



JUSTICIA CIVIL Y COMERCIAL: UNA REFORMA PENDIENTE

BASES PARA EL DISEÑO
DE LA REFORMA PROCESAL CIVIL

MARÍA JESÚS ARIZA C.
JAIME CASTILLO S.
RODRIGO CASTRO F.
MATÍAS CORTÉS DE LA CERDA
GONZALO CORTÉS M.
JUAN DAMIÁN M.
JUAN PABLO DOMÍNGUEZ B.
CANDELA GALÁN G.
JOSÉ FRANCISCO GARCÍA G.
FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSÍO
DAVOR HARASIC Y.
FRANCISCO J. LETURIA I.
RAFAEL MERY N.
DIEGO PALOMO V.
SANTIAGO PEREIRA C.
ALVARO J. PÉREZ R.
GILBERTO PÉREZ DEL BLANCO
JORGE W. PEYRANO
JOSÉ MIGUEL RIED U.
JOSÉ PEDRO SILVA P.
CLAUDIO VALDIVIA R.
JUAN ENRIQUE VARGAS V.
JORGE VIAL A.

EDITORES:
JOSÉ PEDRO SILVA
JOSÉ FRANCISCO GARCÍA
FRANCISCO J. LETURIA



LIBERTAD 
DESARROLLO

UA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE MADRID

EDITORES

JOSÉ PEDRO SILVA P. Abogado. Profesor y Director del Departamento de Derecho Procesal Civil, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

JOSÉ FRANCISCO GARCÍA G. Abogado. Master y candidato a Doctor en Derecho, Universidad de Chicago. Coordinador del Programa de Justicia de Libertad y Desarrollo y Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

FRANCISCO J. LETURIA I. Abogado. Candidato a Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesor e Investigador de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

COLABORADORES

MARÍA JESÚS ARIZA C. Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesora Titular de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid.

JAIME CASTILLO S. Abogado. Director y Profesor de la Clínica Jurídica de la Universidad Nacional Andrés Bello y Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

RODRIGO CASTRO F. Economista y candidato a Doctor en Economía, Universidad de Georgetown. Director del Programa Social, Libertad y Desarrollo.

MATÍAS CORTÉS DE LA C. Abogado. Socio principal en el estudio de abogados Alcaíno, Azola & Cortés. Profesor invitado en las Universidades Pontificia Universidad Católica de Chile, Finis Terrae, Gabriela Mistral y Adolfo Ibáñez.

GONZALO CORTÉS M. Abogado. Doctor en Derecho, Universidad de Valencia. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción.

JUAN DAMIÁN M. Catedrático de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid.

JUAN PABLO DOMÍNGUEZ B. Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

CANDELA GALÁN G. Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Profesora Titular de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO Abogado. Master y Doctor en Derecho de la Universidad de Chicago. Profesor de Arbitraje y Derecho Económico, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México.

JUSTICIA CIVIL Y COMERCIAL: **UNA REFORMA PENDIENTE**

BASES PARA EL DISEÑO
DE LA REFORMA PROCESAL CIVIL



LIBERTAD 
DESARROLLO

UA 
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE MADRID

JUSTICIA CIVIL Y COMERCIAL: UNA REFORMA PENDIENTE

BASES PARA EL DISEÑO
DE LA REFORMA PROCESAL CIVIL

EDITORES:

JOSÉ PEDRO SILVA
JOSÉ FRANCISCO GARCÍA
FRANCISCO J. LETURIA

COLABORADORES:

MARÍA JESÚS ARIZA C.
JAIME CASTILLO S.
RODRIGO CASTRO F.
MATÍAS CORTÉS DE LA C.
GONZALO CORTÉS M.
JUAN DAMIÁN M.
JUAN PABLO DOMÍNGUEZ B.
CANDELA GALÁN G.
FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO
DAVOR HARASIC Y.
RAFAEL MERY N.
DIEGO PALOMO V.
SANTIAGO PEREIRA C.
ALVARO J. PÉREZ R.
GILBERTO PÉREZ DEL BLANCO
JORGE W. PEYRANO
JOSÉ MIGUEL RIED U.
CLAUDIO VALDIVIA R.
JUAN ENRIQUE VARGAS V.
JORGE VIAL A.



LIBERTAD 
DESARROLLO

UAM
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE MADRID

**JUSTICIA CIVIL
Y COMERCIAL:
UNA REFORMA
PENDIENTE**

BASES PARA EL DISEÑO
DE LA REFORMA PROCESAL CIVIL

I.S.B.N. xxxxx

Registro Propiedad Intelectual N° xxxx

Publicado en Santiago de Chile.

Primera edición: noviembre de 2006.

© **Fundación Libertad y Desarrollo**

Alcántara 498, Las Condes, Santiago.

Teléfono (56 2) 3774800

E-mail: lyd@lyd.org

<http://www.lyd.org>

© **Pontificia Universidad Católica de Chile**

Av. Lib. Bernardo O'Higgins 340, Santiago.

Teléfono (56 2) 3542000

<http://www.puc.cl>

El presente trabajo también ha contado con la cooperación de la 4ª Convocatoria de concesión de ayudas para Proyectos de Investigación UAM-Grupo Santander para la cooperación con América Latina (2005).

Diseño: Alejandra Urzúa I.

Impreso en Quebecor World Chile S.A.

ÍNDICE

Presentación de los editores	7
Prólogo	21

I. DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS PARA CHILE

UNA MIRADA DESDE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIALES

27

1. La Justicia Civil y Comercial Chilena en Crisis:
Bases para el Diseño de la Reforma Procesal Civil.
José Francisco García G. y Francisco J. Leturia I. 29
2. Una aproximación teórica y empírica
a la Litigación Civil en Chile. *Rafael Mery N.* 83
3. Financiamiento de la Justicia Civil: Las Tasas Judiciales.
Juan Enrique Vargas V. 137
4. La Reforma Judicial como Política Pública:
¿Qué podemos aprender del proceso
de Reforma Procesal Penal? *Claudio Valdivia R.* 183
5. Indicadores, Transparencia y
Accountability para la Reforma Procesal Civil.
Rodrigo Castro F. y José Francisco García G. 219
6. Ampliación del Ámbito del Arbitraje.
Francisco J. Leturia I. 263
7. Problemas de Acceso a la Justicia Civil en Chile.
Jaime Castillo S. 313
8. Acciones de clase: Lecciones desde
la experiencia comparada. *Matías Cortés de la C.* 337

PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO PROCESAL CIVIL

381

9. Justicia Civil: Transformación Necesaria y Urgente.
Davor Harasic Y. 383
10. Principios Fundamentales del Nuevo Procedimiento Civil.
José Pedro Silva P. y Juan Pablo Domínguez B. 411
11. Reforma del Proceso Civil chileno: Algunos apuntes.
Diego Palomo V. 445

- 12.** Juicio Ejecutivo y protección del crédito:
su impacto en el mundo económico y comercial.
José Miguel Ried U. 475
- 13.** El acceso a la tutela ejecutiva del crédito.
Álvaro Pérez R. 493
- 14.** La Reforma del Proceso Cautelar.
Gonzalo Cortéz. 521

**II. EXPERIENCIAS DESDE
EL DERECHO COMPARADO** 555

- 15.** La Reforma a la Justicia Civil y Comercial
en el Derecho Comparado: Buenas Prácticas,
Instituciones Exitosas y el Rol de las Familias Legales.
José Francisco García G. 557
- 16.** Estructura y Principios del proceso ordinario
en la ley española de Enjuiciamiento Civil. *Juan Damián M.* 599
- 17.** Juicio Ejecutivo: La experiencia española
en materia de Protección del Crédito. *María Jesús Ariza C.* 621
- 18.** Aspectos procesales de la institución del Arbitraje.
Candela Galán G. 643
- 19.** La Reforma de la Prueba desde la experiencia de la
Reforma Procesal Civil Española. *Gilberto Pérez del Blanco.* 667
- 20.** Reforma Procesal Civil: Una mirada desde
el Derecho Norteamericano. *Jorge Vial A.* 703
- 21.** La Justicia en México: Desafíos y Propuestas de Reforma.
Francisco González de Cossío. 721
- 22.** Una experiencia exitosa:
Reforma Procesal Civil en Uruguay. *Santiago Pereira C.* 747
- 23.** Argentina: El Perfil deseable del Juez Civil del siglo XXI.
Jorge W. Peyrano. 787

14

LA REFORMA DEL PROCESO CAUTELAR

Gonzalo Cortéz M.*

* Abogado. Doctor en Derecho, Universidad de Valencia. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción.

RESUMEN

El autor destaca la necesidad de contar con un mecanismo que permita asegurar la efectividad de las sentencias, más allá de los actos y las amenazas del entorno y de las demoras inherentes a un sistema de justicia fundado en el debido proceso. Por ello, señala que la potestad cautelar, en cualquiera de sus posibilidades (innovativa, anticipatoria o cautelar) debe considerarse antes como un contrapeso o paliativo a las debilidades estructurales de cualquier sistema de justicia. Sin embargo, sugiere establecer normas que limiten los abusos y limiten las facultades discrecionales del juez para imponerlas y mantenerlas, proponiendo además, entre otras medidas modernizadoras, el establecimiento de la caución como regla general y el perfeccionamiento de los mecanismos de responsabilidad en caso de cauciones dolosamente obtenidas.

I. LA EFICACIA DEL PROCESO CIVIL Y LA TÉCNICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El planteamiento sobre la eficacia del proceso civil, entendida según PRIETO CASTRO, como *“la posibilidad de que en la vida práctica logre el fin que persigue, intentando que el riesgo de frustración del mismo se produzca en el menor número posible de casos”*,¹ responde a una aspiración hoy incorporada como verdadero principio en la escala de valores que deben informar al proceso en general,² y ha estado ligada, de manera casi natural, a la duración del mismo, en el sentido de que las garantías constitucionales de tutela jurídica son estériles, si su efectividad se retrasa tanto que ya no sirven de nada a quien ha impetrado dicha tutela.³

Las deficiencias intrínsecas del proceso en cuanto su inidoneidad para dar respuesta inmediata a los requerimientos de los justiciables, con prescindencia de otros factores externos, son suficientes como para que, de manera constante y cíclica, se esté cuestionando su operatividad y con ello su aptitud como instrumento para obtener una solución justa del caso concreto.⁴

¹ PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ (1950-4) pp. 615-39.

² PEYRANO (1981) p. 12.

³ GRUNSKY (1982) p. 148.

⁴ No deja de resultar sintomático sobre este aspecto que, en la Ley de Bases de 21 de junio de 1880, para la reforma del Enjuiciamiento Civil español, se encargara al Gobierno *“adoptar una tramitación que abrevie la duración de los juicios... estableciendo al efectos reglas y preceptos rigurosos para que no se consientan escritos ni diligencias inútiles; para que se observen los términos judiciales...”*; mientras que, a su vez, en el Mensaje que precedía el Proyecto de Código de Procedimiento Civil chileno se anunciaba que *“se ha creído necesario adoptar... una serie de medidas encaminadas a hacer ineficaces los expedientes dilatorios a que apela la mala fe para retardar la solución de los pleitos...resultando de allí que la acción de la justicia se hace más fatigosa y menos eficaz.”*

Para la efectividad de la tutela judicial pueden utilizarse técnicas de naturaleza diferente: se puede actuar sobre la estructura orgánica y funcional de los tribunales, haciéndola más adecuada a la distribución territorial de la demanda de tutela judicial y permitiendo satisfacer los anhelos de justicia de un grupo cada vez mayor de la ciudadanía; también mira a este fin el incremento en el gasto público en la administración de justicia, aunque no vaya acompañado de otras reformas, porque el aumento de los medios materiales y personales posibilita una actuación más ágil del servicio. De otra parte, puede actuarse sobre el propio instrumento a través del cual se pide y otorga justicia: el proceso.⁵⁻⁶

En esta línea las formas de tutela provisional surgen precisamente como consecuencia de admitir las imperfecciones del proceso como instrumento para la satisfacción de pretensiones procesales y representan a la vez un intento por superar tales defectos.⁷

Como se sabe, la potestad jurisdiccional necesita de tiempo para cumplir el papel que se le encomienda, pero es precisamente este elemento el que de manera más acusada parece afectar la eficacia de la justicia. Como rapidez y eficacia aparecen asociadas casi de manera natural, la alteración del primero, termina afectando el segundo factor.

La necesaria demora del proceso –necesaria para que la potestad jurisdiccional se realice con razonables probabilidades de acierto– es de por sí un inconveniente. De ahí que, ante la perspectiva de reforma del proceso civil, técnica legislativa debe apuntar hacia la aceleración de los procesos, incorporando, desde luego, la oralidad como forma procesal predominante y sus reglas derivadas, como la inmediación, concentración y publicidad.

Sin embargo, por más notables que sean estas normas reguladoras de la duración temporal del proceso, siempre se acabará concluyendo que la realización de la actividad jurisdiccional del Estado requiere tiempo y lo exige, aún cuando se respetaran cuidadosamente las normas legales sobre la duración temporal del pro-

⁵ ORTELLS RAMOS (1997) pp. 95–116.

⁶ DE MIGUEL Y ALONSO (1971–1) p. 72–76: de modo correspondiente al análisis de las causas de la lentitud del proceso, ensaya posibles soluciones, distinguiéndolas entre orgánicas y procesales. En las primeras incluye la mejor distribución de los jueces, una dotación más generosa del personal judicial y una modernización de los medios materiales de la Justicia; entre las segundas, menciona el aumento de los poderes del juez; la simplificación del proceso y la instauración de la audiencia preliminar, aunque concluye subrayando que estas soluciones serán ineficaces si al implementarlas se prescinde del “*factor humano*” en cuanto destinatario y aplicador de las mismas.

⁷ RAMOS MÉNDEZ (1985–1) pp. 75–90.

ceso. Es precisamente este factor temporal del proceso el que encierra el riesgo que constituye el fundamento y el presupuesto de la tutela cautelar.

De una parte, esta necesaria demora por sí sola comporta un trastorno para la efectividad de la tutela sin necesidad de agregarle otra circunstancia. Pero, además, aquel devenir temporal del proceso constituye muchas veces la coyuntura, el escenario para que pueda actualizarse el peligro.

Una fórmula para enfrentar no tanto la duración del proceso –que por más breve que sea, es ineludible– pero sí para impedir que, con ocasión de ella, se perjudique la efectividad de la sentencia definitiva a través de la ejecución de actos nocivos para su eficacia, es la técnica de las *medidas cautelares*.

Las medidas cautelares son el instrumento destinado a reprimir los riesgos para la efectividad de la sentencia derivados de la pendency del proceso y se verifican mediante una injerencia en la esfera patrimonial del demandado, conducente a la neutralización de la amenaza.

II. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS DERIVADAS DE LA CONCEPCIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR

La ordenación de la tutela cautelar debe estar informada acerca de la decisión previa que se adopte acerca de la naturaleza jurídica de esta actividad jurisdiccional. Como se sabe, se ha suscitado discusión sobre si la actividad conducente a la obtención de una medida cautelar puede o no considerarse como un proceso autónomo y diferente del proceso de declaración y ejecución.⁸

Esta diferente concepción sobre la naturaleza de la tutela cautelar tiene una importante incidencia en algunas cuestiones prácticas:

2.1 El encuadramiento de las normas reguladoras de la tutela cautelar

El CPC de 1903 tuvo la virtud sistemática de reunir en un único título, el V del Libro II, relativo al Juicio Ordinario, las normas fundamentales sobre tutela cautelar. No obstante la ubicación de estas normas, dada su naturaleza, se ha entendido que resultan aplicables a toda clase de procedimientos, incluso al ejecutivo. Desde luego, la colocación de las normas en el Libro II nunca ha sido determinante para restringir su aplicación y, aunque en principio lo deseable hubiera sido su inclusión en el Libro I (relativo a las *normas comunes a todo procedimiento*)⁹ un correcto encuadre sistemático exige dar un paso más en su regulación y señalarles un capítulo

⁸ Al respecto, puede verse ampliamente a ORTELLS RAMOS (2000) pp. 42 y ss. Entre nosotros, ROMERO SEGUEL (2006) pp. 55–56.

⁹ .CASARINO VITERBO (1994) t. III p. 387.

específico propio dentro del Código, como desde hace tiempo lo viene reclamando la doctrina¹⁰ en consonancia con la autonomía del proceso cautelar.

2.2 La naturaleza de la pretensión a cuyo amparo se predispone la tutela cautelar

Las diferentes concepciones sobre la naturaleza de la tutela cautelar inciden también en la discusión acerca de si las medidas cautelares sirven únicamente para asegurar pronunciamientos de condena susceptibles de ejecución forzosa o también son útiles para los pronunciamientos mero declarativos y constitutivos.

No existe, a mi juicio, ningún obstáculo para el aseguramiento cautelar de aquella clase de pretensiones diferentes de las de condena. Sin embargo, resultaría conveniente explicitar en el texto normativo este criterio.

2.3 Los efectos de las medidas cautelares

Una tercera cuestión que debe resolverse es si son concebibles medidas que no tengan un contenido de simple aseguramiento o conservación, sino que alcancen a la satisfacción provisional de las pretensiones que se hacen valer.

Como se sabe, el cometido atribuido a las medidas cautelares puede ser obtenido de diferentes modos.

La primera forma de actuación de la tutela cautelar es por vía de efectos meramente aseguratorios, esto es, aquellos que apuntan a *“mantener o constituer 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”*.¹¹ Se trata pues de inmovilizar una situación de hecho, impidiendo que su alteración pueda frustrar luego el resultado práctico del proceso principal.¹² Por otra parte, esta clase de medidas es la que mejor se aviene con la característica de la homogeneidad y no identidad de las medidas cautelares con las ejecutivas

¹⁰ En este sentido pueden mencionarse las ponencias y comunicaciones tanto de las II Jornadas de Profesores de Derecho Procesal, en *Revista de Derecho Procesal*, 1966–4, pp. 11–107, como de la IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal, en *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1974. También ORTELLS RAMOS (1996) pp. 5–8.

¹¹ ORTELLS RAMOS (1996) p. 18.

¹² REIMUNDÍN (1979) p. 19; en el mismo sentido, PEYRANO (1981) p. 13.

y con el principio de mínima injerencia en la esfera jurídica del demandado.¹³ Se trata, en definitiva, de consolidar una determinada situación jurídico material correspondiente a la que está en vigor a la hora de entablar la demanda, pero en la medida que esta mantención no se traduzca en alguna forma de satisfacción de la pretensión.

El objetivo de las medidas cautelares también puede lograrse a través de una segunda forma de actuación de la tutela cautelar, que aparece desde el momento en que se constata que los efectos meramente aseguratorios, en muchas ocasiones, no resultan apropiados para contrarrestar los peligros derivados de la pendencia del proceso y se hace preciso superar, en cierto modo, la frontera de la *mínima injerencia* con unos efectos más incisivos en la esfera patrimonial del deudor.

Estas medidas tienen efectos *conservativos* en cuanto apuntan a la mantención del *statu quo* previo al conflicto, pero van más allá del mero aseguramiento, en cuanto brindan protección a derechos e intereses que, de esta manera, podrían estar siendo satisfechos.¹⁴ Se trata de medidas que pueden asumir el carácter de innovativas en lo que atañe a la situación de hecho pero no necesariamente de anticipatorias, en tanto en cuanto si bien tienen aptitud para transformar (innovar) la situación de hecho vigente, su propósito primordial no es anticipar el resultado eventual de la sentencia principal.

Aunque esta clase de medidas puedan exceder el ámbito del mero aseguramiento y se sitúan, por así decirlo, entre las meramente asegurativas y las provisionalmente satisfactivas, aún concitan un abierto reconocimiento en la doctrina.

El avance puede estimarse considerable cuando se arriba a las denominadas medidas provisionalmente satisfactivas. Aunque las denominaciones están lejos de ser uniformes, en general, rondan estas tres: innovativas, satisfactivas o anticipativas.

Lo cierto que la elección del apelativo específico a la hora de designar la naturaleza de la medida depende, en primer lugar, del atributo que se pretenda usar como factor de referencia. Así se podrá hablar de innovativa para designar aquella medida cuyos efectos alteran (innovan) la situación de hecho existente a la iniciación del litigio; será satisfactiva en la medida que realice el derecho o interés cuya tutela se pretende; y será anticipativa, en tanto en cuanto, adelante los efectos de la tutela que la sentencia principal eventualmente reconocerá.¹⁵

¹³ ORTELLS RAMOS (1996) p. 18.

¹⁴ ORTELLS RAMOS (1996) p. 19.

¹⁵ ORTELLS RAMOS (1997) p. 685.

Una medida tiene las características anotadas, cuando sus efectos son coincidentes con el contenido de la pretensión interpuesta y la sentencia a que conduzca su estimación. Estos efectos no se limitan a conservar una determinada situación, sino que introducen una innovación al dar satisfacción a unos derechos o intereses jurídicos que extraprocesalmente nunca fueron pacíficamente reconocidos.¹⁶

Pese a que no faltan en los ordenamientos manifestaciones de esta clase de medidas, la sola enunciación de esta categoría de efectos cautelares sigue siendo motivo de controversia. La tradicional vinculación entre medidas cautelares y ejecución procesal ha sido la razón fundamental que ha llevado a la negación del carácter cautelar de aquellas medidas que anticipan la ejecución.

Aunque la alternativa de admitir o no medidas de contenido provisionalmente satisfactivo en el proceso civil se resuelve, en definitiva, en una decisión de política legislativa, en la que predomina la finalidad que cada ordenamiento pretenda asignar al proceso cautelar,¹⁷ desde el punto de vista de la teoría general, como pauta común para la solución del problema relativo a las clases de efectos cautelares tolerables en un régimen determinado, se debe, en primer término, esclarecer la concepción que se tenga acerca del *periculum in mora*, o si se quiere, cómo el sistema cautelar ha recepcionado este presupuesto y, por otro lado, tener presente que se trata de una cuestión que concierne también a la característica de la instrumentalidad. Desde este último punto de vista, adelanto mi opinión en orden a que, enfrentadas las medidas provisionalmente satisfactivas a la teoría general, no existe una razón definitiva por la que deban ser consideradas “cuerpos extraños” dentro la tutela cautelar.

El tema de las medidas provisionalmente satisfactivas no destaca ciertamente por su novedad dado que se trata de una materia que fue abordada ya por los primeros maestros de la Escuela italiana. El por qué de la notoriedad que este asunto ha ido adquiriendo en el último tiempo, debe buscarse, por un lado, en los profundos cambios que sobre la realidad socioeconómica se han sobrevenido durante los últimos años, que reclaman la modernización y, por sobre todo, la agilización de los procedimientos civiles. Esto a su vez, ha significado la revitalización del valor “*eficacia*” lo que demanda el empleo de nuevas herramientas para asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales, que vayan más allá de la mera indisponibilidad de bienes y que sean capaces de adecuar a los nuevos tiempos el ya desgastado proceso civil.¹⁸ Como señala Or-

¹⁶ ORTELLS RAMOS (1997) p. 111.

¹⁷ PEYRANO (1981) p. 8.

¹⁸ PEYRANO (1981) p. 17.

TELLS *"los cambios sociales y de estructura económica producidos...generan unos conflictos que precisan soluciones ágiles y, frente a ello, el proceso civil de declaración tenía y tiene el problema de una duración excesiva"*.¹⁹ Por otra parte, nuevas formas de contratación hacen imprescindible, muchas veces, que se acuerde la cesación de una actividad o la imposición del inmediato cumplimiento de alguna prestación.²⁰

El cúmulo de estos factores no sólo ha conducido a un cuestionamiento acerca de la idoneidad del proceso declarativo para dar una respuesta pronta a los apremiantes requerimientos actuales, sino que, además, ha estimulado el resurgimiento de las denominadas formas de tutela anticipatoria. Justamente uno de los medios para obtener dicha tutela puede configurarse a través de las medidas cautelares, con contenido innovativo.²¹

Las medidas denominadas de mero aseguramiento no tienen más alcance que la predisponer las cosas de tal modo que, en su caso y momento, pueda prestarse eficazmente la tutela jurisdiccional que resulte más adecuada,²² y se traducen en la prohibición de alterar el *status* jurídico o de hecho de la cosa litigiosa a partir de su adopción, pero no sirven (no son útiles) para hacer frente a ciertas situaciones contrarias a derecho consumadas con anterioridad al ejercicio del derecho de acción.²³

Que entre las medidas provisionalmente satisfactivas y las demás formas de tutela cautelar cautelares llamadas "tradicionales", se da una forma de instrumentalidad diversa es un hecho indiscutible, que fue observado hace tiempo por CALAMANDREI,²⁴ pero negarles a esta clase de medidas un lugar dentro del ámbito de la tutela cautelar no es, desde mi punto de vista, una decisión correcta. Tanto una como otras se encuentran al servicio de una misma función: asegurar la efectividad de los resultados del proceso principal.

Denegar el carácter cautelar de estas medidas significa nada más que dejar en el desamparo pretensiones que no pueden salvaguardarse sino a través de la anticipación, como aquellas relativas a un hacer o no hacer, en las que es muy difícil concebir una medida diferente a la anticipación, que haga posible la satisfacción en forma específica del interés del ejecutante.²⁵ Nótese que en estos casos, admitir una cautela meramente asegurativa como la prohibición de celebrar actos y contratos,

¹⁹ ORTELLS RAMOS (1997) p. 103.

²⁰ VÁZQUEZ SOTELO (1998) p. 678.

²¹ DE LOS SANTOS pp. 21–28.

²² PEYRANO (1981) p. 10.

²³ PEYRANO (1981) p. 21.

²⁴ CALAMANDREI (1936) p. 38.

²⁵ RAMOS MÉNDEZ (1985) p. 82.

por ejemplo, comporta aceptar una medida desvinculada de la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal, lo que podría estimarse, en cierto grado, vulnerador de la instrumentalidad. El vínculo, la conexión que ha de darse entre cautela y el proceso principal, debe estar siempre presente.

Asunto bien distinto es que a veces se pretenda, por la vía de las medidas provisionalmente satisfactivas, una resolución de contenido anticipatorio que venga a resolver de manera definitiva el pleito. Las posibilidades de empleo abusivo del instrumento cautelar no puede considerarse un elemento condicionante de su naturaleza jurídica.²⁶ La instrumentalidad no hace referencia exclusivamente a la conexión que debe darse entre el derecho sustancial y el contenido de la cautela. Se trata de una relación más amplia y compleja que implica una relación de funcionalidad entre la cautela y el proceso en la que aquella incide. Lo relevante, en definitiva, es que la tutela cautelar se encuentre al servicio del proceso principal.²⁷ Desde esta perspectiva, los únicos efectos cautelares que podrían rechazarse de plano serían aquellos de mayor alcance que los que pueden obtenerse por vía principal. Por otro lado, el contenido de la medida no puede ser idéntico al resultado esperado de la pretensión del proceso principal, pues, en tal caso, se estaría en presencia de una situación de tutela anticipada.²⁸

Por otra parte, lo que verdaderamente debe primar a la hora de definir el contenido de una medida cautelar, es la consideración de la clase de peligro a evitar.²⁹ Desde este punto de vista resulta conveniente recordar la distinción entre el peligro de daño irreparable derivado del retraso mismo en recibir la prestación y el riesgo de una difícil o imposible ejecución, es decir, entre el peligro de retardo o tardanza y el de infructuosidad,³⁰ a los que ALONSO denomina peligro objetivo y peligro subjetivo, respectivamente.³¹ El primero es independiente de cualquier conducta del demandado (objetivo) y tiene su origen en la sola tardanza del proceso principal, en la no recepción inmediata de la prestación. En el segundo, es necesario, además, el despliegue de una conducta por el demandado (subjetivo) que ponga en peligro la efectividad de la sentencia.

²⁶ Sobre los límites de la función anticipatoria de la tutela cautelar, véase FRISINA (1986) pp. 379–83; CALDERÓN CUADRADO (1992) pp. 74–77.

²⁷ ORTELLS RAMOS (1996) p. 8.

²⁸ ROMERO SEQUEL (2006) p. 17.

²⁹ SCAGLIONI (1969) p. 30.

³⁰ Esta distinción conceptual fue señalada por CHIOVENDA (1923) p. 225; aunque más tarde desarrollada por CALAMANDREI (1936) p. 55–8.

³¹ ALONSO FURELOS (1990–2) p. 379.

La importancia de la distinción entre el peligro de retardo y peligro de infructuosidad se proyecta hacia la individualización de la medida,³² dado que, para conjurar el peligro de retardo o tardanza, la alternativa idónea para tutelar cautelarmente esa situación, es adelantar provisionalmente la satisfacción del derecho invocado.³³

Teniendo presente estas aseveraciones es posible concluir que la anticipación no es una manifestación que aparezca como incompatible con la función de tutela cautelar, ni puede considerarse como extraña a su finalidad.³⁴

³² CALDERÓN CUADRADO (1992-3) p. 475-504.

³³ CALAMANDREI (1936) p. 56.

³⁴ FRISINA (1986) p. 378.

III. EN CUANTO A LA REGULACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR Y EL ESTABLECIMIENTO DE UNA POTESTAD CAUTELAR GENERAL

Con independencia del encuadre sistemático que en definitiva se le otorgue a la tutela cautelar, resulta importante establecer de modo claro y categórico si el futuro CPC se inclina o no por el establecimiento de un poder cautelar general al juez.

Como se sabe, la opinión mayoritaria de la doctrina nacional ha visto en el art. 298 CPC la consagración de un *amplio poder cautelar*.³⁵ Sin embargo, resulta discutible la tesis de que el régimen de tutela cautelar chileno, frente a los modelos teóricos disponibles, haya optado por implantar una potestad cautelar general en la parte final del art. 298 CPC.

Por el contrario y como hace tiempo lo he planteado,³⁶ una visión sistemática y más rigurosa conduce a sostener que la citada disposición podría presentar más bien un carácter residual, cumpliendo imperfectamente la función de completar el sistema de medidas del Código, pero en ningún caso absorbiendo las restantes medidas típicas. En todo caso, aún manteniendo la tesis que se rebate debe, por lo menos, reconocerse que este hipotético *poder cautelar general* ha sido establecido sin siquiera precisar sus presupuestos, contenido ni alcances.³⁷

³⁵ Así, ROJAS RODRÍGUEZ (1965) pp. 61–62. En el mismo sentido QUEZADA MELÉNDEZ (1997) pp. 45–46; PEREIRA ANABALÓN, p. 13. Más recientemente, ROMERO SEGUEL (2006) p. 65. Por su parte, POMÉS ANDRADE (1962) p. 59, entiende que habría un poder cautelar general respecto de aquellas situaciones en que exista un peligro de difícil o imposible ejecución y existiría taxatividad respecto de aquellas en que el peligro reside en el retraso mismo en recibir la prestación.

³⁶ CORTEZ MATCOVICH (1999) pp. 93–100.

³⁷ Véase CHIFFELLE HORSEL, pp. 193 y ss.

En un planteamiento reformador, entre las variables teóricas disponibles para la regulación de la tutela cautelar, parece recomendable instituir una norma cautelar de carácter general y, a modo meramente enunciativo, una enumeración de medidas específicas y determinadas.

Esta técnica de señalamiento de prototipos de medidas adoptables podría resultar particularmente útil para un sistema como el chileno, que transitaría de un sistema de determinación específica de las medidas cautelares procedentes hacia uno en que se deja a la discrecionalidad del juez³⁸ y a las necesidades e imaginación de los litigantes la concreción de los efectos cautelares adecuados. Según CALDERÓN, con esta técnica *“se conservan ventajas y reducen inconvenientes permitiendo orientar tanto al solicitante como al juzgador respecto a las medidas disponibles, sin limitarles, por otra parte, el contenido al dejar una cláusula abierta donde se puede incluir cualquier cautela aunque no esté en concreto especificada”*.³⁹

Esta técnica puede presentar ciertos inconvenientes que, si bien es cierto, pueden superarse con una bien pensada construcción legal, deben de tenerse muy presentes a la hora de configurar el catálogo de los ejemplos de las posibles medidas a adoptar.

En primer lugar, siendo efectivo que los ejemplos ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus aplicaciones, no lo es menos que el algún momento pueden llegar a justificar interpretaciones que constriñan su campo de acción. Por ejemplo, si los casos prototípicos propuestos por legislador responden todos ellos a la misma idea de consagrar medidas de carácter meramente aseguratorio, podría llegar a proponerse que este rasgo debe informar a todas las medidas que se adopten al tenor de la cláusula general.

Otro posible inconveniente, que es útil considerar en el momento de elaborar estas medidas guías, radica en la tendencia que, tarde o temprano, termina apoderándose de quienes aplican la norma, de emplear en todas las ocasiones de las medidas prototípicas señaladas por el legislador, desatendiendo la norma que consagra el poder cautelar general, que precisamente es la sustancial y pertinente. Es decir, aquellas medidas que primitivamente han sido concebidas para servir de orientación poder pueden terminar convirtiéndose en un catálogo cerrado de medidas

³⁸ Señala SERRA (1974) pp. 34–35 a propósito del art. 1428 de la anterior LEC, que *“la discrecionalidad de la resolución judicial viene determinada por la discrecionalidad de la propia ley al utilizar “standars” jurídicos sin valor propio, que sólo acudiendo a la propia experiencia judicial pueden ser cubiertos. Cuando el art. 1428 LEC, por ejemplo, alude a ‘las medidas que, según las circunstancias, fueren necesarias’...está formulando preceptos necesariamente incompletos que sólo el juez, con su prudencia, podrá completar”*.

³⁹ CALDERÓN CUADRADO (1992) p. 97.

disponibles, aun cuando, como sostiene CALDERÓN, esto *"no sería siempre un auténtico inconveniente si con ello se asegurara la efectividad de la sentencia"*.⁴⁰

En fin, si en la norma guía se precisan no sólo medidas (efectos) cautelares, sino también presupuestos, puede verse limitada la potestad cautelar genérica, al entender que ambos son indisolubles, de modo que, a determinado presupuesto le corresponde esa medida y viceversa.

⁴⁰ CALDERÓN CUADRADO (1992) p. 97.

IV. EN LO QUE RESPECTA A LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

4.1 El *fumus boni iuris* y su acreditamiento

Cuando se hace alusión al comúnmente denominado *fumus boni iuris*, en realidad se está haciendo referencia a dos aspectos diferentes: a la *situación jurídica cautelable* y a la *apariencia de derecho*.⁴¹ El primero se utiliza para aludir a “la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela cautelar se establece la medida”;⁴² el segundo, en cambio, se relaciona con la “*cognición necesariamente sumaria que debe hacerse de la situación jurídica antes mencionada*”.⁴³

En cuanto al *presupuesto de la situación jurídica cautelable*, el régimen chileno, a pesar de haberse estructurado sobre la base de medidas cautelares precisas y concretas, una visión preliminar, parece conducirnos a concluir que éstas, no aparecen adscritas a un determinado ámbito objetivo de aplicación, ya que ciertas medidas no hacen referencia en su regulación específica de este elemento.

Sin embargo, se hace preciso destacar la necesidad de vincular la medida a una situación jurídica cautelable concreta, primero, porque un régimen de tutela cautelar basado en la definición de medidas cautelares específicas, como es el caso del ordenamiento chileno, supone necesariamente que, cada una de las medidas reguladas debe estar adscrita a un determinado ámbito objetivo de aplicación. En segundo lugar, la relación instrumental que debe existir entre el proceso principal y el cautelar, se resuelve, entre otras, en una forzosa adecuación del *contenido* de

⁴¹ ORTELLS RAMOS (1996) pp. 12–3.

⁴² ORTELLS RAMOS (2000) p. 538.

⁴³ ORTELLS RAMOS, M. (2000) y lug. cit. nota anterior.

la medida en función de la situación jurídica cuya cautela se pretende, de donde se desprende que no toda medida resulta idónea para tutelar determinadas situaciones. Finalmente, una completa desvinculación entre los efectos cautelares y la situación jurídica, indudablemente conduciría a verdaderos excesos en la concesión de medidas, dado que el solicitante siempre optará, no por la medida que garantice adecuadamente la efectividad de la sentencia que se espera obtener, sino por aquélla que represente una mayor injerencia en la esfera patrimonial del deudor, como forma de conminarlo al cumplimiento extrajudicial de la obligación, lo que comporta una situación abusiva e importaría transformar las medidas cautelares en mecanismos de presión.

La indefinición del legislador, se soluciona abocándose a la tarea de esclarecer, respecto de cada medida, cuál es la situación jurídica a la que aparece unida.

Desde una perspectiva reformista, la existencia de distintas medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas exige delimitar el ámbito objetivo de su aplicación. Así, por ejemplo, no parecería razonable que frente a una pretensión indemnizatoria, se decretara como cautela el nombramiento de un interventor. Por lo anterior, aunque la interpretación del presupuesto debe ser amplia, entiendo que el contenido y efectos de la medida deben estar limitados en función de la situación jurídica cuya cautela se pretende.

En cuanto al acreditamiento del fumus boni iuris el CPC lo ha recogido a través de una fórmula general contenida en el art. 298 CPC. Se trata de una declaración de aplicación general, válida para cualquier clase de efecto cautelar que se pretenda.

La exigencia "*comprobantes*," pese al significado corriente de la expresión, no puede ni debe ser restringido a la prueba documental. Dicho vocablo está referido a cualquier medio de prueba y no exclusivamente a los documentos. Tampoco, pese a la expresión, la formulación legal del presupuesto encierra la exigencia de acompañar una pluralidad de medios de acreditamiento.

En suma, la existencia del derecho reclamado en juicio, como presupuesto cautelar, "*debe resultar o aparecer con fuertes probabilidades de verosimilitud en virtud de los comprobantes hechos valer por el sujeto activo...*"⁴⁴

Sin embargo, ese término medio entre la incertidumbre, base de la iniciación del proceso, y la certeza, que recién podrá establecerse en la resolución final del mismo y que Calamandrei identificó con la *verosimilitud*, ha dejado de tener en nuestro ordenamiento una única formulación y los recientes textos legales lo designan bajo fórmulas diversas. Así, en materia de procedimiento de familia se manifiesta

⁴⁴ ROJAS RODRÍGUEZ (1965) p. 83.

con la expresión “*verosimilitud del derecho invocado*”; en el nuevo proceso laboral, las medidas se conceden siempre que se “*acredite razonablemente el fundamento y la necesidad del derecho que se reclama*”. A mi juicio, la fórmula recogida en el art. 298 CPC, atiende fielmente al presupuesto de apariencia de buen derecho, ha funcionado satisfactoriamente y no existe razón para innovar, incrementando la deficiente sistematización normativa.

4.2 En cuanto al *periculum in mora* como presupuesto de las medidas cautelares y su configuración:

Este presupuesto carece en la legislación nacional chilena de una formulación general, sino que aparece concretado para cada medida en particular, salvo en algunas situaciones que serán objeto de análisis.

Pero parece claro que esté o no regulado de manera específica para cada medida, el *periculum in mora* sigue siendo presupuesto ineludible para la concesión de las medidas cautelares. Así queda claramente establecido en el art. 301 CPC, en cuanto señala que las medidas cautelares deberán hacerse cesar “*...siempre que desaparezca el peligro que se ha procurado evitar...*”. La ubicación del precepto, al final del título relativo a las medidas precautorias, es indicativo de que se trata de una norma de aplicación general para toda clase de medidas cautelares.

Un mejoramiento de la regulación debiera apuntar, por un lado, a que ninguna situación de peligro pueda quedar desprovista de una medida cautelar apta para contrarrestarla y, por otro lado, que ninguna medida puede ser concedida ni subsistir sin el fundamento de una situación de peligro apreciada por el juez.

De la configuración del presupuesto del *periculum* en el proceso cautelar chileno, se desprende que su regulación parece excluir la posibilidad de hacer frente a riesgos de ineffectividad de la sentencia derivados de mero retraso en recibir la prestación a que se refiere la pretensión hecha valer en el proceso principal, limitándose sólo a aquellos riesgos de inexecución. Consiguientemente, y ya no sólo por la forma en que describe este presupuesto, sino, además, por la forma en que aparecen configuradas las medidas específicas, no parece factible por vía de la tutela cautelar una satisfacción total o parcial de la pretensión deducida en sede principal, aún cuando fuera ésta la única forma de asegurar la efectividad de la sentencia que haya de recaer en el proceso principal.

No comparto este criterio restrictivo, que termina por afectar la efectividad de la tutela cautelar. Aunque no debe patrocinarse una generalización de las medidas provisionalmente satisfactorias, me inclino por defender la necesidad de regular su

procedencia, particularmente cuando otras medidas menos incisivas no son idóneas para asegurar la completa efectividad de la sentencia definitiva.

Me parece, en definitiva, que los riesgos de una eventual utilización abusiva de esta categoría de medidas, además de ser susceptibles de ser disminuidos a través de una adecuada regulación legal, capitulan ante el peligro de deslegitimación que afecta al sistema judicial en su conjunto frente a la sociedad, derivado de la falta de oportunidad de la respuesta jurisdiccional a las pretensiones que se formalizan ante los tribunales.

4.3 En lo que atañe a la caución como presupuesto de las medidas cautelares

En el ordenamiento chileno la caución no es, por regla general, presupuesto ni de la concesión ni para la ejecución de las medidas cautelares.

Este es un defecto serio en la regulación de la tutela cautelar, porque un régimen efectivo de la responsabilidad por la utilización de las medidas cautelares requiere no estimar suficiente, por regla general, la ordinaria responsabilidad del patrimonio, sino exigir una garantía patrimonial concreta y específica.

La propuesta, con miras a una futura reforma, no es dudosa: exigencia preceptiva de caución para la concesión de medidas cautelares. En este sentido, no comparto la orientación inicial que se observa en la *Propuesta de Bases para la redacción de un Nuevo Código Procesal Civil* en cuanto se declara que “*por regla general, el solicitante debe otorgar una caución...*”.⁴⁵ La exigencia de caución no debe quedar entregada a la decisión discrecional de los jueces ni presentar excepciones.

Otra cosa es el establecimiento de los criterios para determinar la cuantía de la caución: en principio, soy partidario que el criterio fundamental al que el tribunal debe atender para determinar la cuantía de la caución es la previsión de los perjuicios que la medida puede causar en el patrimonio del sujeto pasivo en función del contenido y efectos de la medida decretada. Aquí sí que es admisible un cierto grado de discrecionalidad judicial en razón de que esos perjuicios no son, en esta etapa procesal, susceptibles de prueba directa si no que se trata de una previsión probable.

En este mismo orden de ideas, un importante aspecto que debiera regularse o, al menos debatirse, es el grado de conexión posible entre la caución y los otros presupuestos de las medidas. Por ejemplo, ¿podría el tribunal, a mayor grado de

⁴⁵ CORTEZ MATCOVICH (2005) p. 457.

demostración del *fumus*, disminuir el importe de la caución?; ¿podría graduarse esta cuantía en función del mayor o menor apremio del peligro en la demora?.

La nueva regulación debiera resolver sobre la clase o tipo de caución admisible, admitiendo sólo aquellas que permitan su pronta ejecución. También debiera regularse la suerte de la caución una vez finalizado el proceso y decretado el alzamiento de la medida. Desde luego, la caución debe mantenerse como garantía vinculada al derecho a la indemnización de perjuicios, pero cabe plantearse la conveniencia o no de establecer plazos para instar por la referida indemnización.

4.4 En lo que respecta a los tribunales, las partes y el procedimiento cautelar

La determinación del órgano jurisdiccional competente tiene especial relevancia porque importa no sólo para los efectos de decretar la medida cautelar, regulando sus efectos, sino también para determinar su forma de actuación y resolver todas las incidencias que se promuevan en el mismo. En principio, la singularización del órgano jurisdiccional que ha de conocer del proceso cautelar no plantea problemas específicos que la teoría general no pueda resolver.

Sin embargo, aunque esta idea es fácilmente predicable respecto de procesos cautelares iniciados junto o con posterioridad al proceso principal, en que la competencia viene atribuida al mismo tribunal que conoce de éste último, tratándose de medidas cautelares que se piden con antelación al inicio del proceso es posible cuestionar la conveniencia de dicha regla del proceso cautelar.

Hay situaciones en las que, desde la óptica de la efectividad de la tutela cautelar, resultaría más beneficioso conceder la posibilidad de impetrar dichas medidas ante un tribunal diverso de aquél que deba conocer del proceso en el cual incide la cautela. En este sentido, atribuir competencia para acordar una medida cautelar al juez del lugar donde se encuentren los bienes que se pretenden afectar con la medida, aunque éste resulte no ser el competente para conocer del asunto principal, redundaría en una mayor inmediatez en la ejecución de la propia medida.

Por consiguiente, parece razonable proponer, por una parte, que en determinadas situaciones previstas legalmente, sea posible establecer normas especiales sobre competencia territorial para conocer del proceso cautelar, de modo que dicha competencia quede radicada ante el tribunal del lugar geográfico en que debe llevarse a efecto la medida.

No obstante, esta alternativa implica asumir –y por ende disponer su regulación–

la posibilidad de que la determinación inicial de la competencia pueda diferir de la que resulte establecida para el conocimiento de la causa principal. Las consecuencias de esta falta de coincidencia entre la "competencia cautelar" y la principal, pueden traducirse en una serie de complejos problemas derivados de las exigencias que impone la debida observancia de la relación instrumental que debe existir entre la medida cautelar y el proceso principal. Por este motivo es necesario, cuando se opta por esta alternativa de competencia cautelar diferenciada, disponer los mecanismos necesarios para que, una vez incoado el proceso principal, éste arrastre, con la menor pérdida de tiempo posible, hacia sí las actuaciones que se han llevado a cabo en sede cautelar, de las que se seguirá conociendo junto con el asunto principal.

La *actividad procesal* conducente a resolver sobre una medida cautelar carece en el ordenamiento chileno una tramitación completa y detallada. Si bien, no se plantea el problema de la heterogeneidad de procedimientos de que adoleció la regulación española que sirvió de modelo a la nacional, la ausencia de normas claras sobre la tramitación a que debe someterse la solicitud de medida cautelar ha conducido a la formulación de distintas hipótesis sobre el procedimiento aplicable. Evidentemente que constituiría un notable avance el establecimiento de un procedimiento cautelar único, con independencia de la concreta medida que pretenda obtenerse.

Esta imperfección técnica tiene importantes repercusiones respecto de un tema muy sensible, como lo es el régimen de contradicción, sobre lo que en el ordenamiento chileno no existe norma que resuelva sobre el momento, forma y amplitud de la posibilidad de contradicción del sujeto pasivo de la medida cautelar.

Partiendo de la base de la necesidad de la audiencia del sujeto pasivo, hay que plantearse, en primer término, en *qué* momento debe producirse la antedicha audiencia. Aunque la tendencia jurisprudencial se ha orientado hacia la tesis de que las medidas precautorias se conceden o deniegan desde luego, de plano, sin previa audiencia del demandado, entiendo que un planteamiento reformador no puede estar presidido por la idea de que la urgencia de la medida y su necesidad de adopción por sorpresa sean presumibles en todo caso.

De lo anterior se sigue que, ni la contradicción diferida ni la audiencia previa pueden ser establecidos como regímenes exclusivos. Por el contrario, me parece más adecuado el establecimiento de una contradicción previa, imperativa o a discreción del tribunal, en función de la apreciación que formule el juez, fundada en razones de peligro concreto. Este parece ser el criterio que se insinúa en la *Propuesta de Bases para la redacción de un Nuevo Código Procesal Civil*, cuando se plantea que la regla general para su concesión será una audiencia a la cual tendrá derecho a asistir el

demandado.⁴⁶ Frente a la falta de demostración suficiente del *periculum*, entre denegar *ab initio* la cautela y convocar a una audiencia contradictoria, me inclino por esta última solución.

Por otra parte, en lo tocante a la ordenación de las causas de oposición admisibles por parte del sujeto pasivo de la medida, o, si se quiere, de la amplitud de sus posibles alegaciones, esto exige compatibilizar la naturaleza instrumental y sumaria del proceso cautelar con la garantía de seguridad de las posibilidades defensivas del sujeto pasivo de la medida. Entiendo que ello debe ser resuelto a favor del reconocimiento de una amplia admisibilidad de las defensas por parte del demandado, en la medida que no resultare desproporcionada al carácter instrumental del procedimiento.

En lo que respecta a la prueba, es evidente que el diseño del régimen de contradicción no sólo tiene que ver con las defensas que puede hacer valer el sujeto pasivo de la medida sino que está estrechamente vinculado con los medios de prueba y de acreditamiento de que puede servirse para demostrar los fundamentos de su oposición. Me parece que, siguiendo la misma reflexión que se hace para la admisión de la oposición, la actividad probatoria no debe tener otras limitaciones que las impuestas por los caracteres de concentración y rapidez que informan el procedimiento cautelar.

Respecto del régimen procedimental de la oposición en la regulación chilena, cualquiera sea la oportunidad prevista para que ésta se produzca, parece ser el procedimiento establecido para los incidentes el más apropiado.

Finalmente y aunque se trata de una tema relacionado con la amplitud con que se recepcionará el principio dispositivo, cabe plantearse sobre la conveniencia de permitir al tribunal, al resolver sobre la medida cautelar, reducirla cuantitativa o cualitativamente. Descarto, desde luego, la posibilidad de que el tribunal pueda conceder una medida más incisiva que la solicitada, como cuando se pide la prohibición de celebrar actos y contratos y se concede –sin que se haya solicitado– el secuestro de la cosa. Tampoco me parece discutible la facultad del tribunal para acordar la medida solicitada, pero reduciendo su extensión cuantitativa. Lo que se plantea es la posibilidad de que el tribunal frente a una concreta solicitud de medida, estime procedente una medida distinta, pero de menor intensidad a la solicitada. Objetivamente podría sostenerse que se estaría frente a un supuesto de vulneración del deber de congruencia que debe existir entre la solicitud de medida y la resolución. Pero, desde otra perspectiva, este cambio podría ser constitutivo de una resolución parcialmente estimatoria de la solicitud, lo que no infringiría el deber de congruencia.

⁴⁶ CORTEZ MATCOVICH (2005) pp. 457–8.

4.5 En orden al régimen de ejecución de las medidas cautelares

Un replanteamiento de la regulación de la tutela cautelar en el proceso civil chileno, debiera considerar de manera especial los medios que el ordenamiento coloca a disposición del juez para obtener el cumplimiento forzoso de una resolución que adopta una medida cautelar, cuando ello sea preciso. En efecto, dejando a un lado los supuestos en que los efectos de la resolución que concede una medida cautelar se agotan en la sola declaración y en lo que no se precisa de una actividad posterior modificadora del mundo externo o que ésta sea tan simple, que no alcance a constituir una verdadera ejecución, es fundamental, para la eficacia de la tutela cautelar, que el ordenamiento prevea los medios indispensables para que lo dispuesto en la resolución judicial tenga efectividad práctica, con independencia de la voluntad del sujeto pasivo.

Sin dejar de considerar, por un lado, que este tema se inserta en uno más amplio, relativo a la eficacia de las resoluciones judiciales, en general y, por otro lado, que resultaría un contrasentido, reconocer mayor efectividad a la resolución cautelar que a la decisión definitiva, me parece que la solución en esta materia puede obtenerse de la atribución a los tribunales de la facultad de imponer apremios económicos al sujeto pasivo renuente al cumplimiento, es decir, multas coercitivas determinadas por el mismo juez de la causa, con posibilidad de incremento en la medida que persista el incumplimiento.

Por otro lado, se hace necesario el reconocimiento explícito de eficacia ejecutiva inmediata a la resolución que decreta una medida cautelar, lo que tiene directa incidencia en la configuración de los efectos de los recursos admisibles contra la resolución que acuerda una medida.

Asimismo, resulta conveniente establecer la necesidad de instar por la ejecución dentro de cierto lapso, ya que la ausencia de plazo para la ejecución de una medida cautelar, constituye un defecto importante en la regulación chilena.

4.6 Respetto de la variabilidad de las resoluciones que se pronuncian sobre las medidas cautelares

En primer lugar, se hace indispensable el reconocimiento legal expreso, como nota distintiva de la tutela cautelar, que al decretarse las medidas con base a presupuestos que responden a una determinada situación de hecho existente a la época de adopción, éstas deben ser esencialmente variables, al mudar dichos presupuestos. De manera que se establezca que, en un sentido negativo, la resolución sobre la medida

cautelar impide un nuevo pronunciamiento sobre los mismos presupuestos que se tuvieron en cuenta a la hora de su adopción, pero que, en sentido positivo, nada obsta que, cambiando esos presupuestos, se dicte una nueva resolución que deje sin efecto o modifique las resoluciones antes adoptadas.

En segundo término, me parece conveniente ir más allá de la necesaria mutación de las circunstancias, como única justificante de la variabilidad de las resoluciones que se pronuncian sobre las medidas cautelares y proponer, en cambio, el reconocimiento legal de la posibilidad de renovar la solicitud de medidas cautelares, anteriormente desestimadas, no sólo con base en la demostración de alteración de las mencionadas circunstancias, sino también, en virtud de medios de acreditamiento nuevos o de aparición posterior, aunque se mantengan los fundamentos de la primitiva petición.

4.7 Respeto de la instrumentalidad como nota característica del proceso cautelar

Me parece adecuado, desde la óptica de la efectividad de la tutela cautelar, que se reconozca la posibilidad de obtener medidas cautelares no sólo dependientes de un proceso principal ya iniciado sino respecto de uno que está por iniciarse.

Tratándose de medidas cautelares adoptadas con antelación al proceso, es fundamental reforzar la instrumentalidad en el ordenamiento chileno, imponiendo al actor, no sólo la carga procesal de presentar la demanda principal ante el mismo tribunal que concedió la medida dentro de un plazo preclusivo, sino, además, la de notificar la demanda.

A su vez, la ratificación o solicitud de mantención de la medida cautelar solicitada *ante causam* como requisito independiente de la presentación de la demanda, es excesivo y me parece exageradamente formalista la exigencia que la petición de mantención de la medida prejudicial precautoria se formule materialmente en misma demanda, porque el cumplimiento de este requisito, que al tribunal le consta por el propio acto de presentación de la demanda, se llega a equiparar en importancia a la de la propia presentación de la demanda. Estimo, por el contrario, que la presentación de la demanda es, por sí sola, suficiente manifestación de la voluntad del actor de perseverar en el ejercicio de su pretensión cautelar.

En cuanto a los efectos de la *paralización del proceso principal* en la actividad cautelar, me parece merecedora de un reconocimiento legislativo, la doctrina que algunos fallos de la Corte Suprema han establecido, observando que la finalidad misma del instituto cautelar puede resultar comprometida, cuando la paralización

del proceso principal resulta ser excesiva. Ello, bajo ciertas circunstancias, podría justificar el alzamiento de la medida cautelar. Por otro lado, determinados supuestos de paralización pueden tener incidencia en las actividades del procedimiento cautelar, que es preciso regular.

Respecto a los efectos de la *terminación del proceso principal*, que la medida cautelar ha de cesar en sus efectos una vez que haya concluido el proceso principal, es algo que por evidente no precisa ser establecido en ninguna regla legal, porque es la expresión más rotunda de la instrumentalidad, aunque la doctrina ha venido reclamando la necesidad de regulación legal de este modo de extinción.⁴⁷ Sin embargo, parece importante establecer con claridad la repercusión en el proceso cautelar, de la sentencia definitiva recaída en el proceso principal, cuando ésta aún no adquiere firmeza.

Frente a posiciones extremas que oscilan entre sostener que la medida cautelar sólo puede perder eficacia cuando la sentencia haya adquirido firmeza y quienes predicán que no es menester esperar esta firmeza para su alzamiento, debe optarse por una solución moderada. Tratándose de la sentencia desestimatoria no firme, ésta debe ser considerada como una circunstancia sobrevenida con incidencia suficiente en la medida cautelar, como para justificar su alzamiento. Por otra parte, la sentencia estimatoria no firme constituye un comprobante cualificado del *fumus boni iuris* que justifica la concesión de una medida que antes no hubiere sido concedida o simplemente no se haya solicitado, siempre que se justifique la concurrencia de los otros presupuestos de la medida.

En cualquier caso, matizando la opinión precedente, parece evidente que cualquiera sea la forma de resolución del conflicto y el sentido de ésta, es decir, sea estimatoria o no de la pretensión principal, la dictación de la sentencia impone necesariamente un nuevo enjuiciamiento de los presupuestos de la medida cautelar.

La finalización del proceso principal con sentencia estimatoria firme, debe conducir también a la extinción de las medidas cautelares que se hubieren adoptado en dicho proceso, pero dicha medida ha de ser reemplazada por la correspondiente medida ejecutiva, en lo posible sin solución de continuidad. Debe regularse cuál es la suerte de la medida cautelar en el tiempo intermedio entre la terminación del proceso y el inicio de la ejecución, disponiendo la mantención de la medida mientras se incoa el proceso de ejecución, estableciéndose la duración máxima que puede tener el período intermedio entre la obtención del título ejecutivo (sentencia) y la efectiva iniciación de la ejecución.

⁴⁷ FAIRÉN GUILLÉN (1974) pp. 35–106; ORTELLS RAMOS (1998) p. 549.

En suma, un planteamiento reformador en esta materia debiera estar presidido por la idea de que las medidas cautelares deben mantenerse hasta que se inicie la ejecución puesto que a partir de entonces dichas cautelas están destinadas a ser reemplazadas por una medida ejecutiva de mayor efectividad.⁴⁸ Se trata, entonces, de aprovechar en el proceso de ejecución los efectos de la medida cautelar ya adoptada. Desde luego, hay medidas cautelares respecto de las que no es fácilmente concebible una medida ejecutiva que le sea equivalente. Con todo, lo más acertado parece ser o el reemplazo de la medida cautelar por la correspondiente medida ejecutiva o su aprovechamiento, al menos parcial, en función de los actos de ejecución que sean pertinentes, lo que puede llevar, en determinados casos, a la subsistencia de la medida aún ya iniciada la ejecución.

4.8 Respeto del arbitraje y la tutela cautelar

La opción de regular las medidas cautelares como instrumentales de un procedimiento arbitral debe mantenerse, porque el riesgo de ineffectividad de la sentencia, a cuya supresión apunta la ordenación de la tutela cautelar, no sólo puede aparecer en cualquier momento del proceso sino también respecto de cualquier clase de proceso, por más expeditos sean los trámites conforme a los cuales ha sido configurado y el arbitraje, con sus notas de rapidez y agilidad con las que a menudo se le distingue, no escapa a esta mencionada regla. Por otra parte, no parecería razonable ni respetuoso de la igualdad ante la ley, que el ordenamiento autorice la adopción de cautelas respecto de quienes acuden a un proceso jurisdiccional y niegue esa posibilidad respecto de los que aspiran a la satisfacción de su pretensión por la vía arbitral.

Me parece, asimismo, que, si se reconoce doctrinal y jurisprudencialmente que en el ordenamiento nacional el arbitraje importa una jurisdicción análoga a la de los tribunales oficiales y los árbitros son verdaderos jueces revestidos de autoridad pública y que las decisiones de los árbitros son, en consecuencia, resoluciones judiciales de la misma clase y naturaleza jurídica que las de los jueces permanentes, no se divisa cuál es el impedimento para que se les conceda también la posibilidad no sólo de acordar medidas cautelares, sino también la de hacer ejecutar las resoluciones cautelares que dictan.

Respecto de las medidas cautelares previas al inicio del arbitraje, debe existir una norma clara que atribuya competencia a la justicia ordinaria y establecer la ne-

⁴⁸ CALDERÓN CUADRADO (1992) p. 305.

cesidad de que el solicitante inicie el procedimiento arbitral en un plazo determinado, bastando, para tales efectos, lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en movimiento el procedimiento arbitral.

4.9 Sobre la responsabilidad derivada de la utilización de la tutela cautelar

La adopción de una medida cautelar puede afectar de manera ostensible la situación patrimonial del sujeto pasivo de ella, ya que todas ellas, en mayor o menor grado, suponen una injerencia en la esfera patrimonial del afectado. Las posibilidades de lesionar el patrimonio del afectado por la medida de manera injustificada se incrementan en función de que, como se sabe, para acordarlas no se precisa de un juicio acabado sino uno de mera probabilidad o verosimilitud acerca del derecho del solicitante. Luego, es perfectamente factible que, al dictarse sentencia de fondo, o aún antes, se verifique que dicha hipótesis no coincide con la realidad.⁴⁹ En tal caso es evidente que la medida debe ser alzada pero, además, también es claro que esa resolución firme que desestimó la pretensión o no llegó a pronunciarse sobre la misma, deja en evidencia que la medida resultó injustificada, simplemente porque no cumplió con la función a la que estaba destinada, aunque, al momento de su dictación, hayan concurrido sus presupuestos.

Estas circunstancias hacen necesario el establecimiento de un régimen regulador de la responsabilidad generada por la utilización de la tutela cautelar.

El establecimiento de un régimen efectivo de la responsabilidad por la utilización de la tutela cautelar debiera estructurarse sobre tres 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.

En lo que atañe al régimen sustantivo y fundamento de la responsabilidad derivado del empleo de las medidas cautelares, me parece necesario el establecimiento de un régimen efectivo y riguroso de responsabilidad que sirva de equilibrio

⁴⁹ FAIRÉN GUILLÉN (1969) p. 905.

respecto a los riesgos que ha debido asumir el sujeto pasivo. Esta regulación debe partir de la premisa que el alzamiento de la medida derivado de la sentencia desestimatoria firme, deja en evidencia que la medida resultó injustificada, sencillamente porque no cumplió con la función a la que estaba destinada, aunque, al momento de su dictación, hayan concurrido sus presupuestos.

Partiendo de esta base, parece conveniente el establecimiento de supuestos de responsabilidad objetiva o sin culpa, fundados principalmente en la dificultad de acreditamiento de algún grado de culpa en el solicitante de la medida. Por otro lado, es preciso atender, no sólo a la clase de responsabilidad –objetiva o por culpa– sino que también a la relación de causalidad entre la conducta del solicitante y el resultado dañino producido al sujeto pasivo, ya que, los perjuicios no son consecuencia directa e inmediata de la conducta del solicitante sino de la medida decretada por el tribunal.

No me parece adecuado generalizar los supuestos de responsabilidad objetiva, impidiendo al solicitante de la medida la prueba exonerativa de su culpa. Considero, en cambio, más equitativo establecer, fuera de ciertos y determinados supuestos de responsabilidad objetiva o sin culpa, hipótesis de presunciones de culpabilidad, evitándole, de este modo, al que ha sufrido el daño la carga de acreditar a culpabilidad, incumbiendo al que ha causado el daño destruir la presunción establecida en la ley. Tales serían, por ejemplo, los supuestos en que las medidas se hayan alzado sin sentencia desestimatoria de la demanda.

El tercer componente de un régimen eficiente de la responsabilidad derivada de la tutela cautelar es el relativo al cauce procesal establecido para hacerla efectiva.

Si respecto de la naturaleza de las normas rectoras de la responsabilidad puede plantearse debate, principalmente en lo que atañe al fundamento de dicha responsabilidad, en lo que no cabe mayor polémica es en la necesidad del establecimiento de un régimen procesal idóneo para resolver sobre dicha responsabilidad.

Se trata de un tema fundamental porque por más perfectas que fuesen las reglas sustantivas rectoras de la responsabilidad, éstas carecerían de virtualidad si para hacerlas efectivas no se establece un régimen procedimental adecuado para obtener la declaración de responsabilidad, la cuantificación de los daños y su cumplimiento.

Escuetamente y sin mayores fundamentos, frente a la laguna normativa de nuestro derecho, la doctrina nacional ha propuesto un régimen procedimental más ágil para encauzar esta clase de reclamaciones, pero la jurisprudencia ha mantenido una clara posición sobre el particular, que parte de la premisa que el proceso donde se litiga sobre la indemnización de perjuicios pertenece a la categoría del juicio de *lato conocimiento* por antonomasia y, para resolver esta clase

de asuntos con la necesaria amplitud de alegaciones y pruebas, el procedimiento que se presenta como el más idóneo es el juicio ordinario de mayor cuantía. Con base en esta consideración, se ha resuelto que, en los supuestos de cesación *ipso facto* de la medida, no por ello cabe entender que la responsabilidad puede perseguirse incidentalmente.

En un *planteamiento reformador*, las alternativas teóricas para la reconducción procedimental de la reclamación indemnizatoria van desde estimar aplicable el proceso ordinario declarativo a considerar el procedimiento incidental como el más idóneo para tales efectos. La doctrina ha considerado inconveniente la aplicación de un proceso distinto, desvinculado de aquél en el que se causaron los perjuicios, y propone, en cambio, reconducir la mencionada pretensión a un procedimiento incidental del propio proceso en el que ha incidido la medida.

La opción por el procedimiento incidental me parece que responde a la necesidad del establecimiento de un procedimiento expedito y eficaz para que el perjudicado con la medida haga valer su pretensión indemnizatoria. Pero al hacerlo, debe tenerse en cuenta que la sola instauración de un procedimiento incidental no representa por sí sola la solución, ya que, por un lado, es difícil admitir este cauce procesal respecto de procesos en los que el alzamiento se ha producido en la sentencia definitiva, ya que sin la pendencia del proceso principal resulta difícilmente concebible un incidente.

En fin, el procedimiento establecido para los incidentes podría resultar útil para aquellos supuestos de responsabilidad objetiva o sin culpa, en que la actividad de acreditamiento se reduce a la prueba de los perjuicios, pero no parece idóneo para supuestos en los que se ha de acreditar todos los elementos de la responsabilidad extracontractual.

A mi juicio, la *Propuesta de Bases para la redacción de un Nuevo Código Procesal Civil* ofrece una interesante vía intermedia para la articulación procesal de la pretensión indemnizatoria⁵⁰: se prevé un *juicio declarativo* tipo y otro que se denominará *sumario*, caracterizado por su brevedad y concentración: este último es el que debe preferirse porque permite equilibrar el interés del perjudicado por obtener una pronta reparación patrimonial, con el derecho de defensa que le asiste al demandado.

En todo caso, cualquiera sea la vía procedimental establecida para reclamar de los perjuicios, la caución prestada por el solicitante de la medida debe mantenerse hasta el pronunciamiento de la decisión judicial relativa a la responsabilidad del so-

⁵⁰ CORTEZ MATCOVICH (2005) pp. 458–460.

licitante de la medida. De modo que deben preverse los mecanismos adecuados para la subsistencia de la caución hasta mientras no se inicia el proceso en que se reclame la indemnización.

Convendría establecer un plazo para instar por la indemnización, mientras tanto la caución no podrá ser devuelta. Incluso podría estimarse razonable que el tribunal fije un plazo para deducir la correspondiente petición, transcurrido el cual se procede a su devolución.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO FURELOS, J.M. (1990–2): *Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar*, en *Justicia*.
- CALAMANDREI, P. (1936): *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (Padova, Cedam).
- CALDERÓN CUADRADO, M.P. (1992): *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil* (Madrid, Civitas).
- CALDERÓN CUADRADO, M.P. (1992–3): *Sobre el régimen cautelar en defensa de la competencia y competencia desleal y su posible contribución a la efectividad de las resoluciones judiciales*, *Revista de Derecho Procesal*.
- CASARINO VITERBO, M. (1994): *Manual de Derecho Procesal* (Santiago, Editorial Jurídica).
- CHIFFELLE HORSEL, J., *Estudio sobre las medidas cautelares y sugerencias para la modificación de nuestro ordenamiento jurídico procesal en materia cautelar*, en *Estudios de Derecho procesal* (Cuadernos de Análisis Jurídico), Universidad Diego Portales, n° 29.
- CHIOVENDA, G. (1923): *Principii di Diritto Processuale Civile* (Napoli).
- CORTEZ MATCOVICH, G. (1999): *Algunas consideraciones sobre el régimen de contradicción de las medidas precautorias*, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 206, julio–diciembre 1999.
- CORTEZ MATCOVICH, G. (2005): *Propuesta de Bases para redactar un Nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile*, *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, N° 20.
- DE MIGUEL Y ALONSO, C. (1971–1): *Consideraciones sobre la lentitud de los procesos y sus posibles soluciones*, en *RDProlberoam*.
- DE LOS SANTOS, M., *Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas*, *Rev. Der. Jur.*, T. 96, 1ª parte.

- FAIRÉN GUILLÉN, V. (1969): *La reforma del proceso cautelar español*, en *Temas del ordenamiento procesal II* (Madrid, Tecnos).
- FAIRÉN GUILLÉN, V. (1974): *Los procesos y las medidas cautelares*, en *El Sistema de medidas cautelares*, (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).
- FRISINA, P. (1986): *La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali*, en *RD Processuale Civile*.
- GRUNSKY, W., (1982): *Reflexiones sobre la eficacia del Derecho procesal civil en Alemania*, en *Para un proceso civil eficaz* (Bellaterra, Fco. Ramos).
- ORTELLS RAMOS, M. y CALDERÓN CUADRADO (1996) *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, (Granada, Comares).
- ORTELLS RAMOS, M. (1997) *Effektiver Rechtsschutz im spanischen Privatrecht; insbesondere zum einstweiligen Rechtsschutz*, en *ZZP Int*.
- ORTELLS RAMOS, M. (1998) *El embargo preventivo* (Granada, Editorial Comares) 624 pp.
- ORTELLS RAMOS, M. (2000) *Las medidas cautelares* (Madrid, La Ley)
- PEREIRA ANABALÓN, H., *Embargo y cautela en el proceso chileno*, *Gaceta Jurídica* nº 157.
- PEYRANO, J. W. (1981) *Medida cautelar innovativa* (Buenos Aires, Desalma).
- POMÉS ANDRADE, J. (1962) *Las medidas cautelares, M. de P.* (Santiago, Editorial Universitaria).
- PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. (1950-4) *La eficacia del proceso civil o política del pragmatismo procesal*, *Revista de Derecho Procesal*.
- QUEZADA MELÉNDEZ, J. (1997) *Las medidas prejudiciales y precautorias* (Santiago, Digesto).
- RAMOS MÉNDEZ, F. (1985) *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, en *Justicia*.
- REIMUNDIN, R. (1979) *Prohibición de innovar como medida cautelar* (Buenos Aires, Astrea)
- ROJAS RODRÍGUEZ, M. (1965) *Las medidas precautorias* (Santiago, Librotec).
- ROMERO SEGUEL, A. *La tutela cautela en el proceso civil*
- ROMERO SEGUEL, A. (2006) *Curso de derecho procesal civil* (Santiago, Editorial Jurídica).
- SCAGLIONI, A. (1969) *Il Sequestro nel processo civile* (Milano, A. Guiffirè).
- SERRA (1974) *Teoría General de las medidas cautelares en Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil* (Barcelona, S/E).
- VÁZQUEZ SOTELÓ, J.L. (1998) *La configuración de las medidas cautelares en el Anteproyecto de L.E.C.*, en *Presente y futuro del proceso civil* (Barcelona, Bosch).