podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.”

- 590 literal C) segunda parte del Código General del Proceso “Para decretar la medida cautelar el juez apreciará... y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho”

Donde las expresiones utilizadas en tales normas terminan configurando el *periculum* en cada caso.

Como señala Ortells, a propósito de las medidas indeterminadas en la legislación española "en las normas rectoras de medidas 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 éstas puede 'reconstruirse' considerando la réplica que frente a él supone la eficacia propia de la medida concedida" agregando 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, éste permite en principio la tutela frente a una serie de diversas situaciones de peligro, que en cada caso habrán de especificarse"<sup>145</sup>

En nuestra legislación podemos deducir, de lo hasta ahora expuesto, que no existe regulación, sea implícita o explícita, del *periculum in mora*, como si ocurre en las medidas del artículo 290 de CPC.

Luego, el sistema a utilizar también incide en la labor del juez. Así, en aquellos casos donde las condiciones que configuran el *periculum* se encuentran tipificadas bastará que el juez verifique su presencia, como acontece en las medidas cautelares de carácter precautorio o asegurativo, en tanto que si el peligro a producido efecto deberá el juez valorar la situación en concreto para comprobar su existencia, finalmente si el presupuesto es indeterminado deberá el juez, a falta de previsión legislativa, precisar el "*periculum in mora*" genéricamente enunciado debiendo valorar el riesgo, si acaso es capaz de entorpecer la efectividad de la sentencia, así como los hechos que se invocan, si configuran o no el *periculum*. Por ende, será el juez quien, en cada caso, deberá determinar la situación de peligro y la medida aplicable.

Así en Italia, en el artículo 700 del CPC italiano se tipifica el *periculum* al calificarlo de perjuicio inminente e irreparable.

Por su parte, en Brasil su CPC en el artículo 273<sup>146</sup> dispone "Fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación" en este caso se califica el daño.

---

<sup>145</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, Sobre las medidas..., Ob. Cit., p. 56 y 57

<sup>146</sup> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1o Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2o Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3o A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)



En cuanto a la última situación podemos indicar que en nuestro sistema en forma manifiesta se ha aceptado, como una medida cautelar característica de creación jurisprudencial, por ejemplo, la notificación al conservador de bienes raíces para que se inhiba de efectuar la inscripción de la merced de aguas que se ha solicitado "[...], 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 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 [...]"<sup>147</sup>.

Además encontramos este último mecanismo a propósito de la medida cautelar genérica del artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, donde el legislador prevé la protección judicial, pero encomienda al juez la tarea indicar si se acreditó o no la verosimilitud del derecho o la existencia de un peligro y determinar el mecanismo de protección competente<sup>148</sup>.

Mientras que en Colombia, en su artículo 590 letra c) segunda parte no hay calificación de daño ni de perjuicio, luego le da una mayor discrecionalidad al juez para realice tal calificación, situación semejante con la realidad Argentina. Siguiendo en este punto a Parra, el código al señalar que “el juez tendrá en cuenta” la necesidad referida la existencia de riesgo que requiere ser rápidamente atendido, la efectividad en atención a consumarse cualquiera de los sucesos previstos en el inciso primero del literal c) y asimismo la proporcionalidad, lo que implica ponderar

---

§ 3o A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §

§ 4o e 5o, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 4o A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 5o Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 6o A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 7o Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002) En: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/busca?q=ART.273+CPC> [visitado el: 3/12/2014]

<sup>147</sup> Gaceta de los tribunales nº140 (1940), p. 598.

<sup>148</sup> AZARI, Ronald, Medidas cautelares, Ob. Cit., p. 296

los derechos del demandado, aún no vencido y por otra parte los del demandante, quien se opone a la inseguridad de que al momento en que se pronuncie la sentencia, resulte ineficaz tras la producción del daño que se intentó evitar. Para estos efectos el legislador da al juez una pauta para la concreción de esta medida al disponer: “y si lo estimare procedente el juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”<sup>149</sup>.

Con todo, y fruto de la escasa regulación legal, nace un problema para el solicitante relativo a la prueba de la existencia del *periculum in mora*, en cuanto a los medios probatorios y el grado de convicción. Compartimos lo expuesto por Calderón quien, atendiendo a la naturaleza de este tipo de tutela considera absurda una exigencia excesiva en este punto bastando presentar aquellas pruebas que puedan, atendiendo el momento procesal, rendirse sin obstaculizar la función de la medida.<sup>150</sup>

En relación a este último punto, podemos indicar como ejemplo la situación que acontece en el artículo 232 Cód. Proc. Civil y Com. De la Nación donde el *periculum* se encuentra íntimamente ligado al presupuesto “perjuicio inminente o irreparable” pues, a propósito de la prueba, se indica que la expresión “perjuicio inminente” no se equipara a la insatisfacción generada por cualquier violación de un derecho, será entonces indispensable que se funde en la existencia de un determinado peligro, así como también indicar los hechos reveladores de un daño que, ineludiblemente afectará el cumplimiento de la sentencia definitiva, debiendo el juez establecer si el peligro aludido fue debidamente acreditado junto con la concordancia entre el peligro en la demora y la naturaleza del peligro temido, entendiéndose que existe toda vez que los hechos aludidos perjudiquen efectivamente en el cumplimiento de la sentencia.

Agregan los autores la modificación de la disyuntiva o por la conjunción copulativa e, al no concebir un perjuicio inminente requirente de cautela en cuanto sea irreparable. A propósito de la instrumentalidad, Calamandrei<sup>151</sup> la concebía

---

<sup>149</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, Medidas cautelares innominadas, Ob. Cit., p. 311

<sup>150</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 45 a 50

<sup>151</sup> Calamandrei, introducción p. 44

como aquella particularidad configuradora de las medidas cautelares que las une a un proceso principal, cuyo fin consiste en garantizar su resultado. Bajo tal razonamiento, si un perjuicio es inminente, pero no irreparable, aquel puede ser enmendado en la sentencia definitiva, no siendo apto de una cautelar genérica, pues en tal caso no existen riesgos en cuanto a la efectividad del proceso.

Finalmente, nos resta analizar un último problema en atención al *periculum in mora* y los fines que persiguen las medidas cautelares, el que será analizado en dicha sección.

### **Caución**

Se agrega como exigencia para decretar esta medida precautoria, además del cumplimiento del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris* el otorgamiento de una fianza de resultas, toda vez que el tribunal así lo disponga, así se dispone en el artículo 298 CPC “exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen.”

Recordemos que en nuestro derecho este requisito tiene un carácter eventual, pues sólo se exige, como condición ineludible a propósito de esta clase de medidas así como en las medidas prejudiciales precautorias (artículos 279 n°2 y 298 CPC).

Tratándose de las medidas cautelares ordinarias, no se contempla esta exigencia, lo que no deja de ser cuestionable. Tampoco se contempla a propósito de la orden de no innovar del recurso de protección, cuestión importante pues constituye uno de los motivos que ha impulsado un excesivo uso de dicho recurso, principalmente porque mediante la orden de no innovar se puede obtener una amplia cautela, conservativa e innovativa<sup>152</sup>.

En relación a la fianza, atendiendo a la doctrina española y según lo expuesto por Calderón, debido a las distintas concepciones que se tienen de esta en la doctrina, y un tratamiento desigual que le da el legislador, y con el fin de determinar su naturaleza, a propósito de la tutela cautelar, es necesario determinar

---

<sup>152</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro, Ob. Cit., p.44 y 60

si la fianza corresponde a un tipo de medida cautelar, como sostiene Calamandrei<sup>153</sup> o, por el contrario la fianza, caución o contracautela corresponde un presupuesto de la medida.

Si bien podríamos decir que garantiza la ejecución forzosa de un crédito de dinero, así como la indemnización de los daños causados a la otra parte tras la rapidez en el dictamen de la resolución cautelar, y que desde el punto de vista de la instrumentalidad, el vínculo existente entre la medida y la resolución que la concede así como la sentencia principal<sup>154</sup>, entre otros argumentos, no resultan del todo convincentes al momento de catalogarla de medida cautelar, pues en los hechos siendo el presupuesto para la concesión de la medida la apariencia de derecho, con el fin de garantizar la sentencia definitiva, cuya efectividad puede desvanecerse dada la exagerada duración del proceso, la medida en definitiva no se solicita a fin de asegurar la efectividad del proceso principal, sino como contrapeso a la propia cautela, impidiendo solicitudes infundadas y respondiendo de los daños y menoscabos que puedan producirse con una adopción ilícita.

Luego, caracterizarlo como presupuesto de la medida cautelar corresponde a un efecto propio de la tutela cautelar siendo su objetivo amparar los intereses del sujeto pasivo de la medida y su eventual derecho a indemnización<sup>155</sup>.

La falta de uniformidad en su regulación se manifiesta tanto en su exigibilidad como en su determinación. En cuanto a su exigibilidad ello depende de los ordenamientos jurídicos en particular y como se regule, pudiendo ser obligatoria y un requisito ineludible como sucede en España, o en su caso potestativo, como en Italia.

Tratándose de su determinación, si bien en principio se encuentra en el texto legal, nada obsta a que, en ocasiones el legislador ha dejado tal tarea a cargo del Tribunal, pudiendo ser la caución preceptiva, discrecional (fianza propiamente tal) o simplemente no exigirla (excepción al cumplimiento de este requisito). De este modo la cautela, sea exigida legal o judicialmente, puede constituir el verdadero presupuesto para la concesión de la medida (presupuesto independiente) o bien

---

<sup>153</sup> Calamandrei introducción... p. 63 a 65

<sup>154</sup> Ídem.

<sup>155</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, Derecho Jurisdiccional II-2º, Ob. Cit., p. 267

puede decretarse la medida sin cumplir con tal requisito, pero su efectividad depende de la caución (requisito dependiente), sin perjuicio de una tercera opción donde la cautela es concebida como resultado del vínculo entre los presupuestos anteriores. Esta última situación ocurre en España, donde la obtención como eficacia de la medida obedece, por regla general, tanto a la apariencia de derecho y de un peligro como al otorgamiento de la caución.

Ahora, si la fianza no interviene en la concesión de la cautelar y el cumplimiento de los otros dos presupuestos ¿cómo influyen estos en el otorgamiento de la caución, particularmente en su cuantía? Importa responder lo anterior principalmente en aquellos casos en que se entrega al Tribunal la determinación de la misma, donde claramente la apreciación de la situación de hecho, así como el cumplimiento de los otros presupuestos y el resguardo de los eventuales daños que pudieren ocasionarse al demandado por la ilicitud de la medida, revisten especial importancia en orden a exigir una caución mayor, menor o incluso disponer el alzamiento de la medida.

Con todo el problema se reduce a la falta de parámetros a que deba atenerse el juez al momento de determinar la cuantía de la caución exigida, pues queda entregado por completo a su prudencia, sin perjuicio de directrices de equidad que se presenten, así es como la usual expresión de “bastante” en esta clase de situaciones denota la necesaria proporcionalidad de la medida, la suficiencia de esta, que sea adecuada en relación a la eventual responsabilidad del actor respecto de los daños ocasionados al demandado como resultado de la concesión de la medida. Se recoge este carácter en nuestra legislación al disponer el artículo 298 CPC que –la cautela- persigue “responder de los perjuicios que se originen” y, en consecuencia “ofrecer una garantía patrimonial concreta y específica para el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida cautelar a la indemnización de los daños y perjuicios causados por una medida cautelar ilícita”<sup>156</sup> con todo su cuantía dependerá de los eventuales daños, cuya determinación a priori no deja de ser compleja y cuestionable.

---

<sup>156</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, Derecho Jurisdiccional II-2º, Ob. Cit., p. 267

Tratándose de los factores a considerar al momento de su determinación, si bien algunos estiman que también debe atenderse a la situación económica del solicitante como factor para la determinación de la caución, en general estimamos que no debe considerarse aquella ni la cuantía discutida en el proceso, como indica Ortells “la cantidad a garantizar por los perjuicios ha de fijarse discrecionalmente en función no, ..., de la cuantía de la deuda en la que se funde la petición del embargo y la pretensión de condena principal, sino de los daños..., a cuya indemnización pudiera condenarse al solicitante”<sup>157</sup>. A su vez esta idea se encuentra íntimamente relacionada con la colisión existente entre la contracautela y el derecho a la tutela efectiva. En España Calderón lo analiza en relación a la presunta colisión entre el artículo 14 de la Constitución y la contracautela<sup>158</sup> donde se ha dicho que la situación económica del solicitante no puede eximirlo de la caución, pero debe en todo caso, considerarse los demás elementos al determinar su cuantía. En contra una sentencia del Tribunal Constitucional español suprime la extensión del beneficio de justicia gratuita al requisito de caución, estimando que no vulnera el derecho constitucional del acceso a la jurisdicción, toda vez que la precaria condición económica del solicitante se encuentra desvinculado a los perjuicios previstos, correspondiendo a una situación más bien de desigualdad real cuya solución, aplicable o no, pasa por una prestación estatal.

En nuestra legislación, la contracautela se funda en el principio de igualdad, persiguiéndose mediante esta medida restaurar el equilibrio que implica conceder al demandante una medida cuyo objeto es amparar un aparente derecho y, por otro lado el derecho del demandado ya de afrontar en el mismo proceso la medida concedida o bien, luego del proceso cobrar la indemnización de perjuicios que le causó una medida mal decretada.

Por lo demás, mediante esta institución se impide al solicitante que utilice la medida como un medio de coacción para obtener la pretensión tempranamente, con todo el mal uso de parte del litigante de mala fe se contrarresta con la indemnización.

---

<sup>157</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, El embargo..., Ob. Cit., p. 112

<sup>158</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 56 y 57

Al día de hoy se fundamenta la garantía en el artículo 301 CPC al señalar 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.”

En cuanto al tipo de caución, tratándose de una medida prejudicial precautoria se dispone que no es necesario exigir una hipoteca o fianza con garantía hipotecaria, bastando una fianza nominal u otra garantía suficiente a juicio del tribunal, vinculada con la obligación garantizada, para responder de los perjuicios que se originen y multas que se impongan, conforme a lo dispuesto en el artículo 279, 2ª regla<sup>159</sup>.

En España de acuerdo al artículo 1428 LEC, la caución constituye un presupuesto de la medida solicitada, siendo necesario su cumplimiento previo a fin de que la medida sea efectiva, cumpliendo la necesaria suficiencia “para responder de la indemnización por los daños y perjuicios que pudiese causar” en consecuencia debe ser previa, bastante y no personal. De acuerdo al artículo 728 de la NLEC en cuanto a la caución se dispone que “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 ya 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 3 del artículo 529.” Luego decretar la caución depende de lo que resuelva el Tribunal, conservándose en todo caso el fundamento de reparar el eventual daño que pudiese causar la medida en el patrimonio del demandado. Con todo, la determinación de la caución queda entregada al criterio del juez, regulándose en todo caso las formas en que puede rendirse.

---

<sup>159</sup> C. de Ap. Pedro Aguirre C., 13 de mayo de 1987, RDJ, t. 84, secc. 2ª, p. 67.

En Colombia, a propósito del artículo 590, letra c) que es lo que nos importa, nº 2 se establece “2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.”

Además, en el Libro Cuarto “Medidas Cautelares y Caucciones” en su título II “Caucciones” se regula en los artículos 603 las clases, cuantía y oportunidad para constituir las y en el artículo 604 calificación y cancelación<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup> ARTÍCULO 603. CLASES, CUANTÍA Y OPORTUNIDAD PARA CONSTITUIRLAS. Las cauciones que ordena prestar la ley o este código pueden ser reales, bancarias u otorgadas por compañías de seguros, en dinero, títulos de deuda pública, certificados de depósito a término o títulos similares constituidos en instituciones financieras.

En la providencia que ordene prestar la caución se indicará su cuantía y el plazo en que debe constituirse, cuando la ley no las señale. Si no se presta oportunamente, el juez resolverá sobre los efectos de la renuencia, de conformidad con lo dispuesto en este código.

Las cauciones en dinero deberán consignarse en la cuenta de depósitos judiciales del respectivo despacho.

Cualquier caución constituida podrá reemplazarse por dinero o por otra que ofrezca igual o mayor efectividad.

ARTÍCULO 604. CALIFICACIÓN Y CANCELACIÓN. Prestada la caución, el juez calificará su suficiencia y la aceptará o rechazará, para lo cual observará las siguientes reglas:

1. La caución hipotecaria se otorgará a favor del respectivo juzgado o tribunal y dentro del término señalado para prestarla deberá presentarse un certificado del notario sobre la fecha de la escritura de hipoteca, copia de la minuta de esta autenticada por el mismo funcionario, el título de propiedad del inmueble, un certificado de su tradición y libertad en un período de diez (10) años si fuere posible, y el certificado de avalúo catastral. Los notarios darán prelación a estas escrituras, y su copia registrada se presentará al juez dentro de los seis (6) días siguientes al registro.

2. Cuando se trate de caución prendaria\*, deberá acompañarse el certificado de la cotización de los bienes en la última operación que sobre ellos haya habido en una bolsa de valores que funcione legalmente, o un avalúo.

Los bienes dados en prenda deberán entregarse al juez junto con la solicitud para que se acepte la caución, si su naturaleza lo permite, y aquel ordenará el depósito en un establecimiento especializado; en los demás casos, en la misma solicitud se indicará el lugar donde se encuentren los bienes para que se proceda al secuestro, que el juez decretará y practicará inmediatamente, previa designación del secuestre y señalamiento de fecha y hora para la diligencia; si en esta se presenta oposición y el juez la considera justificada, se prescindirá del secuestro.

3. Si la caución no reúne los anteriores requisitos, el juez negará su aprobación y se tendrá por no constituida, y si se trata de hipoteca procederá a su cancelación.

4. Salvo disposición legal en contrario, las cauciones se cancelarán una vez extinguido el riesgo que amparen, o cumplida la obligación que de él se derive, o consignado el valor de la caución a órdenes



## **Contenido o finalidad de las medidas cautelares indeterminadas, innominadas o genérica**

Ya tratados los fines de las medidas cautelares en la primera parte de este trabajo, en este punto lo analizaremos en atención a las medidas cautelares indeterminadas, situación vinculada con el *periculum in mora*, como señalamos en su oportunidad, y cómo la noción clásica del fin conservativo puede no ser el único a considerar mediante la utilización de esta clase de medidas en orden al espacio de discrecionalidad que da a lugar con objeto de disponer la medida más idónea, aún anticipativa, en consideración a la situación requirente de cautela. Entonces cabe preguntarnos ¿Las medidas indeterminadas pueden extender el ámbito de aplicación de las medidas precautorias hacia otros fines, además de los que tradicionalmente han satisfecho en el ámbito del título V del libro II del CPC?

Debido a la falta de precisión normativa debemos primero establecer la clase de sentencia que puede recaer ¿de condena por obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa distinta o dinero? ¿Declarativa o constitutiva?

Entendemos por sentencia constitutivas aquellas que persiguen un cambio, constitución, modificación o extinción de una situación jurídica existente. En estos casos la medida aparece con mayor intensidad pues evita alteraciones conducentes a frustrar el cambio perseguido y declarado en la sentencia.

Son declarativas aquellas que pretenden obtener la declaración de existencia o inexistencia de determinada relación jurídica. En estos casos la medida evita los riesgos que trae aparejado la realización de conductas diversas que puedan provocar confusiones sobre la legitimidad o ilegitimidad del derecho reclamado<sup>161</sup>

Por el carácter instrumental que presentan las cautelares innominadas, sólo podrán otorgarse aquellas que se encuentren vinculadas con la cuestión principal y que sirvan para asegurar la efectividad de la sentencia que sobre ella se pronuncie.

---

del juez, En: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012\\_pr014.html#590](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012_pr014.html#590)  
[visitado el: 3/12/2014]

<sup>161</sup> TOMMASEO, Ferruccio, I provvedimenti d'urgenza, Padova, 1983, p. 125

Siguiendo la situación de España, el artículo 1428 LEC no da indicación alguna, sólo alude genéricamente a “la sentencia que en juicio recayere”<sup>162</sup> de ahí que en principio se pueda sostener que resulta procedente en toda clase de sentencias, al no indicarse expresamente limitación alguna. No obstante la doctrina española, admitiendo las sentencias de condena, tiene reparos en las declarativas y constitutivas.

Así algunos estiman que siendo la situación jurídica cautelable las obligaciones de hacer, no hacer y dar una cosa determinada ello restringe su aplicación a las sentencias de condena, o en su caso pretensiones que lleven anexas otras condenatorias<sup>163</sup> sin embargo, conservando la hipótesis de paridad entre asegurar la efectividad y asegurar la ejecución resulta inviable aumentar el campo del precepto a otro tipo de sentencias distintas que las de ejecución<sup>164</sup>. Pero, a falta de prohibición legal y como indica Ortells “el precepto no dice, a diferencia de otros casos, que su cumplimiento tenga que estar reclamado en el proceso” nada impide admitir otra clase de pretensiones. Por lo demás debemos considerar que existen cautelares típicas destinadas a asegurar procesos cuyas pretensiones son meramente declarativas o constitutivas<sup>165</sup>

Pero en los últimos años de vigencia de la LEC 1881, la doctrina española ha experimentado un cambio en esta materia, así una interpretación extensiva de éstas medidas admite en la calificación de medidas indeterminadas tanto a las de carácter asegurativo como, y excepcionalmente, aquellas de fines anticipativos cuyo

---

<sup>162</sup> Similar al artículo 700 CPC italiano al disponer que “Fuera de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo, quien tenga fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria, se halle éste amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir por escrito al juez las providencias de urgencia que, según las circunstancias, aparezcan más idóneas, para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo”. En el CPC italiano de 1865 no existió una norma semejante, Chiovenda mediante una interpretación sistemática arribó a concluir que existiendo en otras legislaciones una regulación general de las medidas cautelares (935-945 de la Z.P. O. Alemana), entonces en el Código italiano de 1865 debía considerarse existente, implícitamente, “la figura general de la providencia provisoria cautelar”, otorgando al juez la facultad de determinar su oportunidad y naturaleza.

<sup>163</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, Sobre las medidas..., Ob. Cit., p. 54

<sup>164</sup> Opinión de CARRERAS LLANSANAS, J, las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento civil, Estudios de Derecho Procesal, con Fenech, Barcelona, 1962, p. 567 a 591, donde el sistema de determinación de las medidas del artículo 1428 comienza de la predeterminación respecto de la ejecución

<sup>165</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, Sobre las medidas..., Ob. Cit., p. 54

objeto sea, y atendiendo a la necesidad de aseguramiento, garantizar la efectividad de sentencias, sean constitutivas o declarativas. Se llega a dicha conclusión de acuerdo al tenor literal del art. 1428, pues resulta que al oponer la expresión "asegurar la efectividad" (que dice la norma) con la de "asegurar la ejecución" ya que "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"<sup>166</sup>.

No obstante, lo anterior no es seguido por nuestro legislador. Por esto la tarea del intérprete debe seguir otra ruta, en cuya búsqueda le serán provechosas las restantes normas que se refieren a las medidas precautorias y el propósito perseguido por ellas.

Con todo, cabe recordar que se ha comprobado que las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno persiguen fines más amplios que los asegurativos patrimoniales que clásicamente se les ha atribuido<sup>167</sup>

En relación a los conflictos que se enfrenta el intérprete, Ortells los define a propósito de las medidas indeterminadas españolas, indicando 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"<sup>168</sup>.

Entonces ¿qué debemos entender por asegurar la efectividad de la sentencia? Si tuviéramos respuesta a esta interrogante, demás está decir que facilitaría este trabajo pero, por el contrario, este es uno de los puntos más

---

<sup>166</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, Sobre las medidas..., Ob. Cit., p. 64-62 A 66

<sup>167</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 469

<sup>168</sup> Visto en MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 469, ORTELLS RAMOS, Manuel, Sobre las medidas..., Ob. Cit., p.64; CALDERON CUADRADO, indica 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 nº 170 pie de página.

complicados ya que existen distintas interpretaciones doctrinarias al respecto, lo que a su vez influye directamente en el contenido que dé a la norma.

Siguiendo la situación de España, podemos resumirlas en dos vertientes:

1. Si se concibe como simple aseguramiento de su ejecución forzosa de acuerdo a los medios legalmente previstos, ello limita las medidas aplicables.

2. Si se asimila a garantizar los efectos del proceso principal, en condiciones de plena utilidad, el artículo 1428 obtiene nuevos contenidos.

Si bien la mayoría de la doctrina española acoge la primera opción, predominando el aseguramiento sobre la efectividad (equiparada a la ejecución forzosa) al día de hoy en doctrina y jurisprudencia se ha empezado a rescatar esta segunda opción.

Reviste importancia este punto no solo en cuanto a los límites que se fijan a la expresión legal y en consecuencia, el contenido de la norma, sino que además, y ligado a lo anterior, a la ejecución de la medida, acaso comprende solo aquellas previstas por el legislador o bien abarcaría formas de actuación de la resolución cautelar no necesariamente previstas, pero necesarias en atención a la situación requirente de cautela e idóneas en todo caso para asegurar su ejecución.

Ahora nos corresponde analizar lo relativo a los efectos que se producen con ocasión de estas medidas, ¿acaso se restringen a ser meramente aseguratorias o incluso pueden llegar a ser provisionalmente satisfactivas?

Siguiendo en este punto la doctrina española, y lo expuesto por Calderón<sup>169</sup> mientras el primer efecto es unánimemente aceptado si bien la satisfacción provisional fue desechada en un comienzo al día de hoy es parte del debate doctrinal.

Como indica Calderón “hoy podemos afirmar que no siempre es suficiente para evitar el peligro de la duración del proceso con el mantenimiento del *statu quo* inicial. La efectividad de la tutela judicial, la plena utilidad de la sentencia exige algo más, la innovación del mundo exterior aunque de ella se desprenda una satisfacción

---

<sup>169</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 127 a 131

previa, pero siempre provisional, de la pretensión deducida en el proceso principal.”<sup>170</sup>

Luego, aunque se le niegue tal carácter, en ocasiones se han consagrado normas donde se contemplan medidas cautelares anticipatorias, en todo o parte, de la sentencia final.

En tal sentido entonces, el artículo 1428 LEC al “asegurar la efectividad” en un sentido amplio, sin aludir a las normas ejecutivas, unido al carácter de norma de clausura, nos permite afirmar la posibilidad de disponer medidas cautelares destinadas (siempre que tenga por presupuesto asegurar la efectividad de la sentencia) desde asegurar la ejecución forzosa hasta satisfacer provisionalmente la pretensión principal.

Así los términos amplios en que se consagra la norma, como situaciones aisladas en que el legislador español reconoce medidas cautelares de provisional satisfacción<sup>171</sup> y un principio constitucional que lo autoriza, bastarían para concluir el doble contenido del precepto.

Entendemos por efectos meramente asegurativos aquellos que responden al concepto clásico de cautela, en su sentido más estricto les corresponde “mantener o conservar una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan efectivamente hacerlo sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud”<sup>172</sup>.

Mientras los segundos comprenden efectos innovativos y anticipatorios de la tutela judicial que se conceda en la *litis*, siendo provisionalmente satisfactivos, adelantando ya en forma total o solo en parte, el contenido de la futura sentencia

---

<sup>170</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p.128

<sup>171</sup> al respecto CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p.128 da el siguiente ejemplo, a propósito del artículo 134 de la ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes “se podrán adoptar como medidas cautelares las que aseguran debidamente la completa efectividad del eventual fallo que en su día recaiga y en especial las siguientes:

1.<sup>a</sup> La cesación de los actos que violen el derecho del peticionario.

2.<sup>a</sup> La retención y depósito de los objetos producidos o importados con violación de su derecho, y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado.

3.<sup>a</sup> Al afianzamiento de la eventual indemnización de daños y perjuicios.

4.<sup>a</sup> Las anotaciones registrales que procedan.”

<sup>172</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, Derecho Jurisdiccional II-2º, Ob. Cit., p. 268

que ha de recaer en la *litis*, toda vez que en la situación concreta se presente como imperiosa la satisfacción anticipada del solicitante.

Pero el límite entre ambos efectos no es completo, pues media entre aquellos los denominados efectos de conservación<sup>173</sup>, o de regulación consistentes en mantener o, en su caso, modificar la situación inicial, para garantizar la efectividad de la tutela concedida en el proceso principal.

Sin perjuicio de que en algunas legislaciones estas medidas tengan un origen común con las de aseguramiento, como sucede en el sistema alemán (párrafo 935 a 940 ZPO) el avance de estas viene a demostrar la adopción de medidas provisionalmente satisfactivas.

En nuestro país, y según lo expuesto por Romero, el hecho que el legislador exija al solicitante caución, como requisito esencial para conceder esta clase de medidas, le concede un mayor campo de acción tanto al actor como al juez que debe otorgarla. A partir de esto entonces se plantea el problema de determinar cuáles son los efectos de la medida, si acaso solo pueden ser de efectos conservativos o se admiten innovativas e incluso anticipativas.

Admitiendo indiscutiblemente los efectos conservativos o de mantenimiento del *satus quo*, mediante el cual se persigue restablecer el equilibrio en los derechos entre el actor y el sujeto que crea la situación de peligro, que la medida viene a proteger, acepta también la producción de efectos innovativos, siempre que se trate de circunstancias excepcionales y con el objeto de impedir el abuso del derecho. Arriba a tal conclusión de acuerdo a lo que sucede a propósito del recurso de protección que, mediante la orden de no innovar ha permitido la producción de efectos cautelares innovativos, no existiendo impedimento respecto de los jueces civiles para decretar esta clase de medidas, dándose como ejemplo clásico, la suspensión de los efectos de los actos administrativos.

Con todo, atendiendo al contenido de la norma y desde un punto de vista negativo, el juez debe recordar que la potestad cautelar no puede entorpecer en los actos de otros tribunales, en consecuencia no podría perseguir, mediante esta clase de providencias, detener la actividad de otro juez, sea ordinario, especial o arbitral,

---

<sup>173</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, Derecho Jurisdiccional II-2º, Ob. Cit., p. 269

para evitar, entre otros, la continuación del juicio o interrumpir la producción de efectos de una determinada resolución. Esta regla se funda en el principio de independencia interna del Poder Judicial la que a su vez se evidencia en las reglas de radicación y de la extensión (artículos 109 y 111 del COT). En consecuencia, el órgano que este conociendo del asunto es libre para desempeñar la potestad cautelar, no pudiendo entorpecer su labor otro órgano de igual jerarquía, sin perjuicio de lo que pueda resolver, mediante recursos, un tribunal *ad quem* principalmente, a través de los medios de impugnación que contemplen la orden de no innovar.

Sin perjuicio de lo anterior, Romero estima que no es posible, mediante esta clase de providencias, pretender la producción de efectos anticipatorios, pues ello implicaría equiparar el fondo de la sentencia con la medida cautelar. Luego, si para obtener la concesión de una medida precautoria se exige la verosimilitud del derecho, en la tutela anticipada el requisito importaría la certeza absoluta del derecho que se reclama. La distinción es importante, pues de lo contrario se correría el riesgo de conceder la medida prejuzgando el asunto objeto del juicio. De admitir esta última posibilidad a propósito de las medidas precautorias, ello acarrearía desnaturalizar los fines de ellas. Por lo mismo, la medida solo permitiría adelantar algunos de los efectos de la ejecución, pero nunca todos.

La independencia entre la tutela cautelar y la de fondo se desprende de lo señalado en el artículo 290 CPC, al establecer que las medidas precautorias se confieren “para asegurar el resultado de la acción”, la que sólo puede ser resuelta en la sentencia definitiva de acuerdo al artículo 158 CPC.

Cabe también considerar y recordar que nuestro sistema cautelar se singulariza por el deber de mínima injerencia en la esfera jurídica del demandado. Si se permitiese equiparar el contenido de la sentencia y la medida cautelar importaría una abierta infracción al principio antes enunciado. Además, lo anterior aclara el por qué en nuestro sistema se admiten providencias cautelares de fines conservativos y, excepcionalmente, innovativos.

En consecuencia, no se puede pretender una ejecución anticipada a través de una medida innominada ya que estas persiguen garantizar una ejecución futura, no obtener el cumplimiento de un fallo aún ilusorio.

Pero como indicamos anteriormente, se reconocen ciertas excepciones a la regla anterior, en atención a la naturaleza del derecho cuyo auxilio se pretende, ello ocurre a propósito de la protección del derecho a la vida, la privacidad y de la honra de la persona y su familia, protección que debiese traducirse en mantener indemne tales derechos, ya que la compensación económica no restaura ni aún en lo más mínimo tales derechos.<sup>174</sup>

A propósito del carácter excepcional de la tutela anticipada, cabe señalar que en nuestra legislación esta no se encuentra regulada en términos generales, sino por el contrario, sólo se contemplan algunos casos, dentro de los cuales mencionaremos los siguientes:

1. alimentos provisionales: De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 327 CC “Mientras se ventila la obligación de prestar alimentos, deberá el juez ordenar que se den provisionalmente, con el sólo mérito de los documentos y antecedentes prestados, sin perjuicio de la restitución, si la persona a quien se demandan obtiene sentencia absolutoria.

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

Se justifica la concesión de los alimentos pues tienen por objeto asegurar la subsistencia del alimentado mientras dura el juicio. Se conceden siempre que el alimentario este de buena fe y con fundamento plausible. No se exige la concesión por el total que se hubiera pedido, basta parte de ello, pues igualmente el actor alcanza lo pretendido.

2. Orden de pago respecto de la cantidad no disputada:

Establece el artículo 1592 CC “Si hay controversia sobre la cantidad de la deuda, o sobre sus accesorios, podrá el juez ordenar, mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada.”

No es una medida precautoria ya que el juez la orden de pago la hace por aquellas cantidades no disputadas, en consecuencia anticipa la protección jurídica mediante ella.

---

<sup>174</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro, Ob. Cit., p. 47 a 49 y 57 a 59



La jurisprudencia ha resuelto que se trata de una situación distinta a la contemplada en el artículo 172 CPC pues en esta situación la cuestión sigue siendo disputa entre las partes, pero por motivos de economía procesal, nada obsta a que alguna o algunas de dichas cuestiones o parte de ellas puedan resolverse antes que otras .

### 3. Ejecución provisional de la demanda:

Se señala en el artículo 684 CPC, a propósito del juicio sumario ordinario que “En rebeldía del demandado, se recibirá a prueba la causa, o, si el actor lo solicita con fundamento plausible, se accederá provisionalmente a lo pedido en la demanda.” En este caso, la anticipación de tutela tiene su fundamento en la sanción impuesta al demandado rebelde. Es una forma de tutela anticipada bastante particular, pues se concede lo pedido antes de dictarse sentencia definitiva, sin perjuicio de lo que ahí pueda resolverse y de la posibilidad contemplada en el inciso segundo del artículo antes indicado, donde se permite al demandado oponerse al otorgamiento anticipado de lo pedido.

### 4. La ejecución provisional de la sentencia:

Constituye una situación excepcional al principio *appellatione pendente nihil innovandum*. Encontramos esta especie de tutela anticipada en materia de efectos de los recursos, particularmente las sentencias que causan ejecutoria.

Cabe recordar que las sentencias que causan ejecutoria no fueron reconocidas por legislador sino hasta la reforma de la ley N° 7.760, publicada el 5 de febrero de 1994, así el antiguo artículo 236, actual 231 CPC, sólo admitía que se pudieran cumplir las resoluciones ejecutoriadas.

Son sentencias que causan ejecutoria aquellas que pueden cumplirse no obstante existir recursos pendientes en su contra. Se justifica tal posibilidad por motivos de política legislativa y para lograr una mayor rapidez en los juicios, aún cuando hayan posibilidades de que el tribunal *ad quem* que conozca de la cuestión vía recurso, deje sin efecto lo decidido en la resolución recurrida.

En este caso se posibilita al actor el goce completo de lo pedido, no solo en parte, tal como si la sentencia estuviera firme.

Encontramos estas situaciones cuando se concede un recurso de apelación en el sólo efecto devolutivo de acuerdo al artículo 192 inciso °1, en este caso el tribunal de primera instancia sigue conociendo del asunto hasta su conclusión, pero queda sujeto a una jurisdicción condicional la que se traduce en que el tribunal superior confirme la resolución apelada ya que si la revoca, todo lo obrado en primera instancia con posterioridad a la interposición del recurso queda sin valor alguno. En oposición a ello encontramos la orden de no innovar, petición hecha ante el tribunal de alzada, y ordenada por este, a fin de obtener la suspensión de los efectos de la resolución recurrida o paralizar su cumplimiento, según corresponda.

También se produce a propósito del recurso de casación según los artículos 772 y 773 CPC, relativo a los efectos de la interposición del recurso en el cumplimiento del fallo, donde aparece con más claridad que la interposición del recurso no suspende sus efectos, en este caso se exige la fianza de resultas por el interesado o vencedor, interesado en ejecutar provisionalmente el fallo, respetando la igualdad entre las partes mediante el equilibrio en sus derechos.

También se produce a propósito del juicio ejecutivo, artículos 475 y 512 CPC.

##### 5. Cumplimiento anticipado de una servidumbre

La situación más evidente la encontramos en el artículo 123 del Código de Minería al señalar “Mientras se tramita el juicio respectivo, el juez podrá autorizar al solicitante para hacer uso, desde luego, de las servidumbres pedidas, siempre que rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones a que pueda ser obligado.”

En Argentina, Azari al tratar el supuesto de “asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia” se cuestionan como han de comprender las expresiones asegurar la efectividad (como en el art. 1428 LEC) o cumplimiento, como , desde un punto de vista clásico, su función asegurativa o conservativa siendo una garantía a la ejecución forzada de la sentencia recaída en la *litis* o le asignan un contenido más vasto pudiendo incluso conseguir la satisfacción de la pretensión objeto de la *litis*, inclinándose estos por la segunda opción, sin dejar en todo caso de realizar algunas precisiones.

Señalando también como ejemplo la situación española, donde la jurisprudencia evidentemente contraria a la opción anticipativa, con el devenir del tiempo ha mostrado algunos cambios, mientras que la doctrina, siguiendo a Calderón señala que “la elasticidad del precepto, así como su función de norma de clausura, permite sostener que la medida cautelar a adoptar puede estar dirigida – siempre claro está, que se perfile como necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia-, tanto a garantizar la ejecución forzosa, como a satisfacer de modo provisional la pretensión principal”<sup>175</sup>.

Indican que lo anterior no solo constata la transformación que ha experimentado en cuanto al alcance que se les da a las medidas precautorias, sino también el valor que reviste la cautelar genérica dentro de un sistema general, suplir los problemas o deficiencias de las medidas típicas. Luego su aplicación deberá tener lugar siempre que exista un perjuicio inminente e irreparable, incluyéndose el cumplimiento provisional de la sentencia definitiva, siempre que el caso concreto así lo requiera.

Con todo, tales medidas no pueden transformarse en un milagro al cual se pueda asistir en todo momento para lograr en poco tiempo una eficiente solución que no da el proceso ordinario, estiman pues su carácter excepcional es pos de la “eficacia del proceso”<sup>176</sup>.

Peyrano<sup>177</sup> ha indicado que la medida cautelar innovativa, en alguna de sus variantes, podría fundar o representar un otorgamiento anticipado de la futura sentencia de mérito. En el mismo sentido, De Lázzari<sup>178</sup> señala la concordancia que puede existir entre la medida cautelar y el contenido mismo de la sentencia pretendida, así algunos estiman que a falta de regulación expresa, el artículo 232 del Cód. Procesal faculta al juez a dictar esta clase de tutelas<sup>179</sup>.

---

<sup>175</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 127 y 129

<sup>176</sup> AZARI, Ronald, Medidas cautelares, Ob. Cit., p. 300

<sup>177</sup> Visto en AZARI, Ronald, Medidas cautelares, Ob. Cit., p. 300, PEYRANO, Jorge, Conf. la medida cautelar innovativa como anticipo de la sentencia de mérito, JA, 1993-II-794

<sup>178</sup> Visto en AZARI, Ronald, Medidas cautelares, Ob. Cit., p. 300 Conf. Lázzari, protección cautelar del derecho a la intimidad, JA, 1990-I-906

<sup>179</sup> Visto en AZARI, Ronald, Medidas cautelares, Ob. Cit., p. 301 Berizonce, tutela anticipada y definitiva, JA, 1996-IV-741

Mientras que en Colombia se consagra una medida cautelar anticipada, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 590 del CGP letra c) al utilizar la expresión “asegurar la efectividad de la pretensión” la cual persigue evitar que se produzcan daños a causa de la duración del proceso sin aludir a la fructuosidad de la sentencia, pues para ello se encuentran las medidas determinadas<sup>180</sup>

Cabe también referirnos a la situación de Brasil quienes partiendo de una tutela cautelar, destinada a garantizar la utilidad del proceso atendiendo a la protección del derecho material, debido a la existencia de nuevos derechos unido a la lentitud de los procesos, conduce a que la acción cautelar innominada pase a ser ocupada como un medio para abreviar los procesos de conocimiento, consiguiendo la pretensión rápidamente. Al tiempo sobreviene una reforma en el Código de Proceso Civil de Brasil en donde se consagra una tutela con efecto anticipatorio, lo que contribuyó a la celeridad y productividad de la justicia civil; y también una técnica anticipatoria contra el abuso del derecho de defensa consistente en distribuir la carga del tiempo para la realización del proceso independiente de haber *periculum in mora*. Sin perjuicio de las reformas expuestas se consideró la necesidad de consagrar una tutela civil contra el acto contrario a derecho, al momento de querer separar la acción cautelar de la inhibitoria, ya que mientras la primera supone la posibilidad de perjuicio la segunda responde al acto contrario a derecho, por lo demás, la acción inhibitoria garantiza el derecho material, en consecuencia no reviste el calidad de instrumental<sup>181</sup>.

Otro sector de la doctrina indica que la tutela anticipatoria difiere de la cautelar, no debiendo comprenderse la primera dentro de la última, mientras otros estiman que la actividad anticipatoria no deja de ser cautelar pues la provisionalidad, aspecto determinante, se conserva totalmente, ya que resulta imprescindible el

---

<sup>180</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, Medidas cautelares innominadas, Ob. Cit., p. 313

<sup>181</sup> MARINONI, Luiz, La evolución de la técnica anticipatoria y de la tutela preventiva, visto en: [http://www.lex.com.br/doutrina\\_24612515\\_LA\\_EVOLUCION\\_DE\\_LA\\_TECNICA\\_ANTICIPATORIA\\_Y\\_DE\\_LA\\_TUTELA\\_PREVENTIVA.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24612515_LA_EVOLUCION_DE_LA_TECNICA_ANTICIPATORIA_Y_DE_LA_TUTELA_PREVENTIVA.aspx), [visitado el: 05/01/2015]

pronunciamiento de una sentencia sobre el mérito que ratifique lo desarrollado desde la medida<sup>182</sup>.

Siguiendo la situación de España, como expone Calderón<sup>183</sup> se plantea el problema de determinar si existe o no una conexión entre las medidas cautelares y el proceso ejecutivo, luego la postura que se siga también se encuentra vinculado a los efectos que le atribuyamos a dichas medidas.

Así, aquellos que postulan efectos meramente asegurativos, y siguiendo lo enunciado por Tapia<sup>184</sup>, estas medidas deben estar “en función de las medidas ejecutivas que tiene prevista la Ley para el caso de asegurar la efectividad de una sentencia de condena a dar, hacer, no hacer”. La homogeneidad de las cautelares, pero no identidad<sup>185</sup> con las medidas previstas en el procedimiento ejecutivo, obstan ir más allá de la regulación legal, debiéndose “rechazar toda medida que no esté prevista en nuestro ordenamiento positivo como apta para asegurar la efectividad de una sentencia”.

Siguiendo a Calderón, consideramos bastante restringida dicha postura por diversas razones. Primero porque si esa hubiera sido la intención del legislador, aquel en el artículo 1428 se hubiera remitido a las normas que tratan la ejecución forzosa, pero en este caso, al contrario, utiliza la expresión “siempre” dando cabida a que, cualquiera sea la postura que se adopte, contenga el aseguramiento, pero sin restringir la medida que pueda dictarse. Por lo demás la defectuosa regulación en materia de medidas ejecutivas de garantía en las obligaciones de hacer, no hacer y dar produce duda acerca el simple aseguramiento, pues dichas normas lo dirigen forzosamente al embargo preventivo, lo que también implica desconocer otras medidas ejecutivas especiales que pudiesen aplicarse.

De admitirse una tutela anticipativa entonces surge un nuevo problema, pues atendiendo a que las medidas innovadoras satisfacen, sea en todo o parte, la

---

<sup>182</sup> Visto en AZARI, Ronald, Medidas cautelares, Ob. Cit., p. 300 De lázzari, la cautela material, ponencia en las VII Jornada Bonaerenses de Derecho Procesal, Civil y Comercial, 5 a 7 de septiembre de 1996.

<sup>183</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 131 a 138

<sup>184</sup> Visto en CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 131, TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, El artículo 1428 de la LEC, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Revista Jurídica general, núm. 6, 1985, nov.-diciembre.

<sup>185</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 59 a 62

pretensión principal<sup>186</sup> dicha satisfacción ¿es la legalmente prevista?, debiendo entonces concordar con las concretas medidas ejecutivas o ¿puede extenderse? es decir, pretender alcanzar la efectividad a través de medidas distintas a las previstas en la ley.

Desde el punto de vista de la tesis restrictiva, al postularse la correlación entre la medida cautelar y ejecutiva, superando la homogeneidad y no identidad entre ambas, tratándose de obligaciones de hacer y no hacer, al disponer la ley como límite al cumplimiento de estas la infungibilidad de la prestación, aquel también resultaría ser aplicable a la resolución cautelar. El problema en este punto, es que aplicaríamos una restricción única y general no establecida por el legislador y además significaría ignorar la función de la tutela cautelar. De ahí que las desventajas que presenta esta concepción restringida nos hacen volcar nuevamente a los argumentos dados en relación a aquellos que propugnan un concepto amplio de efectividad, dando espacio a la aplicación de cualquier medida, aún no catalogada dentro de las ejecutivas, que responda a la función cautelar y en definitiva garantice la efectividad de la sentencia.

En el caso de obligaciones de dar una cosa determinada, el pretendido aseguramiento se obtendrá, principalmente, por aplicación de medidas cautelares en sentido estricto. No obstante, surge un problema cuando la medida consiste en entregar la cosa, pues en tal caso ello no solo implicaría adelantar una –probable- solución favorable, sino además satisfará provisionalmente al actor. En todo caso, debemos indicar como límite, en principio, el consumo de la cosa, pues se opone a la naturaleza provisional. Con todo debe permitirse el consumo en ciertos casos, como por ejemplo tratándose de cosas perecederas, al ser la única medida posible, produciéndose como consecuencia de aquello una situación irreversible tanto para el solicitante como para el demandado, resguardando el legislador los derechos de este último mediante el otorgamiento de fianza exigida como contrapartida para la concesión de la medida.

Tratándose de obligaciones de hacer o no hacer, no infungibles, no hay impedimento para que puedan satisfacerse de forma anticipada. No obstante, si la

---

<sup>186</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, Sobre las medidas..., Ob. Cit., p. 64

obligación es de no hacer surge un problema pues en ese caso la medida ejecutiva no consiste en un apremio, sino que pasa a ser una obligación pecuniaria, entonces surge la duda acaso se podría o no disponer como medida cautelar la entrega de una suma de dinero o en su caso disponer una medida distinta, desconociéndose entonces el contenido de la obligación que sustituyó la primitiva.

Aceptándose la tutela provisionalmente satisfactiva, nada obsta a que la cautelar consista en entregar una suma de dinero, ello porque basándonos en que resulta indiscutible la posibilidad de disponer un embargo preventivo de acuerdo al artículo 1428 LEC para garantizar una obligación de hacer o no hacer, entonces no podría impedirse solicitar y consecuentemente conceder una cautelar anticipatoria de la ejecución de aquella obligación pecuniaria a que daría lugar el incumplimiento específico.

Sin embargo, en cuanto a la segunda situación, la respuesta que se dé se encuentra supeditada al respeto de los derechos constitucionales, ya que si la obligación es de hacer y personalísima, nadie puede ser constreñido a su cumplimiento.

Pero los problemas en torno al efecto provisionalmente satisfactivo, hasta el momento expuestos, no son los únicos, pues siendo instrumentales, principalmente de las sentencias condenatorias, en principio ello no debiese impedir que se desempeñen de igual modo respecto de resoluciones meramente declarativas y constitutivas, como sucede a propósito de la anotación preventiva de la demanda. Entonces resta preguntarnos si los efectos satisfactivos ¿se limitan a las sentencias condenatorias o resultan igualmente procedentes tratándose de resoluciones meramente declarativas y constitutivas?

Aquellos que postulan la amplitud de la norma, estiman que la expresión “asegurar la efectividad” admite ampliar el campo de aplicación de la norma, comprendiendo sentencias condenatorias, declarativas y constitutivas, y por ende ampliando también el contenido de la norma, es decir la producción de efectos aseguratorios o provisionalmente satisfactivos, en su caso.

Sin embargo, resulta contraproducente que una sentencia declarativa pura se pueda anticipar la totalidad de sus efectos. Considerando que el presupuesto

esencial para decretar la medida es el *fumus boni iuris*, como señala Frisina<sup>187</sup> “constituye la antítesis entre la certeza de las relaciones jurídicas en la cual (consiste y) se resuelve la tutela de mera declaración y la naturaleza hipotética y provisional del juicio cautelar”.

Luego, frente a esta situación la respuesta ha de ser negativa, como indica Calderón<sup>188</sup> “¿cómo podría permitirse adelantar el efecto de certeza que produce la sentencia meramente declarativa, en base a una simple verosimilitud?”. Con todo, debemos considerar que así como basta cumplir con el *fumus* para obtener que se decrete una medida provisionalmente satisfactiva, tratándose de una sentencia condenatoria, asimismo podría entonces anticipar los efectos de una sentencia declarativa o constitutiva, siempre que sea necesario para asegurar la efectividad de la sentencia que sobre ella recayere.

Podemos entonces concluir que siendo difícil emitir un juicio anticipado sobre este punto, la tutela cautelar debiese resolverse en términos de probabilidad de buen derecho, enfatizando en todo caso, el hecho de existir una auténtica necesidad.

De lo expuesto, y a la luz de nuestro sistema podemos señalar que son dos inconvenientes los que obstan a seguir avanzando en esta materia. Por una parte, la falta de pautas deja totalmente desprovista la labor de nuestra jurisprudencia, haciendo dificultosa su labor de desarrollar el contenido del artículo 298 al momento de concretarlo en una situación particular, y en consecuencia le impide plantear soluciones dúctiles para atacar, no solo el peligro de infructuosidad, sino que en general toda clase de peligro, que estimamos debe ser el fin último, pues solo de ese modo cumpliría los fines por los cuales el legislador decidió consagrar esta clase de norma.

A lo anterior, se suma un factor psicológico inmerso en la judicatura chilena que resulta contrario a interpretaciones que se distancien de la letra de la norma. Por lo anterior surge la necesidad que no solo en el campo doctrinario, sino también en la judicatura, se entienda e internalice que nuestro CPC prevé medidas que

---

<sup>187</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 137 y 138

<sup>188</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 138



responden a fines que superan la mera aseguratividad, pudiendo incluso responder a fines anticipativos que pueden lograrse mediante las medidas indeterminadas.

Sin bien la norma, en sus orígenes, consideraba un criterio fundamentalmente asegurativo, estimamos que ello no debiese ser impedimento a evolucionar en estas materias y así poder interpretarlas de acuerdo con la nueva realidad chilena.

La importancia de la efectividad de la ejecución de la sentencia al tiempo de pronunciarse, si bien se garantiza impidiendo al demandado la dispersión de sus bienes, en ocasiones tal medida resulta insuficiente, no necesariamente por el temor a la pérdida de los mismos, sino también por otras causas, como la naturaleza de las cosas objeto de la *litis* y el riesgo de extinción de las mismas en el devenir hasta el momento de la ejecución, siendo necesario en tales situaciones otras soluciones que no pongan en peligro la pretensión del demandante pero que tampoco importe un perjuicio al demandado, apareciendo en este caso la anticipación provisoria, como efecto de una medida cautelar, lo suficientemente útil, pues al acceder provisionalmente a la decisión de mérito concediendo lo solicitado, impide que el cumplimiento de la sentencia pueda frustrarse dada la tardanza en su pronunciamiento. Luego, frente a estas situaciones nada obsta a que el juez pueda disponer providencias bastante dúctiles, a fin de combatir el *periculum in mora*, fundado en el peligro de retardo, más que en el peligro de infructuosidad.

De modo que el juez, frente a casos urgentes, y sólo por excepción, cuando concediendo anticipadamente la pretensión al actor se evite la producción de perjuicios irreparables para el demandante el juez, en el ejercicio de la facultad que le confiere la ley, debe exigir caución al actor a fin de precaver los perjuicios que pudieren originarse en el patrimonio del demandado con ocasión de la concesión anticipada de lo pedido, bajo la circunstancia en que finalmente se pruebe que la pretensión era infundada.

Para estos efectos será entonces necesario determinar, desde un comienzo, los intereses económicos en discusión, particularmente si es el demandante o demandado quien está en mejores condiciones económicas para soportar - provisionalmente- el peligro a la inseguridad que implica todo proceso y así entonces

evitar que cualquiera de los intervinientes sufra algún perjuicio irreparable. Entonces la pregunta es ¿quién asegura satisfactoriamente el resultado final de la litis al menor costo posible? Tradicionalmente diremos el demandante, a quien se otorga la medida a fin de resguardar los probables perjuicios en el patrimonio del demandado, pero ¿por qué no podría darla el demandado? Con el objeto de evitar la concesión de la medida, y así garantizar los resultados del juicio<sup>189</sup>.

En relación a los fines que se persiguen con la medida, surge un nuevo punto a tratar, relativo a la ejecución de la misma, en aquellos casos en que el demandado no se allane voluntariamente a cumplir lo ordenado, surgiendo entonces la duda de ¿a qué medios puede acudir el juez para obtener el cumplimiento? En este caso, nuevamente la respuesta se encontrará condicionada al concepto que se siga a propósito de la expresión “asegurar la efectividad”.

Atendiendo la situación española bajo el imperio de la LEC, siendo la ejecución de la medida indispensable para obtener el fin de la misma y a falta de mecanismos para ello, que se encuentren contemplados en el artículo 1428 LEC (sin perjuicio de normas particulares que responden a fines cautelares y contemplan mecanismos para obtener su cumplimiento), las normas aplicables entonces serían las generales consagradas en la LEC en relación a la ejecución forzosa.

Siendo la última idea concordante con una concepción restringida del artículo 1428 LEC, reduciéndose el contenido y, en consecuencia, los instrumentos para llevarla a efecto, se vislumbra dificultosa la tarea de lograr la efectividad de la sentencia.

Sin embargo, lo anterior resulta sin sentido desde un punto de vista amplio del mismo artículo, pues en tal caso debiese permitirse medidas que no solo vayan más allá de un simple aseguramiento sino incluso medidas diferentes a las legalmente previstas para garantizar la ejecución ordinaria en atención al objetivo final de asegurar la ejecución.

El olvido del legislador reflejado en la falta de límites tanto de medidas aplicables como, y a diferencia del proceso ejecutivo, el respeto al principio de tipicidad de forma, disponiendo únicamente que la medida ha de ser “necesaria para

---

<sup>189</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 468

asegurar la efectividad de la sentencia” importa que en ocasiones deban adoptarse medidas y su correlativa ejecución acorde al contenido de la situación, aún cuando ello importe alejarse de la forma ordinariamente prevista en la ley.

De modo que al no remitirse el artículo 1428 LEC a normas de ejecución ordinaria, significaría que podrían llevarse a cabo del modo que fuera más conveniente o adecuado en razón del aseguramiento de la efectividad de la sentencia, siempre que no fuere prohibido y respetando los derechos constitucionales, pudiéndose disponer como medidas aquellas contenidas en la LEC, en otros cuerpos legales o leyes especiales.

Pese al carácter de innominadas, atendiendo lo dispuesto en el artículo 18.2 LOPJ al disponer que “Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria”<sup>190</sup> nace la pregunta si acaso “¿puede el Juez utilizar astringencias o, más en general, medios de coacción o medidas coercitivas?”<sup>191</sup>

A falta de tipicidad que se refiera a la ejecución de la medida junto a la necesidad de asegurar la efectividad y por aplicación del artículo 18.2 LOPJ se estima que el juez si puede utilizar medidas coercitivas para obtener el cumplimiento de la medida.

Tratándose de los derechos fundamentales<sup>192</sup> se plantea la insuficiencia del tratamiento indemnizatorio como sustitutivo del cumplimiento específico en aquellos casos que la naturaleza de la obligación y la insuficiencia normativa obligan al litigante que obtuvo a su favor resignarse a algo diferente a lo que pretendido y en caso alguno equivalente, como indica Ortells<sup>193</sup> lo encontramos a propósito de derechos de naturaleza no patrimonial o derechos patrimoniales donde la indemnización resulta inapropiada ya sea para satisfacer necesidades básicas, dificultades que obsten al cálculo, o situación económica deficiente del demandado. La incompatibilidad antes expuesta obliga a hacer ciertas consideraciones previas,

---

<sup>190</sup> Visto en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666> [visitado el: 05/01/2015]

<sup>191</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, Sobre las medidas..., Ob. Cit., p. 65

<sup>192</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p.146 a 156

<sup>193</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, Sobre las medidas..., Ob. Cit., p. 64 y 65

pues en este caso solo nos referiremos a aquellos derechos subjetivos privados, susceptibles de cautela en el orden civil.

Luego, son dos las preguntas que surgen a propósito de este punto, si acaso disponen los particulares de medios para lograr seguridad y efectividad de sus derechos, si tales medios resultan ser o no idóneos y si es posible lograr su cumplimiento forzosamente.

Se estima que, sin perjuicio de los medios que franquea el legislador a propósito de estas materias, nada obsta la utilización de las medidas dispuestas en el artículo 1428 complementando la probable insuficiencia e incompatibilidad de las especialmente dispuestas, para asegurar la efectividad de derechos constitucionales, básico en un Estado de Derecho. Pero para cumplir con ello no sólo será necesario que la medida a dictar pueda y deba ir más allá de un simple aseguramiento sino además, que sea posible obtener su cumplimiento disponiendo inclusive, de ser necesario, de medidas coercitivas.

Finalmente nos resta tratar el presupuesto, aunque recogido con diversas expresiones por los ordenamientos jurídicos, de “necesidad de la medida”. En general, entendemos por necesario algo que resulta ser indispensable o imprescindible para lograr un objetivo. Tratándose de la norma en análisis ello implicará que el juez de forma previa deberá certificar tal necesidad, junto con el aseguramiento de la efectividad de la sentencia.

Con todo, y tal como indica Ortells<sup>194</sup> la expresión en análisis “desarrolla en el precepto una doble función: por un lado, es el concepto jurídico indeterminado que autoriza y delimita la especificación de las medidas adoptables y de los “*pericula*” relevantes para cada una de ellas; por otro lado, subordina la adopción de tales medidas a la concreta concurrencia de las circunstancias que las hacen necesarias” sin perjuicio de encontrarse estrechamente vinculadas ambas funciones, en este caso nos referiremos a los límites en el contenido de la norma.

Si bien el legislador no regulo los eventuales efectos que se producirían en caso de decretarse una de estas medidas, tampoco dejó espacio a una total discrecionalidad judicial, pues dentro de los criterios a considerar encontramos el de

---

<sup>194</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, Sobre las medidas..., Ob. Cit., p. 56

necesidad, lo que implica que la medida solo podrá disponerse en cuando se verifique una necesidad de aseguramiento y en proporción o medida a tal necesidad.

Con todo, dicha labor no resulta fácil, debiendo él juez en primer lugar analizar, constatar y referirse al *periculum in mora*, requisito previo, en todo caso, a la delimitación de la medida que, en este caso y atendiendo a la “necesidad” se traduce en la existencia de un peligro cuya producción se intenta evitar mediante la cautelar. Así este requisito se concreta en un doble nivel en la medida, por una parte aparece como respuesta a la necesidad de tutela cautelar general, o sea su concreción solo será procedente cuando se muestre como necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia, pues de no verificarse el *periculum*, o sea sin existir peligro, deberá entonces desestimarse la solicitud por falta de fundamento y, por otra parte, aparece como la necesidad de salvaguardia pedida en atención al peligro cuya producción que quiere evitar, ello porque la medida que disponga el juez dependerá del riesgo particular cuya producción se quiere impedir. En relación al último punto, como se desconoce cuál es el peligro protegido en el artículo 1428 LEC, debiendo el juez determinarlo caso a caso, ello significaría que en principio tampoco existirían restricciones en cuanto a la medida aplicable, pudiendo disponerse cualquiera que en todo caso resulte idónea para enfrentar el peligro. Luego la multiplicidad de medidas susceptibles de aplicar se reduce por aplicación del factor idoneidad.

Se estima que reviste especial importancia verificar el requisito en comento a propósito de aquellas medidas de efectos provisionalmente satisfactivos pues, como mencionamos en su oportunidad estas pueden, eventualmente, producir consecuencias irreversibles.

Siguiendo lo expuesto por Calderón<sup>195</sup>, a falta de enunciación, en tal sentido en el artículo 1428 LEC, es que se asista a otros ordenamientos en búsqueda de pautas que sirvan a determinar tales medidas, así recurre a lo dispuesto en el artículo 700 CPC italiano, para los efectos de considerar la eventual existencia de un perjuicio grave e irreparable contra el solicitante, dificultando una reintegración total, en caso de no otorgarse la medida. Con todo el juez también deberá considerar que

---

<sup>195</sup> CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p.153

la medida resulte ser idónea y adecuada para garantizar la efectividad de la sentencia que en el proceso principal recayere, teniendo énfasis en el respeto y cumplimiento al carácter instrumental de la medida. En todo caso tal necesidad también debe determinarse en consideración al sujeto pasivo de la medida.

Luego, la necesidad aparece como un elemento delimitador del contenido de la posible medida a decretarse por el juez, pues de las, en principio, amplias posibilidades que se presentan, tales van acotándose mediante el cauce que forman variados factores a considerar por el juez tales como el peligro que se pretende evitar, el que actúa como presupuesto y límite; luego la pretensión objeto de la *litis* principal, pues una o varias medidas cautelares a adoptar en razón de su carácter instrumental, deben estar en directa relación con aquella y cuyo *periculum in mora* han de contrarrestar, lo que evidencia su idoneidad, debiendo entonces ser adecuadas para garantizar la efectividad de la cuestión principal, debiendo finalmente el juez, para terminar de caracterizar la medida a aplicar, determinar el contenido concreto de aquella, considerando en este caso el segundo gran factor que implica la necesidad, esto es la medida o proporción de aquella, concretándose este factor en el análisis de los intereses en conflicto.

Si bien en principio, pese a las garantías y defensas previstas por la ley a la persona del demandado, en España este concepto era analizado preferentemente respecto de la persona del demandante. Al día de hoy la doctrina y jurisprudencia demuestran la importancia del análisis de ambas partes.

De acuerdo al límite por el respeto a los derechos constitucionales, inherente a las actuaciones judiciales, en relación al Auto AT Barcelona de 17 de febrero de 1997<sup>196</sup> al disponer que “la amplia facultad que, casi excepcionalmente concede tal artículo al juzgador exige extremar la prudencia en elegir la medida necesaria y su aplicación, considerando el interés del acreedor, como demandante, el del posible deudor demandado...” de lo que resulta entonces que ha de siempre considerarse y aplicarse por el juez el principio de la intervención o injerencia mínima posible, procurando así evitar un perjuicio excesivo al demandado, efecto que presenta como contrapartida, equilibrando así a ambas partes, el otorgamiento de caución por el

---

<sup>196</sup> visto en CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 155 cita nº 207 RJC 1977, págs. 83 y 84

solicitante, garantizando al demandado el pago por la eventual indemnización de perjuicios por la disposición injustificada de una medida cautelar<sup>197</sup>.

### **Calificación jurídica de indeterminada**<sup>198</sup>

En este punto la pregunta es si el concepto de “indeterminada” responde a un concepto jurídico, con el que se califica esta clase de medidas, o se refiere más bien a la discrecionalidad judicial.

La duda surge a propósito de la expresión “Podrá también el tribunal” pues, si bien denota una facultad correspondiente al juez, ¿Qué ocurre en las situaciones en que se le solicita aplicar una medida indeterminada? ¿Puede negar la concesión de estas?

Claro está que el legislador, sin poder emitir un juicio previo al respecto, deberá en primer lugar examinar la situación y los antecedentes presentados en relación a la medida que se solicita, y determinar si se satisfacen o no los presupuestos para su concesión.

Así deberá fijar el presupuesto de hecho, es decir fijar el *periculum in mora* para luego fijar la consecuencia jurídica. Esta última labor no implica que el juez este revestido de una libertad absoluta en su decisión, ya que el vínculo entre ambas cuestiones importe que la determinación del presupuesto de hecho lo condicione a determinar la consecuencia jurídica.

Luego, la actividad judicial en este caso es discrecional, pero dentro de los parámetros y criterios dispuestos por el legislador, desatender a ellos, pasando de un criterio jurídico a uno político implicaría una discrecionalidad en estricto rigor, que no contempla la ley la que en caso de verificarse es susceptible de ser revocada.

Dependiendo de la comprobación del *periculum* y los demás presupuestos corresponderá al juez no decidir acerca de conceder o denegar una medida, ya que solo la ausencia de uno o más requisitos importaría denegar la medida, por el contrario, acreditados tanto los exigidos por la ley como aquellos descubiertos por el juez que contribuyan a la configuración de los presupuestos opera la potestad

---

<sup>197</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, Derecho Jurisdiccional II-2º, Ob. Cit., p. 267

<sup>198</sup> Seguimos esta pauta de lo expuesto por CALDERON CUADRADO, María Pía, Ob. Cit., p. 183 a 185

discrecional expresada por el término “podrá” pero no relativo a denegar o conceder la medida sino relativa a preferir dentro de las variadas medidas susceptibles de ser aplicadas la más apropiada o como dispone el artículo 1428 LEC “necesaria según las circunstancias, para asegurar la efectividad de la sentencia”.

### **Tramitación de la medida cautelar innominada**

En esta materia nos remitimos a lo expuesto en el título de tramitación de la solicitud de una medida precautoria, pues se somete al régimen general en cuanto a su tramitación, luego en esta parte solo me referiré a una cuestión que considero importante y poco tratada, esto es a propósito de lo dispuesto en el artículo 298 CPC al decir que "Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario..., exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen" la duda que me surge es si acaso la exigencia de caución ¿es un requisito para que se conceda la medida o se exige para su ejecución? Optar por una u otra solución será distinto, particularmente en cuanto a sus efectos.

Pues de estimar que procede para su ejecución, cuestión que resulta más lógica, ya que al requerirse recursos, lo que solo podríamos determinar una vez resuelta la solicitud y otorgada la medida, en la misma resolución entonces determinar el monto que se considerará como suficiente ya para la ejecución propiamente tal de la medida, como asimismo garantía frente a los perjuicios que se pudieren causar con razón de la ejecución al demandado, por lo demás siendo el propio actor el interesado en que se resuelva la medida y se le conceda, es que también se justifique entonces que la ejecución de ella deba hacerse a su cargo.

En cambio, si consideramos que corresponde a un requisito previo y necesario para su otorgamiento, ello sería más bien materia de requisitos de admisibilidad de la medida para su posterior tramitación, lo que a su vez no sería categórico, ya que los términos en que se formula la norma, al utilizar la expresión "Podrá también el tribunal" denota que la exigencia sería solo facultativa, lo que a su vez nos puede conducir al extremo de decisiones arbitrarias pues, al no regular el legislador en qué casos el otorgamiento de caución constituiría un requisito previo y en cuáles no, en este caso solo me resta hacer hincapié en la necesaria



fundamentación de la resolución, la que además de fundarse en la necesaria urgencia de tutela (cuestión esencial en esta materia y prácticamente fundamento de toda petición en este sentido) será menester que el juez al momento de examinar la concurrencia de requisitos para la procedencia de la medida, efectúe igualmente una valoración completa de aquellas circunstancias fácticas en que se basa la decisión.

Pero además debemos considerar que tal posibilidad colisiona como requisito respecto de otras medidas dentro del mismo sistema, en donde el otorgamiento de caución tiene un carácter obligatorio, ello a propósito de las medidas prejudiciales en las que, de acuerdo al artículo 279 se dispone 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."

Y también con el caso que se señala en el artículo 299 CPC, o sea cuando en casos graves y urgentes se autoriza a decretar una medida cautelar sin los comprobantes que acrediten la apariencia de buen derecho.

Luego, la segunda exigencia dice relación con la solicitud misma de la medida, cuestión que dijimos, a propósito de las del 298 CPC que puede interpretarse como una exigencia facultativa, lo que no solo resultaría absurdo, sino que de considerarse en ese sentido no será impedimento para catalogarlo de un tratamiento más bien injusto por parte del legislador, ello porque en un mismo sistema, que comprende ambas clases de medidas, mientras en unas constituye una exigencia ineludible dispuesta en la ley, en otras corresponde a una facultad discrecional del juez.

## CAPITULO TERCERO

### LA ORDEN DE NO INNOVAR, ESPECIE DE MEDIDA CAUTELAR

#### **Introducción**

Luego de haber estudiado las medidas innominadas en general, en este capítulo nos concentraremos en el estudio de la Orden de no innovar como medida cautelar innominada, sin perjuicio de otras existentes y que se comprenden en el concepto aludido, ya que consideramos que no siendo en general tratadas sino solo a propósito de ciertos rasgos, es que intentaremos abordarlas en sus distintas expresiones, expondremos los planteamientos y dudas de la doctrina así como fallos donde encontramos su aplicación, para finalmente proponer algunas soluciones y arribar a conclusiones de las cuestiones que se planteen en las páginas siguientes.

#### **Aspectos generales**

Podemos señalar como antecedentes de esta institución, no del todo claros por lo demás, la situación que ocurría en el derecho romano resumida en el adagio *pendente litis nihil innovatur*, considerado como efecto o consecuencia de la *litis contestatio*, mediante los cuales se perseguía producir una inhibición jurídica, la que se traducía en la in comerciabilidad y, en general en la indisponibilidad de los bienes litigiosos<sup>199</sup>, o como otros indican proviene de la tradición hispánica, concretamente del principio que "la ley se obedece y no se cumple" antecedente inmediato del recurso de suplicación medieval<sup>200</sup>, antecedentes que, como indica Tavolari demuestran la unión entre nuestra tradición jurídica y aquellas fórmulas que ya desde antaño permitían suspender la ejecución o la resoluciones erradas o arbitrarias, lo que se colige con nuestra actual orden de no innovar, la que en todo caso, en su actual enunciación y aplicación parece tímida en comparación a su precedente<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro, Ob., Cit. p. 22

<sup>200</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, Protección constitucional y cautela judicial (la orden de no innovar en el recurso de protección), En Gaceta Jurídica, Santiago, Chile No. 148, oct. 1992, p. 17 y 18

<sup>201</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, Ob. Cit., p. 18

En relación al tema que nos ocupa, esto es la orden de no innovar como medida cautelar innominada, cabe señalar en todo caso los distintos significados jurídicos que se le asigna a la expresión orden de no innovar, prohibición de innovar o *status quo*, lo que según lo expuesto por Romero, actualmente la prohibición de innovar, superados los efectos de la *litis contestatio* respecto de los bienes objeto del litigio, no provoca de pleno derecho la inenajenabilidad de dichos bienes, resultando quedar contenida dentro de aquellas medidas cautelares calificadas conservativas, teniendo entonces por fin conservar la situación anterior existente, en oposición a las medidas innovativas que, por el contrario permiten alterar o transformar la situación, de hecho o de derecho, anterior.

No obstante, y como indica el autor en comentario, el fin de las precautorias conservativas se esfuma por el hecho de seguir siendo utilizadas con el objeto de evitar la disponibilidad del bien litigioso, de ahí que si bien llevan intrínsecamente, pero de manera bastante tímida, la orden de no innovar produciendo el estancamiento de hechos o actos con el fin de impedir la transferencia o transmisión de los bienes del deudor.

Luego, da como ejemplo de orden de no innovar donde se evidencia, en forma excepcional, un verdadero *status quo* el caso del interdicto posesorio de obra nueva, en que de acuerdo a los artículos 565 a 567 CPC se permite, una vez presentada la demanda, decretar provisionalmente la suspensión de la obra, sin requerirse notificar al demandado<sup>202</sup>.

Al respecto la Corte Suprema al fallar un recurso de casación en el fondo a propósito de los requisitos de esta acción al disponer en sus considerando 13 y 14 que "La denuncia de obra nueva requiere estar ante una construcción proyectada o en ejecución. La doctrina enseña que la denuncia de obra nueva defiende la posesión, evitando que se terminen los trabajos emprendidos en el suelo que el denunciante posee, esto es, impidiendo con ella la conclusión de una obra empezada, que se halla en ejecución y cuya construcción no está aún terminada. La tramitación de la acción posesoria en comentario está estructurada sobre la base de la aceptación provisional de la demanda, disponiéndose la suspensión inmediata de las

---

<sup>202</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro, Ob., Cit. p. 51

obras, resolviendo en definitiva si se ratifica y mantiene un carácter permanente a la suspensión o, por el contrario, dispone alzar la suspensión, difiriendo, por regla general, en ambos casos la acción de demolición o de obtención de la autorización al juicio ordinario. Así las cosas, para que pueda ser acogido este tipo de interdictos, es menester que la denuncia recaiga sobre una obra nueva que se esté construyendo o se trate de construir en el suelo objeto de la posesión o embarace el goce de una servidumbre legítimamente constituida sobre el predio sirviente, obra que además debe ser denunciabile y cause o pueda causar daño al actor en su calidad de poseedor. Si tales presupuestos no se verifican, la acción no podrá prosperar”<sup>203</sup>

Por su parte la Corte de Apelaciones de Santiago, rechazando una apelación contra la resolución que desestimó la acción de obra nueva deducida después de terminada la obra, indicando en su considerando cuarto "Que la acción de denuncia de obra nueva tiene por objeto la suspensión de los trabajos de una obra nueva, comenzados o a punto de comenzar, a fin de prevenir un daño, hasta que en el juicio que corresponda se resuelva sobre el derecho a continuar la obra y que: para que proceda la denuncia de obra nueva es necesario que los trabajos no estén concluidos. Si lo están, procede un interdicto especial o la querrela de amparo, en su caso. (Fernando Rozas Vial. Derecho Civil. Los Bienes. Distribuidora Forense Ltda. 1984, páginas 418 y 419). Concepto doctrinario que es ratificado y se desprende la legislación positiva. El Código de Procedimiento Civil contiene diversas disposiciones que así lo demuestra. El artículo 565 dispone que presentada la demanda para la suspensión de una obra nueva denunciabile, 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 lo está ejecutando con la demolición o destrucción a su costa, de lo que en adelante se haga. Suspensión, en su sentido natural y obvio, es la acción y efecto de suspender y este verbo, en una de sus acepciones, significa detener o parar por algún tiempo una acción u obra. No se puede suspender la realización de una obra cuando ella está concluida. Por su

---

<sup>203</sup> Sentencia de la Excm. Corte Suprema, Comunidad Huentelauquén c. SCM Siglo XXI, De: 09/01/2014, Rol nº 5251-2013

parte, el artículo 566 establece 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.

El artículo 567 señala 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. Por último, el artículo 569, inciso segundo, estatuye que: 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."<sup>204</sup>

En relación al alcance de la medida en los interdictos posesorios y cosa juzgada, la Corte de Apelaciones de Antofagasta define los efectos de la cosa juzgada en los interdictos posesorios, de acuerdo a los artículos 563 y 564 CPC, como cosa juzgada formal, en consecuencia los condenados conservan el ejercicio de las acciones ordinarias que les corresponda pudiendo, mediante demanda ordinaria, modificar totalmente lo resuelto en la querrela posesoria. Finalmente la Corte revoca la resolución que rechazaba la medida precautoria de suspensión de demolición, ordenando en su lugar la medida precautoria especial del artículo 298 CPC, suspendiéndose la demolición, previa caución que deberá rendir el actor en garantía de los perjuicios que pudieren causarse por la suspensión<sup>205</sup>.

Retomando la idea de las distintas acepciones que giran en torno al concepto de prohibición de innovar, es que evidenciamos entonces la aplicación de esta en otras instituciones, en las que por lo demás sobrepasa las restricciones de disponibilidad de bienes, así ocurre a propósito del recurso de protección y los recursos de apelación, de hecho y de queja, los que pasará a tratar.

En primer lugar, siguiendo lo expuesto por Tavolari, podemos indicar que la institución en estudio se encuentra regulada, en nuestro sistema, en materia del derecho de los recursos. En consecuencia, a pesar de que pueda ser usada con

---

<sup>204</sup> Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, Oscar Weber del Campo querellante, De: 04/12/1991, Rol nº 5501-1991

<sup>205</sup> Sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Antofagasta, se revoca en la parte apelada resolución de veintinueve de abril último que rechaza medida precautoria de suspensión de demolición de muralla, De: 08/07/2008, Rol nº 250-2008

fines cautelares, ella por naturaleza constituye la expresión de la potestad jurisdiccional, de que se encuentran revestido los Poderes Superiores, lo cual los faculta para revocar, modificar o anular la sentencia del inferior, pudiendo disponer la paralización de la ejecución pendiente la resolución de la impugnación. Por el contrario, la acción de protección, cuyo símil en cuanto institución encontramos en el amparo mexicano, el mandato de segurança en Brasil, al permitir ordenar la suspensión del acto u omisión arbitrario o ilegal que causa la privación, perturbación o amenaza, como predica la norma constitucional, implica el ejercicio de jurisdicción cautelar, como sucede a propósito de la prohibición de innovar del artículo 230 del Código Procesal de la Nación Argentina<sup>206</sup>.

Antes de adentrar al estudio de la orden de no innovar en materia de acción de protección y régimen recursivo, respectivamente, cabe hacer referencia a la naturaleza de la orden de no innovar, determinación importante para los efectos de luego determinar los alcances o efectos que pueden pretenderse a través de ella, ya sea mediante la acción de amparo o un recurso judicial.

Entonces, para responder a la calificación cautelar de la medida, no siendo controvertido el efecto de conservación o *status quo* (en oposición a los efectos innovativos, controvertidos en doctrina) la duda es si acaso son lo mismo o no los conceptos de orden de no innovar y suspensión.

Entiende la Real Academia Española por suspender "2.tr. Detener o diferir por algún tiempo una acción u obra"<sup>207</sup> y por innovar "1.tr. Mudar o alterar algo, introduciendo novedades"<sup>208</sup> así, como expresa Tavolari, se infiere un carácter dinámico en la suspensión, mientras que uno estático para la orden de no innovar.

El autor antes citado expone en su trabajo la opinión del administrativista nacional Soto Kloss, quien siendo más enfático sostiene la diferencia entre suspensión y orden de no innovar "pues mientras ésta impide actos posteriores, congelando la situación al momento de su dictación, aquella tiende a impedir los efectos de un acto, pero transitoriamente, con lo cual no sólo se impiden actos posteriores sino, incluso, que el origen del agravio produzca sus efectos mientras se

---

<sup>206</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, Ob. Cit., p. 22

<sup>207</sup> En: <http://lema.rae.es/drae/?val=suspender>, [visitado el: 10/12/2014]

<sup>208</sup> En: <http://lema.rae.es/drae/?val=innovar>, [visitado el: 10/12/2014]

decide jurisdiccionalmente su juridicidad." aclarando que " la orden de no innovar deja con todos sus efectos al acto ya dictado y producidos aquellos, en tanto que la suspensión evita que el acto se aplique."<sup>209</sup>

En consecuencia ambos conceptos convergen en su carácter cautelar al evitar temporalmente los efectos del acto y evitar actos ulteriores, distinguiéndose en su carácter, que en la suspensión resulta ser dinámico relativo a la innovación, mientras que en la prohibición de no innovar resulta una connotación estática referente a la conservación, teniendo importancia la diferencia en la posibilidad de producir o no efectos retroactivos. Con todo, y pese a las diferencias expuestas, es que ambos términos se ocupan indistintamente en tribunales<sup>210</sup>. En cuanto al efecto innovativo, será tratado en las instituciones respectivas al momento de tratar como opera el alcance de la prohibición de innovar en aquellas.

### **Orden de no innovar en la acción constitucional de protección<sup>211</sup>**

Se encuentra consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el auto acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección<sup>212</sup> institución que como indica Marín no es, en estricto rigor, un proceso cautelar, pero a su respecto sí se regula una medida de naturaleza cautelar que corresponde a la orden de no innovar<sup>213</sup> así dispone el Auto Acordado

---

<sup>209</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, Ob. Cit., p.23

<sup>210</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, Ob. Cit., p.24

<sup>211</sup> En cuanto a su naturaleza jurídica se ha indicado en doctrina que, a pesar de su calificación, la garantía corresponde propiamente a una acción y no un recurso, ello porque, y desde el punto de vista del Derecho Procesal, lo característico de los recursos es que constituyen medios de impugnación que el ordenamiento jurídico dispone para atacar resoluciones judiciales formalmente válidas. Al contrario, el recurso de protección procede contra acciones u omisiones de variada naturaleza, procedentes ya sea de la administración del Estado como de particulares, consideradas ilegales o arbitrarias.

<sup>212</sup> Publicado en el Diario Oficial del 27 de junio de 1992, modificado por auto acordado publicado el 9 de junio de 1998 y por auto acordado publicado el 8 de junio de 2007

<sup>213</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p.466. cfr. A propósito de la naturaleza jurídica del recurso de protección, PAILLAS, Enrique, El recurso de protección ante el derecho comparado, 1º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1990, p. 74 trata el problema de considerar el recurso de protección como medida cautelar o acción principal. De catalogarlo como medida cautelar, como lo estiman en sentencias y estudios monográficos, atendiendo a que no produce cosa juzgada material al establecer el artículo 20 que la sentencia que se dicte es "sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer (la parte interesada) ante la autoridad o los tribunales correspondientes" en consecuencia tendría un carácter provisorio, un alcance y efectos limitados, pues quien obtiene una sentencia favorable en las medidas precautorias no incorpora a su patrimonio un derecho

sobre tramitación y fallo del recurso de protección de 1992, al incorporar la orden de no innovar que "El tribunal cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso, podrá decretar orden de no innovar" (N°3 inc. Final)<sup>214</sup> entonces se permite que la Corte pueda decretar orden de no innovar, pudiendo decidir que se suspenda la ejecución de la actuación impugnada mientras no se resuelva el recurso. Asimismo, para una mejor resolución se permite a la Corte decretar todas las diligencias que estime necesarias y solicitar de cualquier autoridad o persona los antecedentes que estime necesarios para la resolución del asunto.

En consecuencia, y sólo para refrendar su carácter cautelar, mencionar que es instrumental por depender de un proceso principal, cuya decisión garantiza, siendo provisional por cuanto subsiste mientras penda el proceso principal, extinguiéndose con la sentencia definitiva; si la sentencia es favorable al demandante se extingue la medida por haber cumplido su función, pasando a ser reemplazada por los efectos permanentes de la sentencia, por el contrario, de no acogerse la acción, la orden desaparece porque nunca hubo lesión a los derechos del recurrente, resultando una adopción infundada<sup>215</sup> (en este sentido, Sentencia de Corte Suprema Tercera Sala Constitucional, la que deja sin efecto la orden de no innovar en virtud de la cual se repuso el acceso peatonal mientras se tramitaba la presente acción cautelar, la que deviene en improcedente luego de desestimarse el recurso<sup>216</sup>) En consecuencia, es la orden de no innovar manifestación cautelar, no el recurso de protección ello porque, a pesar que este último tenga un carácter provisional, es un proceso en sí mismo, mientras que la orden de no innovar es instrumental respecto del proceso principal.

---

permanente, sino solo adquiere una garantía temporal, dependiente en todo caso del juicio principal y la acción ahí deducida que garantiza; de considerarse la acción de protección como principal, significaría que la sentencia que se pronuncie provocaría efectos permanentes, dando un derecho a la parte vencedora.

<sup>214</sup> Apéndice del Código de Procedimiento civil, duodécima edición, Santiago, Chile, 1994, p. 367

<sup>215</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 447

<sup>216</sup> Sentencia de la Excma. Corte Suprema Tercera Sala Constitucional, De: 22/04/2010, Rol: 746-2010



Cabe señalar que en esta institución, además de evidenciar el efecto de *status quo*, ha posibilitado comprender numerosas situaciones inéditas y extrañas a nuestra realidad jurídica.

Al respecto, señala Romero como ejemplo relevante la oportunidad de interrumpir la producción de efectos administrativos mediante una prohibición de innovar<sup>217</sup>.

En materia administrativa debemos considerar en primer lugar la escasa regulación existente en esta materia, a partir de lo cual destacaré principalmente dos temas que me parecen importantes.

Primero, tratándose de su regulación, pese a la inexistencia de normas que regulen la materia, encontramos manifestaciones de la orden de no innovar en la ley de Bases de Procedimiento Administrativo 19.880 promulgada el 22 de mayo de 2003 y publicada el 29 de mayo del mismo año.

En este sentido dispone el artículo 32 “Medidas provisionales. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo podrá adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello. Sin embargo, antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a petición de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes. Estas medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, las medidas a que se refiere el inciso anterior, quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo, o cuando la decisión de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

---

<sup>217</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro, Ob., Cit. p.52

Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a petición de parte, en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

En todo caso, las medidas de que trata este artículo, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.”

Los términos amplios en que se formula la norma, unido a las expresiones que se utilizan tales como”las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión” “en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes” nos permiten concluir la posibilidad que da el legislador para aplicar la orden de no innovar en los procedimientos administrativos

Por su parte, al señalar la imposibilidad de adoptar medidas provisionales “que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados” amplía los sujetos pasivos de la medida, como resultado de la relación existente con el artículo 21 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo que define interesados al señalar que “Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.
2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”

Otra manifestación de la institución en comento es lo establecido en el artículo 57 “Suspensión del acto. La interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

Con todo, la autoridad llamada a resolver el recurso, a petición fundada del interesado, podrá suspender la ejecución cuando el cumplimiento del acto recurrido

pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviere, en caso de acogerse el recurso.”

De la lectura de la norma, podríamos concluir que se evidencia en mayor medida la orden de no innovar al utilizar la expresión ‘suspensión’, además es importante considerar que de acuerdo al inciso primero, la regla general es la imposibilidad de interrumpir los efectos del acto impugnado, sin perjuicio que dicha posibilidad exista y así se contemple en el inciso segundo. Esto corresponde a una manifestación de la autoridad de la administración sobre los particulares.

Si bien en materia administrativa se contempla aún la posibilidad de decretar de oficio la medida (cuestión destacable en materia administrativa), la precaria regulación de esta institución unida a la autoridad que ejerce la administración sobre los particulares no nos llevan a conclusiones satisfactorias en la materia.

En particular destacaré que como manifestación de la autoridad de la administración sobre los particulares, nos encontramos que en materia administrativa, frente a los actos, omisiones, irregularidades que emanen de la administración afectando a un particular, si bien se contempla una instancia de reclamo y de revisión de dichas decisiones, debido a la ausencia de un procedimiento contencioso administrativo en nuestro país, nos encontramos que en primera instancia el particular tendrá que acudir a interponer su reclamo ante el mismo órgano contra el cual lo deduce, quedando entonces en una posición de indefensión, si lo comparamos con sede judicial, en donde siempre la solución de los problemas que puedan existir, ya entre particulares o estos y un órgano de la administración, serán resueltos por un tercero imparcial.

Al quedar la decisión de un asunto que perjudica a un particular, radicado en el mismo órgano que le causa el daño, queda asimismo entregado al mismo órgano la decisión previa, ya desde el examen de admisibilidad del reclamo, la facultad discrecional de dictar o no orden de no innovar, sin perjuicio de ser solicitada en el escrito de interposición, produciendo la interrupción de los efectos administrativos, cuestión que si bien iría en beneficio del particular afectado, en la práctica resulta bastante difícil poder obtenerla, pues claramente si la administración dictó tal acto, fue con el propósito de que produjese sus efectos, además para que pueda

accederse a dicha orden los escritos deben estar muy bien fundamentados para que exista posibilidad de concederla.

En este punto me gustaría comentar la situación española, particularmente un Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991, destacado al ser el primero en el que se aplican medidas cautelares positivas, es decir que ante un acto administrativo en el cual se desestima determinada petición, se impone a la Administración, durante el transcurso del proceso, una determinada conducta y una decisión de condena procesalmente.

En este sentido el tribunal logra sobreponerse a su carácter meramente revisor de los actos de la Administración y además supera la única y estricta medida de “suspensión de la ejecución” del acto impugnado, de acuerdo al tenor literal del artículo 122 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, cuestión que en todo caso era venidera dentro de tal sistema, de acuerdo a la jurisprudencia precedente donde ya el propio tribunal en otro Auto había manifestado que el artículo 24 de la Constitución implicaba “el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal” lo que fundamentaba la apreciación del Tribunal respecto de las medidas cautelares como una exigencia indispensable ante determinadas condiciones del derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente como único instrumento para evitar cualquier circunstancia que obstaculizara la tutela o empeorara la situación, ante la duración normal de los procesos.

La situación era la siguiente: una sociedad recurre contra un acto administrativo que impedía la inscripción en un “Registro de entidades de Inspección y control Reglamentario” en la dirección de Administración Industrial del Departamento de Industria y Comercio del Gobierno Vasco, cuestión fundamental para actuar en materia de seguridad industrial en los ámbitos reglamentarios de aparatos a presión, entre otros, confirmándose en alzada por la consejería tal decisión. Frente a ello, la sociedad pide en su recurso contencioso protección cautelar inmediata o en subsidio la suspensión de los actos impugnados, “por

entender... que con la sola suspensión de la efectividad de los actos volvería la recurrente a poder actuar”; o bien, “para el caso en que se entendiera que la sola suspensión no posibilita a la recurrente para volver a actuar... la habilitación a la misma -medida cautelar positiva- para actuar en tanto se tramita este recurso, como si dispusiera de la autorización que se le ha denegado por los actos recurridos”.

Frente a la primera solicitud, la Sala atendiendo a lo dispuesto en Decreto 307/1988 del Gobierno Vasco, de acuerdo al cual solo pueden actuar en las materias de que se trata las entidades conforme a sus preceptos (entre los cuales, la inscripción en el Registro) obligaba a dar curso a la petición y suspender la efectividad del citado Decreto, “lo cual ni es propiamente lo pedido, ni se presenta con apoyo jurídico suficiente” de ahí que dispongan que “por lo tanto, solo la adopción de la segunda de las peticiones alternativamente deducidas.

Si bien en principio la Sala se cuestionó la aplicación de la medida, dispone igualmente de ella en base a la nueva línea jurisprudencial trazada por el Tribunal Supremo, de acuerdo a la cual:

“debiendo recordarse, ante todo, que, no obstante lo dispuesto en los artículo 122 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, la adopción de una medida cautelar con tal contenido es posible, e incluso puede ser obligada en nuestro Ordenamiento Jurídico, pues el principio de vinculación más fuerte exige dar prioridad al cumplimiento de los mandatos constitucionales, y entre estos, de modo incluso más acusado, a aquellos que son expresión o reflejo del contenido de los derechos fundamentales, como lo es el referido a la obtención de la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos; siendo así que la satisfacción al final del proceso de este derecho fundamental podrá en ocasiones aconsejar, e incluso exigir, la adopción cautelar, durante su desarrollo, de medidas de contenido positivo y no meramente negativo”.

En consecuencia, no existe impedimento alguno para su aplicación, incluso más, ello se transforma en un deber cuando en caso de excluir su aplicación se pusiere en riesgo la tutela judicial efectiva, a la cual el actor tiene un derecho fundamental.

Luego en el fundamento 4 desarrolla la configuración de la medida en el caso. Sin embargo, debido a la ausencia de fundamentos de los actos impugnados, el expediente administrativo y el carácter evidentemente público de los intereses, el Tribunal para poder analizar el tipo de riesgos objetivos que eventualmente podría producir la aplicación de la medida, es que dispone una solución sumamente innovadora, distinguiéndose por una excesiva cautela, en este sentido descompone la medida en dos fases temporales sucesivas; anuncia su disposición inicial de otorgar la medida que el recurrente había pedido para luego, y sin haber mediado petición en tal sentido, “la satisfacción” del derecho a la tutela judicial efectiva y la “apariencia del buen derecho” hecho valer por el propio recurrente, pero dejando su resolución para un momento posterior ya que, “es oportuno imponer ahora a la Administración autora de los actos impugnados, con el carácter de medida cautelar (inmediata)...el deber de dictar, en el plazo de treinta días hábiles una nueva resolución que sea expresiva” respecto de las tres cosas que se encontraban, pero sin especificación suficiente y en la motivación de los actos recurridos (motivo de fondo, si los hubiere, de la denegación, conexión de ellos con el valor seguridad de las personas y bienes de carácter subsanable o insubsanable de las deficiencias apreciadas). Una vez que la administración dicte la referida resolución, cuyo contenido se predetermina, “podrá este Tribunal decidir lo que le obliga, en el caso enjuiciado, y en el plano de las medidas cautelares, el cumplimiento de los mandatos constitucionales”.

Del análisis a la actividad desplegada por el Tribunal se evidencia que ella va más allá de las denominadas “diligencias para mejor proveer”, transformándose en una verdadera actividad inquisitiva, necesaria para poder allegar aquellos antecedentes no entregados o incluso ocultados por la Administración, por lo mismo condena no solo a una obligación de hacer, sino también a una obligación, inesperada por lo demás, correspondiente a la dictación de una nueva resolución en la que la Administración evalúe la seguridad de terceros, que pueden corresponder eventualmente a toda la colectividad, de las personas y cosas que tengan un valor constitucional de primer rango, abandonando el equívoco concepto de “interés público” que resulta genérico e impreciso. La Administración debe cumplir lo resuelto

por el Tribunal pues dicha obligación se ha impuesto por el juez en carácter de medida cautelar, de acuerdo al Auto, y con la reserva de que podrá dictar ulteriores medidas cautelares, como por ejemplo el mandamiento de inscripción provisional o de habilitación para actuar en tanto el proceso de fondo de substancia. Una actitud distinta al cumplimiento, como el silencio importaría una confesión de inexistencia de los supuestos de seguridad de las personas y cosas que el tribunal ha considerado: podría incluso revelar la arbitrariedad en que incurre la administración, en el evento de no contestar acerca del carácter subsanable o insubsanable de los motivos determinantes.

La elasticidad de la decisión y simplicidad que reviste el argumento jurídico de fondo destacan la resolución de la Sala: impedir la frustración práctica del proceso debido al excesivo retardo en la resolución y en consecuencia, la paralización virtual de la empresa a la que se ha denegado la autorización para actuar, satisfaciendo el propósito de hacer justicia efectiva.

La Sala opta por esta solución por aplicación del principio de la tutela judicial efectiva de conformidad al artículo 24 de la Constitución, el que teniendo la condición de “vinculación más fuerte”, imponía a la sala no solo su disposición, sino más bien el deber de conocer y hacer efectivo el mandado, pero ¿qué medida puede aplicar? Al respecto, el Tribunal ha dejado claro el carácter de *numerus apertus* de las medidas cautelares, o de su libre configuración por el juez en atención a las singularidades del caso, aunque siempre atendiendo a la necesidad de evitar la frustración práctica del proceso de fondo y resolver según la “apariencia de buen derecho”. Luego resultan convenientes (hasta obligatorias, como el caso en análisis) todas las medidas posibles que sean indispensables para encargarse de aquella doble exigencia (recordar que el artículo 1.428 LEC reconoce al juez la posibilidad de “adoptar las medidas que fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la Sentencia que en el juicio recayese”). De ahí que la libertad que le concede la norma al Tribunal, unido a la provisionalidad que le caracteriza y en consecuencia la imposibilidad de producir efecto de cosa juzgada, le permite dictar una medida lo suficientemente dúctil y conveniente.

Finalmente se termina dictando la correspondiente resolución, satisfaciéndose la pretensión con la sola primera etapa de la medida, recurriendo el solicitante ante la Sala para que declare el término del proceso conforme al artículo 90 de la Ley de la Jurisdicción.

De lo expuesto se demuestra el éxito de la aplicación de la medida, pues mediante ella se logró terminar con un proceso no solo excesivo, sino además innecesario que sólo traería aparejado onerosa carga ya para el solicitante o la administración además de impedir la mala utilización de la posición privilegiada de esta última.

Termina García señalando que la medidas cautelares, negativas y positivas, además de ser un instrumento útil para otorgar una tutela judicial efectiva, restituyendo al proceso su función positiva, sirve igualmente para descartar procesos abusivos o inútiles en materia de recursos contencioso-administrativo<sup>218</sup>.

Así entonces surgen dudas en relación al alcance o efectos que pueden perseguirse mediante la prohibición de innovar y los términos en que esta ha sido concebida en sede constitucional, la amplitud que ha alcanzado la medida y la posibilidad de que su aplicación coincida con la resolución de fondo de la acción constitucional, entonces nos preguntamos ¿la orden de no innovar solo admite efectos conservativos, o podría producir efectos innovativos o incluso anticipativos? Y de admitirse estos últimos efectos ¿por qué no exigir una caución para equiparar los derechos de los litigantes?

Al respecto Tavolari señala que "En la dimensión cautelar que la prohibición de innovar adquiere en la acción constitucional de protección y, merced todavía, al alcance que la jurisprudencia y la práctica forense le ha conferido -así no más sea, por imprecisión terminológica- no me cabe dudas que deviene en cautela innovativa, como tanta otra posible, en la sustanciación de dicha protección."<sup>219</sup>

En el mismo sentido Soto Kloss admite que en protección "cabe también, una fase cautelar, si se solicita y acoge una orden de no innovar (cautela que

---

<sup>218</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, La batalla por las medidas cautelares Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo Español, 3º edición, Editorial Thomson Civitas, Madrid, España, p. 251 a 267

<sup>219</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, Ob. Cit., p. 25



normalmente será conservativa, pero nada impide que también pueda ser innovativa) si el caso se lo aconseja al Tribunal así disponerlo..."<sup>220</sup>

Sin embargo, en la práctica resulta bastante difícil que los tribunales decreten una medida de no innovar con pretensiones anticipativas. Así encontramos una sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas que rechaza el recurso de protección deducido contra proveedora del Servicio de Exhumación de cuerpos, por haber este impedido la presencia de los recurrentes en la exhumación de los cuerpos de unos familiares. Se señala en el considerando 5° de la sentencia que "1. Para acreditar los hechos denunciados, no se han allegado a este procedimiento breve y sumarísimo, otras probanzas que los fundamentos de hecho del recurso. Por el contrario, del documento acompañado por los actores en el numeral 3 del segundo otrosí de su libelo, denominado "Autorización exhumación y/o traslado" fluye que dos de los recurrentes, Ana Mabel Guala Chamia, y Katherine Fabiola Vidal Guala, fueron autorizadas para presenciar el proceso de exhumación. Por su parte la recurrida informa que en definitiva la exhumación se realizó conforme a las condiciones en que se concedió la orden de no innovar solicitada en el primer otrosí del recurso de protección, esto es, permitiéndose la presencia de todos los actores, de su abogado patrocinante Javier Opazo Acevedo y permitiéndose filmar y fotografiar el proceso, de modo que esta Corte no está en condiciones de adoptar ninguna medida en favor de los peticionarios, toda vez que la diligencia ya se cumplió careciendo de oportunidad la presente acción constitucional."<sup>221</sup>

Como indica Soto Kloss "en este punto de 'adoptar de inmediato' las providencias que juzgue necesarias que aparece la clásica 'orden de no innovar', tan efectiva, por ejemplo, frente a actos de la administración para impedir que éstos desplieguen sus efectos antijurídicos. Esta medida [...] es un tipo de precautoria muy socorrida pero poco otorgada por las Cortes quienes la suelen otorgar con mucha parsimonia" añadiendo que "no cabe duda de que esta acción constitucional permite acudir a la justicia para que ésta actúe de modo pronto, ágil y eficaz, aún si se puede, por estas mismas características, incurrir en error. Y en el aspecto técnico,

---

<sup>220</sup> SOTO KLOSS, Eduardo, El recurso de protección, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 247

<sup>221</sup> Sentencia de la Illma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, De: 30/04/2014, Rol: 47-2014

valga reiterar que se da en esta protección un tipo de medidas precautorias -en tanto tiendan a asegurar el resultado de la acción - muy típicas, como las 'no innovativas', v. gr. Suspensión de efectos de actos ya acordados emitidos o dictados, y otras medidas que siendo verdaderamente 'innovativas' puede que no aseguren las resultas del juicio o litigio sino que propiamente lo decidan '*in limine*' dando la debida protección al afectado al restablecer por su intermedio el imperio mismo del derecho"<sup>222</sup>

Cabe señalar también que, la orden de no innovar, en su calidad de medida cautelar para poder obtener su concesión será necesario acreditar la existencia de los presupuestos, esto es el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, exigencia razonable al no definir el constituyente el peligro, debiendo definirlo en Tribunal.

Luego la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad cautelar de los jueces, opuesto a la desconfianza del legislador y los abogados contra el juez, sumado a la exigencia, simplemente legal, de fundamentación de las sentencias obsta a la tarea de los Tribunales en orden a definir el peligro y más particularmente a resolver si acoger o denegar esta clase de medidas, no siendo extraño que al momento de resolverlo no se presenten fundamentos, que si bien han debido existir, el tribunal no se siente en la obligación, jurídica ni ética, de expresarlos. En este sentido, y siguiendo lo expuesto por Tavolari, quien tras una interpretación sistemática concluye "el deber de fundar la decisión so pena de incurrir en la arbitrariedad, desde que al sentenciador sólo le está permitido conceder la cautela pedida, en la hipótesis de concurrencia de los supuestos que la autorizan. ¿Cómo, sin incurrir en arbitrariedad, justificar la concesión de tal cautela sin dejar testimonio de su presencia...?"<sup>223</sup>

Tratándose de la actuación o ejercicio oficioso de la tutela cautelar estimamos que resulta procedente ello en atención a su naturaleza pública, constitucional y garantista. Ya quedaba ello de manifiesto en la historia fidedigna del establecimiento de la protección, debiendo entonces abandonar en este punto el principio de pasividad de los tribunales, establecido en el artículo 10 del COT

---

<sup>222</sup> Visto en MARÍN GONZÁLEZ, Juan, Ob. Cit., p. 449, cita nº 688: En RDJ, t. LXXXIX (1992), segunda parte, sec 5º, pag 46)

<sup>223</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, Ob. Cit., 25 a 27

principalmente por el carácter esencialmente público del problema, aun cuando se trate de una contienda entre particulares, y por el tenor del precepto al establecer que "podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre" y al disponer que "...la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias" solución que concuerda con la dada en otros países como México, Brasil, Argentina, entre otros<sup>224</sup>.

### **Orden de no innovar en el Régimen de los Recursos**

Finalmente encontramos también esta clase de efecto cautelar en la tramitación de algunos recursos tales como el de apelación, hecho y queja.

A propósito de los alcances de la prohibición de innovar y si comprende la cautela innovativa, Tavolari señala a propósito del régimen de recursos "la prohibición de innovar tiene un efecto cautelar genérico y mediato, pero le faltan las notas distintivas de la actividad precautoria (instrumentalidad, homogeneidad, etc.) y aunque requiera los requisitos de procedencia de las mismas (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) puede concluirse, pacíficamente, que no existe una característica cautelar efectiva. Es que, en estos eventos, según se expuso, el juez, no está actuando en el ejercicio de su potestad cautelar sino en el del poder contralor jurisdiccional que, para hacer posible un sistema vertical de impugnaciones, se confiere al superior jerárquico, en el Derecho de los Recursos.

Acá, en la actividad impugnativa a través de los recursos cabe utilizar categorías literalistas de análisis y estimar que "no in-novar" es abstenerse de hacer algo nuevo; abstenerse de novar, y convenir, con alguna jurisprudencia argentina, en cuanto a que "no innovar" constituye una expresión intergiversable, que tanto en el lenguaje jurídico, como en el concepto jurídico, significa dejar las cosas como estaban en un momento determinado, sea que ese momento se refiera al de inicio de un juicio o a uno anterior al mismo"<sup>225</sup>

En esta materia también se establece como deber la fundamentación de la resolución que concede o deniega la orden de no innovar, ello producto de la colisión entre el ejercicio discrecional de la potestad cautelar del juez - lo cual queda

---

<sup>224</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, Ob. Cit., 27 y 28

<sup>225</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, Ob. Cit., 24 y 25

de manifiesto a propósito de los requisitos de procedencia de la medida, los que quedan por entero a su comprensión- y la desconfianza del legislador y los abogados contra la actividad judicial, contribuyendo a una disposición pasiva y receptiva de los jueces. Difiere entonces en este punto con la orden de no innovar desde el punto de vista de la acción constitucional. Ejemplo de la exigencia en comento sucede en materia de apelación, al exigir el artículo 192 inciso 2° CPC que concediéndose una apelación en el sólo efecto devolutivo, el tribunal dicte una resolución fundada, aspecto que la Corte Suprema no indica en su Auto Acordado, sobre Recurso de Queja, en el que se refiere expresamente a la orden de no innovar.

Se contempla la prohibición de innovar a propósito del denominado Recurso de hecho propiamente tal o legítimo recurso de hecho previsto en los artículos 203 a 206 CPC, es decir aquellas situaciones en que se deniega una apelación que debía concederse. En este caso, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 204 inciso 3°, si bien no tiene efecto suspensivo, nada obsta a que el tribunal pueda decretar orden de no innovar a petición del apelante y en la medida que existan antecedentes que lo justifiquen<sup>226</sup>

Tratándose del recurso de apelación, la prohibición de innovar aparece como un instrumento para que el tribunal de alzada pueda suspender o paralizar los efectos o el cumplimiento de la resolución recurrida, cuando el recurso ha sido concedido en el solo efecto devolutivo<sup>227</sup>.

Así De acuerdo al artículo 192 inciso 2° CPC "Cuando la apelación proceda sólo en el efecto devolutivo, seguirá el tribunal inferior conociendo de la causa hasta su terminación, incluso la ejecución de la sentencia definitiva.

No obstante, el tribunal de alzada a petición del apelante y mediante resolución fundada, podrá dictar orden de no innovar. La orden de no innovar suspende los efectos de la resolución recurrida o paraliza su cumplimiento, según sea el caso. El tribunal podrá restringir estos efectos por resolución fundada. Los

---

<sup>226</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro, Ob., Cit. p.52

<sup>227</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro, Ob., Cit. p.52

fundamentos de las resoluciones que se dicten de conformidad a este inciso no constituyen causal de inhabilidad".

Cuando la apelación es concedida en el sólo efecto devolutivo significa que el tribunal de primera instancia sigue conociendo del asunto hasta su término. Para impedir que ello cause perjuicio se posibilita a los apelantes pedir una orden de no innovar.

La orden de no innovar corresponde a una resolución judicial, dictada por un órgano jurisdiccional, en cuya virtud se ordena a un tribunal inferior que está conociendo de un asunto, paralizar el procedimiento y no llevar a efecto gestión alguna que tienda a proseguir la tramitación de la causa o a cumplir la resolución objetada.

Puede solicitarse desde que ingresan los autos en secretaría y hasta antes de la vista de la causa.

Se otorga por el tribunal de alzada mediante resolución fundada y los efectos que se producen son la suspensión de los efectos de la resolución recurrida o paralizar su cumplimiento, según corresponda. Con todo, el tribunal superior puede limitar estos efectos mediante resolución fundada.

Las razones invocadas por el tribunal para conceder el recurso no constituyen motivo para inhabilitarlo

En cuanto a su tramitación, de acuerdo al inciso 3° del artículo 192 CPC "Las peticiones de orden de no innovar serán distribuidas por el Presidente de la Corte, mediante sorteo, entre las salas que esté dividida y se resolverán en cuenta. Decretada una orden de no innovar, quedará radicado el conocimiento de la apelación respectiva en la sala que la concedió y el recurso gozará de preferencia para figurar en tabla y en su vista y fallo"

En cuanto al recurso de queja, regulado en el Auto Acordado sobre tramitación y fallo de los recursos de queja de [completar la fecha] se dispone que:

"6°.- Formulada petición para que se conceda "orden de no innovar", aquél designará la Sala que deba decidir este punto y a esa misma Sala corresponderá dictar el fallo sobre el fondo del recurso.

7º.- La orden de no innovar concedida en términos generales, o sea, sin limitación alguna, produce la paralización de todo el procedimiento, pero no suspende el curso de los plazos fatales que hayan comenzado a correr antes de comunicarse dicha orden.

8º.- Si, concedida orden de no innovar, se paraliza el recurso durante quince días, se declarará desistido, de oficio o a petición de parte, y se dejará sin efecto la orden de no innovar."<sup>228</sup>

---

<sup>228</sup> En: [http://www.leychile.cl/Consulta/m/norma\\_plana?org=&idNorma=235992](http://www.leychile.cl/Consulta/m/norma_plana?org=&idNorma=235992) [visitado el: 10/12/2014]

## **CAPITULO CUARTO**

### **COSA JUZGADA Y RESOLUCIÓN QUE RECAE EN EL PROCESO CAUTELAR**

#### **Introducción**

Decidimos tratar en este capítulo el tema expuesto debido a su carácter transversal en este trabajo.

A propósito de la provisionalidad y variabilidad de la resolución (ya por el cambio o cese de una medida) la doctrina y jurisprudencia explican este fenómeno en base a lo dispuesto en el artículo 301 CPC al disponer 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” luego, amparado en un concepto basto de provisionalidad, comprenden en general todas aquellas cuestiones que puedan incidir en la medida cautelar, originadas del vínculo instrumental con la litis principal<sup>229</sup>.

Si hiciéramos una línea de tiempo entonces comprendería los efectos y la permanencia de los mismos desde la dictación de la medida hasta que se pronuncie la sentencia en el proceso principal (sin perjuicio que se soliciten la conservación de las mismas después del último hito, cumpliéndose ciertos requisitos por lo demás), pero también contiene aquellas situaciones calificadas como manifestaciones de variabilidad de medidas cautelares.

Al pronunciarse el juez sobre la concesión o denegación de una medida lo hace atendiendo a las circunstancias expuestas en ese momento, luego en el evento de tomar una u otra decisión en resolución firme es que nos preguntamos si los presupuestos de la medida (ya expuestos o nuevos que puedan presentarse, según se explicará más adelante) ¿son o no susceptibles de una nueva valoración o juicio?

---

<sup>229</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, PALOMO VÉLEZ, Diego, Proceso Civil El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar, segunda edición octubre 2014, Legal Publishing Chile, Santiago, 2014, p. 453

Así el tema a tratar en este capítulo se encuentra relacionado al carácter instrumental y, particularmente, provisional de la medida cautelar, específicamente la resolución que recae en el proceso cautelar, pronunciándose ya otorgando o en su caso denegando la medida ello porque, si bien existe acuerdo mayoritario en doctrina al considerar que la resolución que recae en el proceso cautelar no tiene un carácter invariable y permanente en el devenir del tiempo, rápidamente surgen dudas acerca de los efectos que derivarían de tal resolución entonces esta ¿Produce o no cosa juzgada? ¿O sólo se trata de un problema de límites de la misma?

Así mientras algunos estiman que no produce en caso alguno efecto de cosa juzgada dado el carácter provisional otros, menos radicales, estiman que en realidad este no se trata de un problema de cosa juzgada, sino más bien, y como indica Serra, de límites objetivos de la cosa juzgada, la que solo alcanza las cuestiones verdaderamente juzgadas, en consecuencia “Cualquier alteración de la situación que se tuvo presente al adoptar la medida cautelar, acaecida con posterioridad a la fecha en que se adoptó, no está incluida en la cosa juzgada y puede ser objeto de examen”<sup>230</sup> en este caso entonces concuerdan el carácter provisional de la providencia cautelar unido al factor tiempo el que en los casos en comento y objeto de nuestro interés puede devenir en perjudicial debido a los cambios que puede ocasionar en los supuestos, fundamento de la concesión de la medida, cuestionando entonces la eficacia de la misma.

A modo de ejemplo, y para una mayor comprensión, si hoy pedimos una medida cautelar y la deniegan, y mañana volvemos a pedir la misma aduciendo los mismos presupuestos concediéndola, significa negarle el atributo de cosa juzgada; en tanto que si en el evento de insistir fundado en iguales circunstancias ventiladas en la primera solicitud y la deniegan debido a la triple identidad, implica dotarla de cosa juzgada; con todo (siguiendo la idea de que produce cosa juzgada) ocurre una situación distinta en el evento de insistir en su otorgamiento si en esta segunda oportunidad hacemos valer circunstancias nuevas, distintas a las primitivas en que

---

<sup>230</sup> SERRA DOMINGUEZ, M., Teoría general de las medidas cautelares, En: Las medidas cautelares en el proceso civil (con RAMOS MÉNDEZ), Barcelona, s.e., 1974, p. 33 y 82



se basaba la primera solicitud, no debiendo ello ser impedimento para su otorgamiento, siempre que satisfaga las exigencias para concesión de la cautelar, esta situación explica el problema de los límites de la cosa juzgada en el tiempo.

Cabe mencionar que si bien la doctrina ya trataba este tema de forma indirecta a propósito de la cláusula *rebús sic stantibus*, a las que se encuentra supeditada la medida cautelar en cuanto a su transformación o extinción cuyo efecto proviene de la "modificación el estado sustancial de los datos reales sobre los cuales la medida se adoptó"<sup>231</sup> en este sentido Montero indica que "las medidas cautelares son variables, es decir, pueden ser modificadas e incluso suprimidas según el principio *rebús sic stantibus*, cuando se modifica la situación de hecho con base a que se adoptaron"<sup>232</sup>.

Si bien gran parte de la doctrina, Española y nacional, concuerdan en estimar la cosa juzgada como rasgo de los pronunciamientos cautelares en base, bastante cuestionada, al carácter de sentencia interlocutoria que le atribuyen, indican que tales resoluciones provocarían cosa juzgada sustancial provisional para explicar aquellos casos de resoluciones que alcanzan el estado de incontrovertibles, sin perjuicio de poder transformarse siempre que cambien los supuestos que motivaron su dictación<sup>233</sup>.

### **Naturaleza de la resolución del proceso cautelar**

Si bien gran parte de la doctrina y jurisprudencia estiman que se trata de un auto, ello según lo dispuesto en el artículo 301 CPC al señalar que "todas estas medidas son esencialmente provisionales", en realidad llegan a tal conclusión por

---

<sup>231</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., La reforma del proceso cautelar español, En: Temas del ordenamiento procesal II, Madrid, Tecnos, 1969, p. 903. Cfr. MONTERO AROCA, J., Derecho jurisdiccional II (con ORTELLS, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN), Barcelona, Bosch, 1995, p. 371.

<sup>232</sup> 34 MONTERO AROCA, J., Medidas cautelares, en Trabajos de Derecho procesal, Barcelona, Bosch, 1998, p. 434. Cfr., CALDERÓN CUADRADO, M.P., "la posible modificación o incluso revocación de las medidas cautelares acordadas por el órgano jurisdiccional se basa en el principio "rebús 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, Civitas, 1992, p. 34.

<sup>233</sup> 35 CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, Cosa juzgada y tutela cautelar en el proyecto de código procesal civil, En: Precedente, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública, Colección Estudios de derecho público, Universidad de los Andes, Legal Publishing Chile, Santiago, 2013, p. 250

exclusión, de ahí que si bien algunos estiman que resulta más aparente que real y sin perjuicio de los distintos alcances que se han vertido en cuanto a la expresión, estimamos que coincide más bien con una sentencia interlocutoria que establece “derechos permanentes a favor de las partes” ya del solicitante al otorgarse lo pedido, o del demandado permitiendo la conservación de la medida otorgada o que no se pueda conceder aquella que fue rechazada, toda vez que se aluda los mismos supuestos expuestos precedentemente, considerados en la oportunidad de decidir sobre el otorgamiento o no de la medida.

Cabe resaltar que en caso alguno atribuir esta naturaleza jurídica a la resolución en comento atenta con el carácter provisional de las medidas, pues ello solo implica la posibilidad de ser dejadas sin efecto siempre que se disipe el peligro que se tuvo en consideración al momento de concederla; y en consecuencia permite su otorgamiento siempre que vuelva a surgir aquel peligro. Lo anterior no obsta a la permanencia de la resolución sino que esta, así como otras resoluciones judiciales, obedece a la modificación de los supuestos que fundan la resolución<sup>234</sup>. En este sentido Pereira señala que lo que ocurre en estas situaciones 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”<sup>235</sup>.

## **Impugnación**

Seguir una u otra apreciación tiene importancia en relación al momento de determinar los recursos que procederían en su contra, distintos en uno y otro caso por lo demás.

Así, de considerar que la resolución que se pronuncia sobre la medida cautelar corresponde a un auto, será entonces susceptible del recurso de reposición,

---

<sup>234</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, PALOMO VÉLEZ, Diego, *Proceso Civil El juicio ordinario de mayor cuantía...*, Ob. Cit., p. 481 a 482.

<sup>235</sup> PEREIRA ANABALÓN, Hugo, *La cosa juzgada en el proceso civil*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1997.

de acuerdo a las reglas generales según lo dispuesto en el artículo 181 CPC y de apelación en subsidio de acuerdo al artículo 188 CPC.

En cambio, si estimamos que es una sentencia interlocutoria, solo será susceptible de apelación según lo expuesto en el artículo 187 CPC.

Con todo, cualquiera de las dos opciones que se sigan, en ningún caso será procedente en contra de la resolución en examen los recursos de casación y queja, pues, aún cuando se la catalogara de sentencia interlocutoria no resulta viable al ser de aquellas que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación<sup>236</sup>.

Recordar, cómo se señaló a propósito de la naturaleza de la resolución que resuelve una solicitud de medida cautelar y alzamiento de la misma, que en general nuestros tribunales estiman que corresponde a un auto, en este sentido la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto que “La resolución que rechaza el alzamiento de una medida precautoria es un auto, que no altera la sustanciación regular del juicio, por cuanto se encuadra dentro de un tipo especial de incidente, que en todo caso no impide que, con nuevos antecedentes, se pueda volver a solicitar. En consecuencia, dicha resolución no es apelable, a la luz del artículo 188 del Código de Procedimiento Civil.”<sup>237</sup>

### **Variabilidad de la resolución cautelar, hipótesis que lo provocan**

Siguiendo a Cortez<sup>238</sup> para poder analizar este tema será necesario en forma previa analizar otros, con el fin de ir separando aquellos que no sean útiles en este punto de aquellos que nos conduzcan a situaciones que logren explicar esta variabilidad derivada de la provisionalidad e instrumentalidad y en consecuencia la realización de un nuevo enjuiciamiento de las condiciones de la medida que se ordenó, de aquellas situaciones que provocando una modificación de la resolución no exigen un nuevo análisis de los presupuestos de la medida.

---

<sup>236</sup> BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, PALOMO VÉLEZ, Diego, Proceso Civil El juicio ordinario de mayor cuantía..., Ob. Cit., p. 482 y 483.

<sup>237</sup> Sentencia de la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago, De 16/07/2001, Rol N° 4.031-01

<sup>238</sup> CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, Cosa juzgada y tutela cautelar en el proyecto de código procesal civil, Ob. Cit., p. 247 a 279.

De este modo, descartamos desde ya tratar lo relativo a la firmeza o cosa juzgada formal, efecto que se produce incontrovertidamente, aún por aquellos que le niegan el carácter de cosa juzgada material.

Tampoco serán objeto de análisis las consecuencias derivadas del vínculo entre instrumentalidad y terminación del proceso o medidas prejudiciales no interpuestas pues si bien pueden incidir en los presupuestos de la medida, no provocan necesariamente una nueva valoración sino solo una verificación de su ocurrencia.

También queda descartada como variabilidad, en este sentido, la sustitución de una medida por una caución<sup>239</sup>.

Con todo, recalcar que si bien convergen en la incidencia de la variabilidad de la resolución (con o sin nuevo enjuiciamiento) en la estabilidad de los pronunciamientos recordar que ello no obsta a la certeza de los mismos, mientras se conserven los supuestos que motivaron su dictación, pues la variabilidad responde a rasgos esenciales, que configuran e informan el sistema cautelar.

### **Variabilidad producto del vínculo instrumental entre proceso principal y cautelar**

Nos referimos a los rasgos de provisionalidad e instrumentalidad tratados por Calamandrei, quien concretaba este último rasgo en la dependencia de la tutela cautelar respecto de un proceso diferente cuyo resultado debe garantizar<sup>240</sup> así “Hay pues en las resoluciones cautelares, más que el fin de actuar el derecho, el fin inmediato de asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva que servirá a su vez para actuar al derecho”<sup>241</sup>.

Esta idea, recogida en la doctrina tanto de España como nacional, de acuerdo a lo expuesto por Martín encontramos una faz funcional, relativa a la adaptación necesaria entre la materia o contenido de la medida y la situación requirente de cautela; y otra estructural, la que a su vez tiene dos caras, pues por

---

<sup>239</sup> CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, Cosa juzgada y tutela cautelar en el proyecto de código procesal civil, Ob. Cit., p. 250 251

<sup>240</sup> CALAMANDREI, Piero, Ob. Cit., p. 45

<sup>241</sup> Ídem.

una parte implica la necesaria existencia de un proceso principal y por otra parte la producción de efectos derivados de la vinculación entre proceso principal y la medida otorgada<sup>242</sup>. Evidenciamos la variabilidad en estudio a propósito de esta clase de consecuencias del tipo estructural.

### **Medidas cautelares requeridas antes del proceso principal**

Si bien el concepto de instrumentalidad, en estricto rigor, nos lleva a considerar que la eficacia de una medida cautelar depende necesariamente del intervalo que va desde el inicio hasta término de un proceso principal, de a poco tal planteamiento se ha ido aminorando con el tiempo permitiéndose medidas anteriores a la inicio del proceso principal o incluso solicitar nuevas medidas o la conservación de aquellas ordenadas en su momento, tras finalizar el proceso principal, eventos sujetos en todo caso al cumplimiento de ciertas condiciones.

Así el artículo 280 CPC al disponer que “Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días” destacar que se exige expresamente la presentación de la demanda la cual debe estar vinculada funcionalmente con la medida dispuesta de acuerdo al artículo 287 CPC “Para decretar las medidas de que trata este Título, deberá el que las solicite expresar la acción que se propone deducir y someramente sus fundamentos”, de modo que deberá rechazarse cualquier otra actuación distinta a aquella aún cuando persiga la conservación de la medida.

Si bien el legislador no indica que debe presentarse ante el mismo tribunal que otorgo la medida, ello se infiere del artículo 178 COT “No obstante lo dispuesto en el artículo 176, serán de la competencia del juez que hubiera sido designado anteriormente, las demandas en juicios que se hayan iniciado por medidas prejudiciales (...)”

Pero además de una presentación oportuna, conforme al artículo 280 CPC el solicitante deberá “pedir que se mantengan las medidas decretadas”

---

<sup>242</sup> MARTÍN PASTOR, J., La anotación preventiva como medida cautelar y el registro, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, p. 73

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos produce lo que Tavolari expone como un supuesto de nulidad de pleno derecho reconocido en el ordenamiento procesal nacional<sup>243</sup>.

Con todo, ha sido labor de la jurisprudencia determinar a propósito de lo expuesto en el artículo 280 CPC segunda parte “si no se deduce demanda oportunamente” que ello si bien incide en la medida concedida, no obsta la admisibilidad de la demanda en sí misma, así un fallo de la Corte Suprema expone “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... al haberse establecido una sanción distinta de aquella prevista en el artículo 280 el Código de Procedimiento Civil, a saber, tener por no presentada la demanda, por extemporánea, los jueces del fondo han cometido error de derecho”<sup>244</sup>.

### **Consecuencias derivadas de la detención del proceso principal en el cautelar**

Derivado de la instrumentalidad, la paralización concebida por Guasp como “aquella crisis de la actividad procesal que consiste en una quietud anormal del procedimiento, esto es, en la inexistencia de aquel avance que es propio a la idea de devenir temporal en el que el proceso consiste”<sup>245</sup> en un sentido amplio comprende la subordinación del proceso cautelar a la necesaria existencia de un procedimiento principal, y que lo que acontece en este último influye en el primero, pero de acuerdo a lo que nos interesa, como los cambios que puedan acontecer en los supuestos que fundan la pretensión cautelar inciden en nuevas solicitudes de medidas cautelares, dentro del proceso principal.

No existiendo norma expresa que regule la situación, como expone Cortez, la única excepción a la suspensión (y los alcances del mismo) lo encontramos a

---

<sup>243</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, Reflexiones actuales sobre la nulidad procesal, En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 91, 1ª parte, p. 1.

<sup>244</sup> Sentencia de la Excm. Corte Suprema, de 23/11/2007, Rol N° 12012-2007.

<sup>245</sup> GUASP, J., La paralización del proceso civil y sus diversas formas, En: Revista de Derecho Procesal, 1951-3, p. 383.

propósito de la competencia, proponiendo su aplicación frente a la ausencia de regulación, siempre que se trate de situaciones que exista el mismo motivo.

Así el artículo 112 CPC al disponer que “Mientras se halle pendiente el incidente de competencia, se suspenderá el curso de la causa principal; pero el tribunal que esté conociendo de ella podrá librar aquellas providencias que tengan el carácter de urgentes” comprendiendo dentro de la expresión urgentes aquellas referidas a tutela cautelar que existan en ese momento.

Por lo demás, mientras haya feriado serán los jueces de letras con competencia en lo civil quienes conocerán de las cuestiones referidas en el artículo 314 COT, donde figuran las medidas prejudiciales y precautorias.

Indicando como ejemplo de límite el autor lo dispuesto en el artículo 87 CPC “deben tramitarse en la misma pieza de autos” estima que no tiene mayor relevancia al tramitarse en cuadernos distintos.

Concluye que sin perjuicio de la paralización, la medida debe seguir produciendo sus efectos, consideramos que de provocar su estancamiento la haría ilusoria, y no tendría fin su existencia, pero si la paralización del proceso principal fuere desmesurada, ello cuestionaría la medida ordenada y justificaría su alzamiento, en este sentido la Corte Suprema ha decidido “3º) que en conformidad a lo establecido en el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, las medidas que establece dicha norma y que el demandado puede pedir en cualquier estado del juicio 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 éste por mantenerla procesalmente en permanente y progresiva actividad con el fin último de obtener el beneficio jurídico perseguido con ella”<sup>246</sup>.

### **Termino del proceso principal e incidencia en la medida cautelar**

En este punto debemos distinguir como se produce y en consecuencia los efectos que derivan de ello, sin perjuicio de la necesaria expiración de la medida al término del proceso principal pues como señala la Corte Suprema “Que las medidas

---

<sup>246</sup> Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 22/08/1988, En: Fallos del Mes N° 357, p. 492.

precautorias pueden solicitarse en cualquier estado del juicio y, por tanto, son accesorias a éste y no pueden mantenerse más allá del término de la causa en que se decretaron, por lo que cesan con la sentencia de término, sea que ésta se acoja o no dé lugar a la demanda. Lo contrario sería sustraer del comercio humano determinados bienes sin motivo justificado, lo que se opone a la garantía del derecho de propiedad...<sup>247</sup>.

Cabe también indiciar que, si bien ninguna de las situaciones se encuentra regulada, en forma expresa aludiendo a los efectos que se producen en el procedimiento cautelar, igualmente llegamos a conclusiones de la regulación existente.

### **Sin sentencia estimatoria**

Incluimos la sentencia absolutoria (de fondo como aquella meramente procesal) y términos anormales del proceso, debiendo en todo caso distinguir aquella situación en que la medida se extingue con ocasión de la finalización del proceso, de aquella en que se extingue por variación de los supuestos y en consecuencia del peligro, motivo de su concesión de acuerdo al artículo 301 CPC.

Con todo se requiere un pronunciamiento del tribunal en este sentido ya en la sentencia de término o por medio de una resolución distinta, produciendo sus efectos desde que alcance firmeza, sin perjuicio que, con prescindencia de la actuación oficiosa del tribunal o antes de que la resolución logre firmeza, pueda el demandado solicitar el alzamiento de la medida teniendo como principal fundamento el desaparecimiento del peligro que fundó la concesión de la misma.

### **Transacción judicial**

Presenta la particularidad de poner término a un proceso sin sentencia y a su vez sirve como título ejecutivo de acuerdo al artículo 2460 CC, en consecuencia

---

<sup>247</sup> Sentencia de la Excm. Corte Suprema, de 25/01/1999, En: Fallos del Mes N° 482, p. 2895.



de admitirse, totalmente o solo en parte, determinada medida, ello debe respetarse, conservando la misma su eficacia siempre que sirva a su fin<sup>248</sup>.

### **Sentencia estimatoria**

El término del proceso principal produce, por aplicación de la instrumentalidad, que también se extinga la medida cautelar concedida pues la sentencia constituye un título ejecutivo que le permitirá al demandante obtener el cumplimiento de lo resuelto. Con todo, el tiempo que media desde el título ejecutivo y la práctica del embargo puede ser aprovechado por el demandado a fin de eludir el cumplimiento, de ahí que se permita la conservación de la medida cautelar hasta el comienzo del proceso ejecutivo, transformándose de cautelar en ejecutiva, siempre que aproveche a tal proceso.

Encontramos así el artículo 235 CPC, relativo a una forma de dar cumplimiento a lo resuelto, siempre que no haya habido oposición o bien, existiendo ha sido desestimada por resolución firme, y que al referirme a aquellas resoluciones que disponen el pago de una cantidad de dinero señala que “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 esté garantizando el resultado de la acción de conformidad al Título V del Libro II”.

Así, la medida precautoria en este caso fue concedida en función de garantizar la integridad del patrimonio del deudor para así asegurar una ejecución próxima, de ahí que la existencia de esta afección haga innecesaria una adicional en el proceso ejecutivo, siendo suficiente para obtener el cumplimiento forzoso.

Esa situación, generalmente conocida como conversión de la medida cautelar en ejecutiva<sup>249</sup> implica no solo la conservación de los efectos inherentes de la medida cautelar, sino además posibilita la ejecución forzosa, cambio que se

---

<sup>248</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, El embargo..., Ob. Cit., p. 551. Cfr., CALDERON CUADRADO, M.P., Las medidas cautelares indeterminadas..., Ob. Cit., p.299.

<sup>249</sup> SERRA DOMINGUEZ, M., Teoría general de las medidas cautelares, Ob. Cit., p. 109

produciría entonces de forma inmediata, sin solución de continuación y siempre que no requiera de actos ejecutivos complementarios.

Así Cortez estima que dicha conversión se fundamenta en el artículo 235.1ª CPC al señalar 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: 1ª. Si la sentencia ordena entregar una especie o cuerpo cierto, sea mueble o inmueble, se llevará a efecto la entrega, haciéndose uso de la fuerza pública si es necesario”

Concordamos con el autor pero siempre, y tal como él señala, que la medida cautelar sea equivalente a la ejecutiva, como ocurre por ejemplo en el secuestro de la cosa que es objeto de la demanda (artículo 290. 1ª CPC) o en una orden de pago cuando se ha dispuesto como medida la de retención de dineros a favor del actor (artículo 290. 3ª CPC) en estos casos, y aún cuando el legislador no lo haya dispuesto explícitamente, si la sentencia ordena la entrega de una especie corporal mueble o inmueble, habrá que atender primero a si existen con el fin de asegurar el resultado de la acción, y en tal caso se aplica la primera regla del artículo 235 CPC.

Situación distinta ocurre en otra clase de medidas cautelares, como el nombramiento de uno o más interventores (artículo 290. 2ª CPC) o la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados (artículo 290. 4ª CPC) al no poder en forma instantánea convertirse la medida en ejecutiva, debiendo necesariamente mediar actos ejecutivos, sin que por ello no se valgan de los efectos de la cautelar<sup>250</sup>.

En cuanto a las medidas innominadas, estimo que nada obstaría a su conversión siempre que sea equivalente a una medida ejecutiva, pues al no regularse este sistema ni aún para las medidas previstas en la ley, entonces no debiese ser obstáculo respecto de aquellas que no lo están. Además, la exigencia de caución que permite el artículo 298 también contribuiría a su conservación luego de finalizado el proceso principal y siempre que la medida sea indispensable para

---

<sup>250</sup> CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, Cosa juzgada y tutela cautelar en el proyecto de código procesal civil, Ob. Cit., p. 264

asegurar la ejecución, sin que por ello deba por ejemplo, solicitarse que el actor acredite tal riesgo, pues su conservación se fundamenta en la conversión. En cuanto a los efectos de la medida si bien aviene con aquellas de carácter conservativo, en orden a asegurar la futura ejecución, estimo que aún cuando sea una tutela anticipativa, siempre que tenga por fin asegurar el objeto del juicio y cumpliendo los demás requisitos, debiese proceder igualmente la conversión, pues no es sino hasta la ejecución completa que el actor verá satisfecha su demanda.

Con todo, debemos poner atención a la excesiva duración que pueda tener una medida, pues bajo la premisa de su conservación o modificación siempre que subsistan o varíen, respectivamente, los supuestos que motivan su dictación junto con la circunstancia de no existir en la ley un plazo dentro del cual el actor que obtuvo en el pleito deba insistir en la ejecución, podría llegar a ocurrir, una subsistencia excesiva de la medida del todo perjudicial y atentatorio al carácter provisional. Frente a ello, Cortez plantea como solución el abandono del procedimiento (artículo 152 y siguientes CPC) pero ello importa que las partes no realicen actuación alguna en un juicio existente, siendo día inicial para calcular la inactividad suficiente a fin de declarar el abandono “la última resolución recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos”. Además se requiere que el juicio se encuentre pendiente, lo que ocurre desde la notificación legal de la demanda hasta su término por sentencia ejecutoriada (firme) de acuerdo al artículo 153 CPC.

Luego, lograda que sea la ejecución, no se justifica la subsistencia de la medida, pues su objeto cautelar fue satisfecho.

El autor también propone como solución la aplicación por analogía del plazo de diez días prorrogables para la presentación de la demanda, tratándose de medidas cautelares dispuestas antes de dar curso al proceso<sup>251</sup>.

---

<sup>251</sup> CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, Cosa juzgada y tutela cautelar en el proyecto de código procesal civil, Ob. Cit., p. 265.

## **Sustitución de una medida cautelar por una caución**

Este tipo de garantía se fundamenta por una parte en la mínima injerencia en la esfera patrimonial del demandado, o sea que la sustitución le resulte menos gravosa, pero siempre eficaz en cuanto al pretendido aseguramiento<sup>252</sup>.

Luego esta situación puede ser del todo provechosa ya para el demandado, a fin de que la medida no sea utilizada con fines coactivos o mal utilizados, como por ejemplo, que pongan en riesgo la actividad económica del demandado; y provechosa para el demandante al conseguir una garantía mucho más fácil de satisfacer.

Sin embargo, y así como otras cuestiones en materia de proceso cautelar, se encuentra deficientemente regulado.

Se alude al tema en estudio en el artículo 301 CPC al disponer 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.”

Luego, señala su carácter provisional atendiendo a la extinción de la medida por desaparecer el peligro o en su caso, implícitamente, la sustitución de la medida por la caución. No obstante, el fundamento de esta última idea no es la provisionalidad, sino como dijimos evitar una situación más perjudicial al demandado compatibilizado con el aseguramiento pretendido por el actor.

Con todo, en esta materia es necesario efectuar bastantes precisiones, así partiremos con lo relativo a la posibilidad de obtener la caución como reemplazo de la medida cautelar.

De acuerdo al artículo 301 CPC parece indudable la necesidad de resolución previa, a petición de parte, que así lo declare. Así fue como la sesión cuarta de la Comisión Revisora del Código resolvió sustituir la expresión “deben cesar” utilizada en el proyecto de Lira, por “deben hacerse cesar” luego se evidencia la exigencia de

---

<sup>252</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel, El embargo..., Ob. Cit., p. 360-1.

resolución judicial previa, en consecuencia la medida nunca podría extinguirse de pleno derecho<sup>253</sup>.

En cuanto a la legitimación activa, es procedente respecto del actor y del demandado, disipándose en este punto aquella confusión de ciertos autores que entendían que ambas partes tenían similares derechos<sup>254</sup> así Cortez distingue entre la facultad del actor, en orden a solicitar el cambio de una medida cautelar por otra distinta, nueva; y por otra parte la posibilidad del demandado de solicitar la sustitución de la medida por la caución suficiente. En consecuencia la norma trata supuestos distintos de cese de la medida que claramente no pueden producir los mismos efectos jurídicos. Con todo, el último supuesto no corresponde a una extinción propiamente tal, sino una sustitución.

Debemos precisar que la “suficiencia” a que se refiere la norma debe entenderse no solo en términos cuantitativos, sino también que sea adecuada, capaz de cumplir su fin asegurativo.

Ante la precaria regulación de esta institución, sin determinar el tipo ni monto, de acuerdo al artículo 46 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” de lo que se concluye que son válidas toda clase de garantías contempladas por el legislador, sean reales o personales, siempre que tengan el carácter de suficientes, circunstancia que deberá valorar el juez caso a caso, debiendo considerar, a más de su cantidad, especialmente su liquidez e idoneidad en cuanto a garantía.

### **Variabilidad de las resoluciones cautelares debido a cambios de sus presupuestos**

En esta materia nuestra doctrina y jurisprudencia han aportado a la elaboración de un entramado donde cabe el tema de la variabilidad en base a un precepto fundamental, así el artículo 301 CPC establece que "Todas estas medidas son esencialmente provisionales. En consecuencia, deberán hacerse cesar siempre

---

<sup>253</sup> ROJAS RODRIGUEZ, Mario, Las Medidas Precautorias, Ob. Cit., p. 47-8

<sup>254</sup> ANABALÓN SÁNDERSON, Carlos, Tratado práctico..., Ob. Cit., p. 61-2

que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar o se otorguen cauciones suficientes"

Así, fundado en el precepto que consagra la provisionalidad de las medidas cautelares, nuestra doctrina y jurisprudencia explican varias situaciones que convergen en la posibilidad de transformación o desaparecimiento de una medida cautelar, con independencia de la razón aducida al efecto.

De este modo, fundado en el precepto en comento, la Corte de Apelaciones de Talca ha decidido que "las medidas precautorias no pueden subsistir una vez fallada la causa, sino en cuanto sean necesarias para asegurar el cumplimiento de lo resuelto"<sup>255</sup> por el contrario, la Corte Suprema ha resuelto que "el hecho de dictarse sentencia favorable al demandado, en primera y segunda instancia, no autoriza para el alzamiento inmediato de la medida. Mientras no esté ejecutoriada (firme) la sentencia, existen posibilidades de reforma de ella, por lo que el peligro subsiste"<sup>256</sup> resultando inoportuna la aplicación del precepto en comento.

Del análisis de los casos expuestos, podemos concluir que más que un problema de variabilidad, se trata de un problema de efectos que puede producir la medida, en razón de su carácter instrumental respecto del proceso principal, que aún cuando pueda influir en los presupuestos que motivan su dictación, no se requiere una nueva valoración de los mismos.

De este modo, la Corte Suprema, en el ejercicio de sus facultades oficiosas dejó sin efecto las medidas prejudiciales precautorias otorgadas y conservadas sin que mediaran antecedentes que lo justifiquen y por corresponder a "medidas que por disposición de la ley son esencialmente provisionales y en este caso... Se han mantenido por más de diez años sin adelantarse en el juicio ordinario en que inciden".

Siguiendo lo que plantea Cortez y de lo expuesto es que se desprende que nuestro CPC bajo la expresión provisionalidad comprende numerosas situaciones dada la amplitud en que se consagra la expresión, abarcando en general todas

---

<sup>255</sup> Sentencia de la Ittma. Corte de Apelaciones de Talca, de 01/06/1914, En: Gaceta Jurídica N° 221, p. 609.

<sup>256</sup> Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 19/12/1936, En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 34, sec. 1ª, p. 153

aquellas cuestiones que puedan incidir en la transformación o extinción de las medidas cautelares producto de su vínculo instrumental con el proceso principal.

Con todo, debemos tener especial cuidado en un elemento importante que integra el artículo 301 CPC, resultando como consecuencia derivada de la provisionalidad, la extinción de la medida por haberse otorgado cauciones suficientes. Aún cuando el código no lo diga explícitamente, en realidad dicha expresión hace alusión a la posibilidad que tiene el demandado para solicitar cambiar la medida cautelar por la caución siempre que la primera pueda ocasionarle mayor gravamen o perjuicio, dándose entonces la caución como contrapartida, mediante la cual en todo caso se garantiza o asegura la pretensión del actor.

A pesar de no existir un pronunciamiento por nuestra doctrina, en orden a considerar si la resolución recaída en el proceso cautelar produce cosa juzgada, de lo existente y analizado llegamos a una conclusión negativa.

Recordemos que nuestro ordenamiento solo reconoce el efecto de cosa juzgada a las sentencias definitivas e interlocutorias, no produciendo el mismo autos ni decretos. Luego, de acuerdo a lo expuesto en la introducción de este capítulo, gran parte de nuestra doctrina estima de la resolución recaída en el proceso cautelar tiene por naturaleza jurídica la de un auto, y en caso de seguir este planteamiento es que podríamos llegar a situaciones extremas, como acceder ilimitadamente a la presentación de solicitudes de medidas cautelares, ya sea pidiendo aquellas que antes fueron rechazadas o bien pidiendo de forma reiterada el alzamiento de medidas antes decretadas. Con el fin de limitar tales situaciones es que la doctrina y jurisprudencia han debido elaborar mecanismos que impidan llegar a tales extremos en base a, paradójicamente, lo que Cortez denomina como "el paradigma del fundamento de la variabilidad de las resoluciones cautelares" el artículo 301 CPC<sup>257</sup>.

En este sentido, en una sentencia la Corte Suprema resolvió que "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 invocar las circunstancias que expresa y

---

<sup>257</sup> CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, Cosa juzgada y tutela cautelar en el proyecto de código procesal civil, Ob. Cit., p. 273.

determinadamente establece el precepto que precisamente trata de dicho alzamiento (artículo 301 CPC), lo que no ha ocurrido en este caso"<sup>258</sup>.

Pese a lo excesiva que puede considerarse la exigencia, la jurisprudencia en este sentido siempre ha requerido la modificación de las circunstancias consideradas al momento de conceder la medida.

Así reviste importancia la institución a la que ya nos hemos referido, incorporada por la doctrina jurisprudencial, que podríamos mencionar como "desinterés del actor en la prosecución del juicio". Este factor ha sido fuertemente considerado al momento de disponer el alzamiento de una medida cautelar, aún cuando el mismo no haya influido en la variación o modificación de los presupuestos de la medida. Así se ha resuelto que "Por lo demás se trata de medidas que por disposición de la ley son esencialmente provisionales y en este caso... Se han mantenido por más de diez años sin adelantarse en el juicio ordinario en que inciden"<sup>259</sup>, en tanto la Corte Suprema, en forma categórica ha resuelto 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 éste se ha paralizado en diversas ocasiones y por prolongados periodos, sin la práctica de los tramites indispensables necesarios para darle término, todo lo cual demuestra un desinterés jurídico en el resultado de su acción"<sup>260</sup>.

Estimo que para poder entregar una solución más elaborada y concreta será necesario primero arribar a una conclusión en cuanto a su naturaleza jurídica para luego determinar lo relativo a la producción de los efectos de cosa juzgada inherente a la sentencia interlocutoria, pero vedada de ser considerada como auto.

Pero ello no es el único factor a considerar, pues como dijimos anteriormente la doctrina y jurisprudencia, en base a la provisionalidad es que ha

---

<sup>258</sup> Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 06/04/1962, En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 59, sec. 1ª, p. 103.

<sup>259</sup> Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 25/01/1978, En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 75, sec. 1ª, p. 91

<sup>260</sup> Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de 22/08/1988, En: Fallos del Mes N° 357, p. 492



solucionado este asunto, luego no podemos desconocer que la respuesta que podamos dar será clave lo dispuesto en el artículo 301 CPC, particularmente la interpretación que demos al mismo.

Pese a que el carácter provisional de la medida cautelar, impediría que la resolución produjese efecto de cosa juzgada, considero que, como indica Tavolari y de acuerdo a lo expuesto por Hoyos que se produciría “cosa juzgada substancial provisional”<sup>261</sup> así el mandato contenido en la sentencia se hace invariable, ya en el proceso en que ha recaído como para cualquier otro juicio posterior, pero siempre que las circunstancias que legitimaron su dictación no hubieren cambiado.

Si bien por descontado produciría cosa juzgada formal, ello como garantía a lo resuelto, y a su vez la producción de efectos de cosa juzgada material garantizaría los “derechos adquiridos” del actor al solicitar la medida y en su caso la substitución de ella por la caución, y también los del demandado al permitir garantizar su situación, principalmente que en caso alguno será más gravosa y lesiva a sus derechos e intereses.

Pero los efectos anteriores deben entenderse en relación a la provisionalidad, lo cual explicaría la variabilidad de la resolución cautelar, teniendo certeza la resolución en cuanto existan los mismos motivos que motivaron su dictación, de lo contrario nada debiese impedir su modificación, ello porque no podemos desatender a la provisionalidad característica de las medidas cautelares, particularmente importante en esta materia. Si lo desconociéramos, iríamos incluso contra la esencia misma de la tutela cautelar, la obtención de una medida a través de la cual se pueda satisfacer en forma rápida, oportuna y efectiva la protección requerida.

---

<sup>261</sup> TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, Ob. Cit., p. 28 y 29, Hoyos Cfr., Algunos aspectos de la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico chileno bajo el prisma del Derecho procesal moderno, en Libro de Homenaje a Jaime Guasp, Editorial Comares, Granada, 1984, p. 329

## **CAPITULO QUINTO**

### **LAS MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN EL PROYECTO DE LEY DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

El siguiente análisis se basa la versión del Proyecto de Ley de Código Procesal Civil, texto aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados, con fecha 4 de marzo de 2014.

En este capítulo y adelantándonos a la reforma venidera, es que analizaremos a la luz de ello los siguientes temas: caución, medida cautelar innovativa, responsabilidad, tramitación de las medidas cautelares solicitadas en audiencia o fuera de ella. En este caso junto con transcribir las normas que correspondan daré unas breves apreciaciones.

La materia en general se consagra en el Título XII “Las Medidas Prejudiciales y Las Medidas Cautelares”, dividido en cuatro capítulos denominados “Las Medidas Prejudiciales”, “Medidas Cautelares”, “Medidas Prejudiciales Cautelares”, “Derecho Legal de Retención”, los que a su vez se dividen en párrafos, comprendiendo los artículos 161 a 200.

A propósito de la caución, lo encontramos en el Capítulo 2º “Medidas Cautelares”, Párrafo 1º “Reglas Generales”, artículos 177 y 178:

“Artículo 177.- Caución. La parte que solicite la medida cautelar deberá, en los casos previstos por la ley, otorgar previamente garantía suficiente para responder de los perjuicios que con ella se pudieren ocasionar a su contraparte.

Se deberá otorgar siempre caución previa para decretar medidas cautelares en forma prejudicial.

Tratándose de medidas cautelares solicitadas en el curso del procedimiento, el tribunal exigirá o no caución atendidas las circunstancias del caso. Con todo, no se requerirá el otorgamiento de caución tratándose de medidas conservativas nominadas que se refieran a los bienes materia de juicio.

El tribunal deberá determinar el monto por el cual se deberá rendir caución, la que se mantendrá vigente durante todo el juicio y hasta el vencimiento de los plazos y gestiones previstos en el artículo 179”

Comentario: se vislumbra un tratamiento diferenciado, encontrándose una caución obligatoria al solicitante de una medida cautelar, sin hacer distinción si es de aquellas conservativas o innovativas, de lo cual podríamos concluir que se aplica indistintamente a ambas por el argumento anterior, sumado a que el artículo forma parte del párrafo 1º “Reglas Generales”, no obstante luego nos daremos cuenta que ello no es así, con todo constituye requisito ineludible de medidas cautelares prejudiciales; facultativa respecto de medidas solicitadas durante la tramitación del proceso; y la inexistencia de la obligación al señalar “Con todo, no se requerirá el otorgamiento de caución tratándose de medidas conservativas nominadas que se refieran a los bienes materia de juicio” ello corrobora la obligatoriedad ilusoria a la que me refería anteriormente, sin embargo, puede volver a concretarse o ser verdadera en el evento de tratarse de bienes que no sean materia de juicio, pero que igualmente sirvan al proceso, conclusión a la que llego de acuerdo a la expresión utilizada “con todo” y porque el legislador al exceptuar la exigencia se refiere expresamente a “los bienes materia de juicio”.

Destaco también el tratamiento de conservación de la caución “durante todo el juicio y hasta el vencimiento de los plazos y gestiones previstos en el artículo 179” el que trata la responsabilidad. Estimo que se trata de una valiosísima incorporación al proyecto, pues esta materia, escasamente tratada y regulada produce muchas confusiones e interpretaciones o resoluciones que dejan en desventaja al demandado vencedor que sufrió las consecuencias perniciosas de la medida.

“Artículo 178.- Suficiencia y naturaleza de la caución. La caución ofrecida podrá ser real o personal. Para aceptar las cauciones que se ofrezcan, el tribunal procederá previamente a la calificación de su efectiva suficiencia.

Para estos efectos, deberá acreditarse que el bien ofrecido, ponderadas las demás garantías o embargos que lo afecten y su efectivo valor comercial, cubre el monto fijado para la caución. Igual ponderación se efectuará tratándose del fiador, caso en el cual deberá comprobar al tribunal su real capacidad patrimonial para responder por el señalado monto.

Se entenderá siempre apta la caución que consista en dinero efectivo consignado en la cuenta corriente del tribunal, depósitos bancarios, boletas bancarias de garantía, pólizas de seguro u otros instrumentos de similar liquidez.”

Comentario: unido al abandono de un carácter meramente potestativo de la exigencia en comento, se destaca igualmente una regulación más detallada que proporciona el proyecto, explicitando el tipo de caución, las ponderaciones que constituyen pautas para el juez al momento de determinar ya la suficiencia del bien o del fiador, y la materialización de la caución.

Tratándose de la responsabilidad, dispone el artículo 179:

“Artículo 179.- Responsabilidad. Los perjuicios que las medidas cautelares dolosas o abusivas pudieran causar, serán de responsabilidad de quien las solicite.

Dentro del plazo de dos meses contados desde que se encuentre firme o ejecutoriada la sentencia definitiva que rechace la demanda o aquella que ponga término al proceso, el demandado podrá solicitar al tribunal que hubiere conocido de la causa que declare que la medida cautelar fue solicitada en forma dolosa o abusiva. El tribunal citará a las partes a una audiencia, a la que deberán concurrir con todos sus medios de prueba.

En contra de la resolución que se pronuncie accediendo o denegando la declaración solicitada, procederá el recurso de apelación.

Ejecutoriada la resolución en la cual se formule la declaración de haberse solicitado en forma abusiva o dolosa la cautela, se podrá demandar la indemnización de los perjuicios dentro del plazo de seis meses. Esta demanda se tramitará conforme al procedimiento sumario, ante el tribunal que hubiere conocido de la causa o aquel que fuere competente conforme a las reglas generales. El tribunal, al pronunciarse sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en la declaración previa de haberse solicitado la cautela en forma dolosa o abusiva, debiendo tan solo determinar la existencia y el monto de los perjuicios que deberá pagar dicho solicitante.

Se entenderá caducado el derecho de demandar la indemnización de perjuicios por haberse solicitado en forma dolosa o abusiva una cautela; si no se

solicita la declaración o no se interpone la demanda de indemnización de perjuicios dentro de los plazos contemplados en los incisos anteriores.”

Comentarios: Reiterando lo dicho a propósito del artículo 177, considero una incorporación totalmente relevante y valiosa en materia de responsabilidad derivada del uso de la tutela cautelar.

Destacar que de la lectura del precepto en comento se desprende que el legislador sigue un sistema de responsabilidad objetiva, que como indicamos en su momento (hacer referencia al apartado de responsabilidad en el capítulo 1º) resulta más conveniente dada la complejidad existente en la prueba de la culpa.

Además, el establecimiento de plazos para poder hacer efectiva la responsabilidad da a los litigantes certeza en cuanto al tiempo de que disponen para perseguir dicha pretensión, sancionándolos con la caducidad de los plazos en caso de no respetarlos, consagrándose incluso la revisión de la resolución que se adopte al disponer que es susceptible de apelación.

Señalar que se contempla la regulación de un sistema para poder demandar la indemnización de perjuicios que haya lugar, disponiéndose para ello de un procedimiento sumario, lo que también resulta innovador pues se abandona la tramitación del asunto en un juicio de lato conocimiento. Estimo del todo certera la decisión del legislador en este sentido, pues no tiene lógica la discusión en un procedimiento del todo extenso, una cuestión que ya es precedida por una resolución ejecutoriada en la que se declaró la solicitud dolosa o abusiva de cautela, por lo demás, se reserva para el proceso sumario cuestiones que derivan de la declaración anterior, así dispone el artículo al señalar que “El tribunal, al pronunciarse sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en la declaración previa de haberse solicitado la cautela en forma dolosa o abusiva, debiendo tan solo determinar la existencia y el monto de los perjuicios que deberá pagar dicho solicitante.”

Encontramos en el Párrafo 3º “Medidas Cautelares Conservativas e innovativas” en el artículo 189 la medida cautelar innovativa

“Artículo 189.- Medida cautelar innovativa. Ante la inminencia de un grave perjuicio, el juez, a petición de parte, podrá disponer medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho preexistente total o parcialmente a la solicitud.

La medida cautelar innovativa se decretará en forma excepcional, cuando el peligro de grave perjuicio no pueda ser tutelado con el otorgamiento de una medida cautelar conservativa.”

Comentarios: En este punto, considero que si bien alabo su incorporación, me permito hacer algunas acotaciones del precepto mismo.

En primer lugar si bien estimo ventajoso que se hayan explicitado los efectos de la medida en cuando a “reponer un estado”, de lo mismo critico que ello no se condice con la calificación de “innovativa” la que de acuerdo a su acepción 1º se define como “Mudar o alterar algo, introduciendo novedades”<sup>262</sup>. De ello concluyo que aún existen resquemores del legislador al momento de aceptar la posibilidad de producir efectos anticipativos en pos de hacer efectivo el ejercicio de la tutela judicial, pese al carácter provisional de la medida y al otorgamiento de caución, que de acuerdo a la redacción del artículo 177 del proyecto, la regla general que podemos desprender de su inciso primero es la exigencia de rendir garantía suficiente por el solicitante de una medida a fin de responder de los perjuicios que pueda causar a su contraparte.

También considero el carácter excepcional que le da el legislador a esta clase de medidas, ello al señalar que “se decretará en forma excepcional, cuando el peligro de grave perjuicio no pueda ser tutelado con el otorgamiento de una medida cautelar conservativa” evidenciándose un tratamiento, en cuanto a su aplicación, distinto a las medidas del tipo conservativas, lo que ya deja a las anticipativas en un plano de desigualdad, pues su aplicación se podrá pretender prácticamente por descarte, lo que se debilita aún más debido a la ausencia de pautas para su materialización, pues al clasificarse las medidas en atención a sus efectos, al limitar estas a la restitución del estado anterior, resulta que pueden ocurrir situaciones en que, no cabiendo la aplicación de medidas conservativas, igualmente se haga

---

<sup>262</sup> Visto en: <https://www.google.cl/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=innovar+significado+rae>, [visitado el: 03/01/2015]

insuficiente la aplicación de una innovativa, quedando entonces en la total indefensión el solicitante, vulnerándose, una vez más, los artículos 19 N° 3 “la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”, N° 2 inciso 2° y N° 3 inciso 4° referidos al debido proceso legal, todos pertenecientes a la Constitución Política de la República, en la que si bien no existe una definición o consagración positiva expresa, convergen en el derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la tramitación, de acuerdo al Párrafo 4° “competencia y Procedimiento” destaco la regulación dada a la tramitación de las medidas cautelares solicitadas en audiencia o fuera de ella:

“Artículo 193.- Tramitación de las medidas cautelares solicitadas en audiencia. En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán como incidentes en audiencia, de acuerdo a las reglas generales, pudiendo llevarse a cabo una vez que fueren concedidas y se hubiere otorgado en su caso la caución exigida.

En casos graves y urgentes y a petición de parte, el tribunal podrá ordenar que se lleve a efecto la medida de inmediato, aun antes de constituirse la caución exigida, bajo apercibimiento de quedar sin efecto de pleno derecho, si aquella no es debidamente constituida dentro de quinto día.”

“Artículo 194.- Tramitación de las medidas cautelares solicitadas fuera de audiencia. En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán como incidentes fuera de audiencia, de acuerdo a las reglas generales.

En casos graves y urgentes, podrán concederse estas medidas de inmediato y sin previa notificación del demandado. En la misma resolución que conceda la medida y que confiera traslado al demandado para hacer valer sus derechos, el tribunal fijará un plazo para su notificación, el que no podrá exceder de diez días, ampliable por una sola vez hasta por igual número de días, debiendo solicitarse esa ampliación antes del vencimiento del plazo e invocarse motivos fundados.

En caso de no practicarse la notificación dentro del término fijado por el tribunal, las medidas concedidas quedarán sin efecto de pleno derecho.

En los mismos casos previstos en el inciso segundo, si el tribunal exigiere el otorgamiento de caución, podrá procederse en la forma prevista en el inciso segundo del artículo 193.”

Comentario: En este caso me referiré a ambos preceptos, para destacar la incorporación de los mismos, y la ventaja que trae aparejado ello, pues explicita y deja claro el procedimiento a que se somete la resolución de la medida, supeditándose el otorgamiento de caución garantizando a la contraparte. Lo único criticable es que al señalar que “se tramitarán como incidentes” no se soluciona el problema en torno a la naturaleza jurídica atribuible a la resolución recaída en la medida y consecuentemente, si tales resoluciones producen o no efecto de cosa juzgada.



## CONCLUSIÓN

Si elegí este tema fue por la curiosidad que me daba estudiar una materia de la que no existe nada. ¿Por qué se llaman innominadas? Porque solo existen, se materializan cuando el juez la ordena en virtud de una solicitud hecha por una persona cuya pretensión se encontraba en la indefensión, pero en una máxima, en una que ni aún el legislador fue capaz de prever que podría ocurrir ello, de ahí que le permitiría al juez disponer de una medida, que teniendo el carácter de cautelar, sería a su vez muy especial, pues solo serviría para esa situación.

Resulta entonces una lástima la falta de una consagración constitucional expresa de la “tutela cautelar”, del “poder cautelar general” al juez, pues ello solo ha contribuido al aumento en la pasividad de estos, refugiándose en la falta de normas que expresamente los faculten, en este sentido, a crear una norma (resolución que recaiga en el proceso cautelar), concretamente una medida que cumpla el fin de tutelar un caso que, atendidas sus particularidades, no cabe dentro de un sistema excesivamente reglado, abandonando de este modo la aplicación de medidas innominadas.

En mis palabras no es que este proponiendo una autonomía del sistema cautelar pues, así como postulan otros autores, considero que dado su carácter eminentemente instrumental no resultarían prácticas, porque pasarían a ser un proceso principal más, perdiendo aquella particularidad que, como bien señala Calamandrei, más que hacer justicia por sí mismas, contribuyen a garantizar el funcionamiento de la justicia.

El problema...en realidad son varios, parten desde el tratamiento que les da el legislador, pues “se desprenden” del artículo 298, o sea no existe norma que disponga, por ejemplo “Podrá también el juez dictar, frente a una situación que cumpliendo con los requisitos generales, no encuadre en las medidas contenidas en el artículo 290, la medida que estime idónea para asegurar el resultado de la acción”.

Luego el carácter de norma de clausura contribuye a una consideración subsidiaria desde un punto de vista negativo, a mi parecer, ya que provoca que los

jueces se encierran en la aplicación de las medidas dispuestas en el artículo 290 CPC, sin atreverse a ir un paso más allá, a pesar de las herramientas que existen ya en la legislación como en doctrina, en donde fundamentalmente esta última ha contribuido a la configuración de las medidas innominadas, mal llamadas, a mi parecer, de “creación jurisprudencial”.

Dentro de estas herramientas no bien aprovechadas me gustaría recalcar lo que ocurre a propósito de la caución, pues su regulación más bien variable que uniforme, provoca una desigualdad que se refleja tanto en su sistematización como en los litigantes. Considero que resultaría bastante ventajoso exigir la caución en todo momento, pues contribuiría de un modo efectivo a la debida garantía y protección del demandado, situándolo en una situación de equilibrio e igualdad respecto del solicitante, cumpliendo la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, de acuerdo al artículo 19 N° 2° y 3° de la Constitución Política de la República, respectivamente. La existencia de un régimen predominantemente facultativo respecto de esta exigencia, importa que al no ser un deber, el juez si lo considera necesario dispondrá de ella, lo que pone en riesgo no solo la medida y su concreción, sino también el patrimonio e intereses del demandado, particularmente en materia de responsabilidad del solicitante de la medida y la del juez, que deriva de la injerencia causada en el patrimonio del sujeto pasivo de la medida. En este sentido, la caución daría seguridad a los litigantes, tanto a quien solicita en que será otorgada la medida; el sujeto pasivo que de verse perjudicado tiene certeza en que será resarcido; y principalmente el juez, quien es el que finalmente resuelve, pero al que normalmente no se le atribuye responsabilidad en sus decisiones.

Ahora, me gustaría vincular el tema de los efectos de la medida con su concreción, es decir la posibilidad de obtener una tutela anticipada y la orden de no innovar. Si estudiamos la orden de no innovar como expresión de medida innominada, fue justamente porque en ella, a diferencia de otras situaciones, es más probable que se dé una tutela que cumpla fines anticipativos o innovativos. Si bien esta clase de finalidad no es aceptada por parte importante de nuestra doctrina, resultando más bien lejana a nuestra realidad jurídica, no se puede desconocer las

ventajas prácticas que presenta en ciertas situaciones, como por ejemplo en alimentos provisionales. Si queremos dar un paso más, tenemos que mirar más allá de nuestros horizontes, así considero que debería replantearse el tema de la tutela anticipativa, ¿por qué no concederla? Pero, no de buenas a primeras, atendamos de todas formas a su carácter excepcional, por ejemplo, si se tratara de una cuestión susceptible de desaparecer al momento de dictarse sentencia, una debida ponderación de los intereses en juego que deberá efectuar el juez, consideremos también la exigencia de caución, herramienta que sería útil en su aplicación, pero particularmente poner atención a la provisionalidad e instrumentalidad de la medida, pues la resolución de su otorgamiento en caso alguno implicará una decisión de fondo, ya que el juez determinará su aplicación de acuerdo a los antecedentes y cumplimiento de requisitos que obren en ese instante, y finalmente la utilidad que presta al proceso principal. Estimo que una aplicación como esta contribuiría notoriamente a solucionar el problema en la demora de los procesos.

Finalmente me quiero referir a los efectos que produce la resolución que resuelve una medida cautelar innominada para luego volver a la esencia: problema de límites de la cosa juzgada en el tiempo derivados de la provisionalidad y el que deben ser idóneas para su fin. Más que reiterar lo dicho en su momento, simplemente refrendar que la medida se dispone para amparar determinada situación, si esta cambia requiriendo igualmente de tutela y cumpliéndose los requisitos, la medida puede derivar en inadecuada e incluso insuficiente, frente a ello se hará entonces necesaria una modificación de la medida, ello responde a su carácter provisional (reflejado en el cambio o alzamiento de la medida) y en que deba ser idónea para su fin, de lo contrario su aplicación resultaría absurda.

Las medidas cautelares innominadas existen, y están más vigentes que nunca, pese a que en la práctica no se decreten con la frecuencia necesaria, en proporción a las solicitudes que puedan existir, este trabajo busca eso, abrir nuevos horizontes. Abandonemos el desconocimiento y la desconfianza en pos de la justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Fernando: Curso de derecho procesal, Santiago, 1940
- ALLORIO, Enrico: "Per una nozione del proceso cautelare", en Rivista di diritto processuale civile, I, 1936
- ANABALÓN SANDERSON, Carlos: El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, Santiago
- Tratado práctico de derecho procesal civil chileno, t II, Santiago, 1946
- ARAZI, Ronald (director): Medidas Cautelares, Buenos Aires, 1999
- RENGEL REOMBERG, Aristides: Medidas cautelares, <http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>
- BLEST GANA: Proyecto de Código de enjuiciamiento, Santiago (Chile), 1871
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, PALOMO VÉLEZ, Diego, Proceso Civil El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar, segunda edición octubre 2014, Legal publishing Chile, Santiago, 2014.
- CALAMANDREI, Piero: Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, Buenos Aires, 1945
- CALDERON CUADRADO, María Pía: Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil, Madrid, 1992
- CALVOSA, Carlo: La tutela cautelare, Torino, 1963
- CARRERAS LLANSANAS, Jorge: las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento civil, Estudios de Derecho Procesal, con Fenech, Barcelona, 1962, p. 567 a 591
- CASARINO VITERBO, Mario, Manual de Derecho Procesal Civil Tomo III, sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo: La configuración del Periculum in mora en el régimen cautelar chileno, Revista de Derecho Universidad de Concepción

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Concepción, Chile N°. 205 (ene.-jun. 1999) p. 99-114

- La responsabilidad derivada del empleo de la tutela cautelar: realidad actual y perspectivas de reforma, En: Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros, edición abril, Santiago, 2007, p. 257 a 269, 1ª

- Cosa juzgada y tutela cautelar en el proyecto de código procesal civil, En: Precedente, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública, Colección Estudios de derecho público, Universidad de los Andes, Chile, Santiago, 2013

CHIFFELLE HORSEL, Jéssica: “Estudio sobre las medidas cautelares y sugerencias para la modificación de nuestro ordenamiento jurídico procesal en materia cautelar”, Cuadernos de análisis jurídico N° 29, Santiago, Chile, 1994, p.193-220

CHIOVENDA, Giuseppe: Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Segunda Edición, Editorial revista derecho privado, Madrid

Código de Procedimiento Civil italiano, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, Exposición de Motivos

Código de Procedimiento Civil, decimonovena edición oficial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009

European Justice, Red Judicial Europea en material civil y mercantil, La medidas provisionales y cautelares Italia, 2014, En: [https://e-justice.europa.eu/content\\_interim\\_and\\_precautionary\\_measures-78-it-it.do](https://e-justice.europa.eu/content_interim_and_precautionary_measures-78-it-it.do) [visitado el 17/09/2014]

FABREGA, Jorge, ARJONA, Adan Arnulfo: Medidas Cautelares Innominadas, En:

<http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MEDIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20%20JORGE%20FABREGA,%20ADAN%20ARNULFO%20%20ARJONA.pdf>

[visitado el: 22/11/2014]

FAIRÉN GUILLÉN, V., La reforma del proceso cautelar español, En: Temas del ordenamiento procesal II, Madrid, Tecnos, 1969, p. 903. Cfr. MONTERO

AROCA, J., Derecho jurisdiccional II (con ORTELLS, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN), Barcelona, Bosch, 1995

Gaceta de los tribunales n°140, 1940

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: La batalla por las medidas cautelares Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo Español, 3ª edición, Editorial Thomson Civitas, Madrid, España, p. 251 a 267

GARCÍA PINO, Gonzalo, CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo: El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno, Estudios Constitucionales, Año 11, N° 2, 2013, p.235, En: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000200007&script=sci_arttext) [visitado el: 13/09/14]

GÓMEZ Y NEGRO, Lucas: Elementos de práctica forense, obra póstuma. Valladolid, 1830

GUASP, J., La paralización del proceso civil y sus diversas formas, En: Revista de Derecho Procesal, 1951-3

Las medidas cautelares, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, septiembre, 2002

LAZO, Santiago: Los Códigos chilenos anotados. Código de Procedimiento Civil. Orígenes, concordancias, jurisprudencia, Santiago, 1918

MARÍN GONZÁLEZ, Juan: Las medidas cautelares en el proceso civil chileno (doctrina, jurisprudencia y derecho comparado), Santiago, 2004

- Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales, Revista de Estudios de la Justicia, N° 8, 2006, En: [https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0CEsQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uchile.cl%2Fcej%2Frecej%2Frecej8%2FDOCTRINA%2FMedidas%2520cautelares%2520grl%2520jcm%2520\(6\).doc&ei=J\\_YUVIH9HJDkoATfzYH4Bg&usq=AFQjCNEW3mjuoon64VmLcltp8-VOmwnFg&sig2=e7Zk4LoaPpl8GDAn4n8f2w](https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0CEsQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.derecho.uchile.cl%2Fcej%2Frecej%2Frecej8%2FDOCTRINA%2FMedidas%2520cautelares%2520grl%2520jcm%2520(6).doc&ei=J_YUVIH9HJDkoATfzYH4Bg&usq=AFQjCNEW3mjuoon64VmLcltp8-VOmwnFg&sig2=e7Zk4LoaPpl8GDAn4n8f2w)

MARINONI, Luiz: La evolución de la técnica anticipatoria y de la tutela preventiva, visto en:

[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24612515\\_LA\\_EVOLUCION\\_DE\\_LA\\_TECNICA\\_ANTICIPATORIA\\_Y\\_DE\\_LA\\_TUTELA\\_PREVENTIVA.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24612515_LA_EVOLUCION_DE_LA_TECNICA_ANTICIPATORIA_Y_DE_LA_TUTELA_PREVENTIVA.aspx)

MARTÍN PASTOR, J., La anotación preventiva como medida cautelar y el registro, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2000, p. 73

MONTERO AROCA, Juan, ORTELLS RAMOS, Manuel, GOMEZ COLOMER, Juan-Luis, MONTON REDONDO, Alberto, Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil, Barcelona, 1995

NAVARRO, Pablo: Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos, En: [http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono\\_345.pdf](http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia34/Isono_345.pdf)

ORTELLS RAMOS, Manuel: El embargo preventivo, Barcelona, 1984

- Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428, 1989

- Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil, 1996

ORTELLS RAMOS, Manuel y CALDERON CUADRADO, María Pía, la tutela cautelar en el derecho español, Granada, 1996

PAILLAS, Enrique: El recurso de protección ante el derecho comparado, Santiago, Chile, 1990

PARRA QUIJANO, Jairo: Medidas cautelares innominadas, En: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/12jairo-parra-quijano.pdf>

PEREIRA ANABALÓN, Hugo: Embargo y cautela en el proceso chileno, Santiago, Chile Año 1, No. 1 (set.1971)

- La cosa juzgada en el proceso civil, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur

Práctico de derecho procesal civil chileno, t II, Santiago, 1946

Proyecto de Código de procedimiento civil, Santiago, 1893

RAMOS, Francisco: las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil, en justicia I, 1985, p.85

Revista de derecho, Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Concepción, N° 73, julio-septiembre (1950) p.458 y 459

ROJAS RODRIGUEZ, Mario: Las Medidas Precautorias, Librotec, Santiago, 1965, p.55

ROMERO SEGUEL, Alejandro: La Tutela Cautelar en el Proceso Civil, Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Santiago, Chile Tomo 92, Nº 2 (Abr.-jun.2001)

SERRA DOMINGUEZ, M., Teoría general de las medidas cautelares, En: Las medidas cautelares en el proceso civil (con RAMOS MÉNDEZ), Barcelona, s.e., 1974

SOTO KLOSS, Eduardo: El recurso de protección, Santiago, 1982

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl: Protección constitucional y cautela judicial (la orden de no innovar en el recurso de protección), En Gaceta Jurídica, Santiago, Chile No. 148, oct. 1992

- la orden de no innovar en el recurso de protección, en Justicia, Nº III, 1992

- Reflexiones actuales sobre la nulidad procesal, En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 91, 1ª parte, p. 1.

TOMMASEO, Ferruccio: I provvedimenti d'urgenza, Padova, 1983

TORO, David y ECHEVERRÍA, Aníbal: Código de procedimiento civil anotado, Santiago, Chile, 1902

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.