

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO: SU TRATAMIENTO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

PROVISIONAL REMEDIES IN CHILEAN PROCEDURAL LAW:
REGULATION IN THE BILL OF CIVIL PROCEDURE CODE

JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ*

RESUMEN: La regulación de las medidas cautelares en el Proyecto de Código Procesal Civil enviado por el presidente Piñera al Congreso Nacional el año 2012 muestra serias deficiencias de cara a lo que ha sido la evolución legislativa que estas medidas han tenido en Chile en los últimos veinte años. Si bien el proyecto ha incorporado importantes principios que rigen la concesión de estas medidas, y más de una mejora que la doctrina nacional venía reclamando desde hace tiempo —particularmente en cuanto a la ubicación de estas medidas—, ha sido extremadamente tímido en los objetivos y fines que les ha asignado, descartando de plano los anticipativos. En este punto el proyecto constituye un claro retroceso si se lo compara con el enviado por la Presidenta Bachelet el año 2009 al Congreso Nacional y con la regulación que de las medidas cautelares tienen en los procedimientos de familia, laboral, competencia y medio ambiente.

ABSTRACT: The regulation of provisional remedies in the Bill of Civil Procedure Code, sent by President Piñera to the Congress in 2012, showed a deep deficient in relation with the Chilean law evolution in this topic during the last twenty years. Despite that the bill has incorporated important principles regarded to the order of these remedies, it has been extremely shy with respect of the goals that this relief could achieve, avoided any anticipation in this matter. At this point, the bill shows an important setback if we compare with the bill of the same Civil Procedure Code sent by president Bachelet in 2009 and with respect to the provisional reliefs in family, labor, antitrust and environmental law.

PALABRAS CLAVE: Medidas cautelares, Proyecto de Código Procesal Civil, regulación.

KEYWORDS: Provisional remedies, Bill of Civil Procedure Code, regulation.

□ Doctor en Derecho. Profesor tiempo completo ITAM.

I. PLANTEAMIENTO

La visión tradicional de las medidas cautelares se construyó en Chile sobre la base normativa contenido en el Título V, del Libro II, del Código de Procedimiento Civil (CPC). El trabajo que recoge de manera magnífica esta concepción es el de Mario Rojas Rodríguez, *Las medidas precautorias*, publicado en Concepción el año 1965¹. Dos son las ideas matrices que destacan de esta construcción: i) en primer lugar, las medidas cautelares sirven para asegurar el resultado práctico de la acción, pero en ningún caso pueden anticipar parte o el total de la pretensión del actor. ii) En segundo término, las medidas cautelares son esencialmente patrimoniales, esto es, pretenden asegurar uno o más bienes en pos de una futura ejecución forzosa. Sobre estas dos ideas –repito– se elaboró todo el edificio dogmático de la tutela cautelar en el país.

El referido enfoque ha sido objeto de una fuerte revisión en los últimos lustros, primero doctrinal, y luego legislativa, tanto en Chile como en el Derecho comparado, ampliando los fines que estas medidas tradicionalmente han cumplido –de los meramente precautorios a los innovativos y a los aniticipativos de la pretensión del actor– y reconociéndose una potestad cautelar general en el juzgador no solo aplicable a las cuestiones estrictamente patrimoniales². Como suele suceder en las ciencias sociales, en todo caso, el avance no ha sido lineal. Ha ido acompañado de algunos retrocesos. Es lo propio de la discusión académica: no hay consenso en todos los autores en cuanto a la intensidad y magnitud de los cambios. Es precisamente lo que sucedió con el tratamiento de las medidas cautelares en la discusión de los proyectos del nuevo Código Procesal Civil en el país.

En este trabajo analizaré algunos aspectos de la regulación de estas medidas contenidas en el Proyecto de Código Procesal Civil (PCPC) que el

¹ Véase, asimismo, la obra de QUEZADA MELÉNDEZ, José, *Medidas prejudiciales y precautorias*, Digesto, Santiago, 1997, y mi libro *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno*, Editorial Jurídica, 2004, pp. 185 y ss.

² Véase al respecto CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *La tutela cautelar en el proceso civil*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, pp. 153-172. También véase el tratamiento de estas medidas en materia familiar, laboral, propiedad industrial, medio ambiente y competencia en mi texto *Tratado de las medidas cautelares*, Editorial Jurídica, 2ª edición, 2016, pp. 569-617. En la doctrina italiana, véase TARZIA, “La tutela cautelar”, en *Il processo cautelare*, a cura de Giuseppe Tarzia e Achille Saletti, 5ª edición, 2015, Wolters Kluwer-Cedam, pp. XXIII-XXXVII.

Presidente de la República, Sebastián Piñera, envió a la Cámara de Diputados el 12 de marzo de 2012 mediante mensaje N° 432-359, en relación con la reglamentación que de ellas efectuó el Proyecto del mismo Código remitido por Michele Bachelet, Presidente de la República, la Cámara de Diputados mediante Mensaje 398-357, el 18 de mayo de 2009 (Proyecto 2009)³ y con la que contiene el vigente Código de Procedimiento Civil (CPC).

II. REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PCPC⁴

1. Denominación y ubicación

Las medidas cautelares se encuentran previstas en el PCPC en el Libro I, relativo a las disposiciones generales, Título XII –denominado *De las medidas prejudiciales y medidas cautelares*– capítulos uno al cuarto, artículos 161 al 200⁵. Lo primero que se advierte es el cambio de nombre de medidas precautorias (Título V del Libro II del CPC) al de medidas cautelares. Esta modificación es apropiada. Pese a que en general los dos términos han sido tratados como sinónimos en la actualidad, se impone el segundo, por abrazar fines más amplios que los meramente precautorios. Así, por lo demás, lo han recogido los textos legales modernos.

Lo segundo que se vislumbra es que, a diferencia de la actual reglamentación del CPC –que previó estas providencias en el Libro II, artículos 290 al 302–, el PCPC las reglamenta en el Libro I. Lo mismo hizo el Proyecto 2009⁶. De este modo se evita la discusión de si solo son propias de un tipo de proceso (en este caso del denominado juicio ordinario) o si son de aplicación general en cualquier procedimiento que no tenga una regulación disímil. Este cambio de ubicación también es razonable. Nuestros tribunales inequívocamente les han dado aplicación supletoria a estas medidas, utilizándolas en

³ Ambos proyectos pueden ser consultados en la *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, N° 22 (2012), pp. 36-182 y 603-749, respectivamente.

⁴ Tengo en mis manos el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados el 7 de mayo de 2014, mediante Oficio N° 11.272. Las referencias que en este ensayo realizo a determinados artículos sin indicar su fuente deben entenderse referidas a este proyecto de 2014.

⁵ En el proyecto original del Presidente Piñera del año 2012, la regulación comprendía los artículos 159 al 199. Vid. *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, N° 22 (2012), pp. 69-80.

⁶ Libro I, artículos 159 al 184.

distintos y diversos procedimientos y no solo en el juicio ordinario⁷. De allí que era preferible su traslado al Libro I relativo a las *Disposiciones generales*.

2. Medidas prejudiciales

El Capítulo primero del Título XII del Libro I del PCPC está dedicado a las medidas prejudiciales. El artículo 161 señala:

“Objetivo de las medidas prejudiciales y sujetos legitimados para solicitarlas. El que pretenda demandar en cualquier tipo de procedimiento, podrá solicitar al tribunal con antelación a la interposición de una demanda, diligencias destinadas a preparar la acción que se pretende deducir, a rendir pruebas que en su momento pudieren no estar disponibles o a cautelar la pretensión en los casos y conforme a los procedimientos previstos en este Título.

Quien tuviere fundado temor de ser demandado, estará legitimado para solicitar diligencias preparatorias o probatorias. El tribunal concederá solo aquellas que estime estrictamente adecuadas e indispensables para el ejercicio de la acción y su eventual defensa, según las reglas que se expresan a continuación”.

Se mantiene, por tanto, el tradicional enfoque del Derecho procesal civil nacional en cuanto a la existencia de tres tipos diversos de medidas prejudiciales: las preparatorias, las probatorias y las cautelares⁸.

⁷ Así, por ejemplo, se ha resuelto: “Que en lo que dice relación con la medida precautoria de prohibición para celebrar actos o contratos respecto de las mismas casas patronales, esta no aparece reglamentada en la disposición legal recién citada, o sea, el mencionado artículo 36, razón por la cual se resolvió sobre su procedencia en base a las reglas generales sobre medidas precautorias contenidas en el libro II del CPC [...] que a falta de reglas especiales, las medidas precautorias son también instituciones o disposiciones comunes aplicables a todo procedimiento y que su ubicación hubiere sido más lógica dentro del libro I del citado Código, lo que no es obstáculo para su aplicación a otros procedimientos diferentes del juicio ordinario en presencia de lo que dispone el artículo 3º del mismo Código [...], por lo que las disposiciones pertinentes del juicio ordinario asumen el rol de derecho supletorio respecto del articulado correspondiente no solo a los juicios especiales contenidos en el libro III del CPC, sino también para asegurar la responsabilidad pecuniaria del reo dentro del juicio criminal [...] de donde cabe inferir que tales reglas tienen una disposición de aplicación general para toda clase de juicios especiales aun cuando no estén reglamentados en el CPC y cualquiera que sea su naturaleza”. *Fallos del Mes*, N° 175 (1973), pp. 86 y 87.

⁸ Véase el reciente estudio sobre las medidas prejudiciales precautorias de CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, “Contribución al estudio de las medidas cautelares previas a la demanda en el proceso civil chileno”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, v. XXX, junio (2007), pp. 236-261.

Se añade en el inciso 2º de la norma en comento que el futuro demandado también puede pedir las medidas prejudiciales preparatorias y probatorias, cuestión que en la regulación del CPC se encuentra acotada, según lo refiere el artículo 288, a las previstas en el artículo 273 numeral 5º (reconocimiento jurado de firma), y en los artículos 281 (inspección personal del tribunal), 284 (absolución de posiciones) y 286 (testimonial), todos del CPC. La regulación contenida en el PCPC es, como se aprecia, más amplia que la que actualmente nos rige en tanto permite al futuro demandado pedir todo tipo de medidas prejudiciales preparatorias y probatorias. Restringe el legislador nacional, en todo caso, la procedencia de estas órdenes a las que sean *estrictamente adecuadas e indispensables* para el ejercicio de la acción y de la eventual defensa. Esta limitación no se entiende bien. Son instrumentos que pueden ser muy útiles para preparar adecuadamente una buena demanda o defensa. Me parece que en esta parte el legislador ha sido muy estricto.

En el artículo 162 se reglamentan las medidas prejudiciales preparatorias y en el artículo 163, las prejudiciales probatorias. En los artículos 164 al 170 se regula la forma cómo ellas se tramitan; las personas facultadas para asistir a las respectivas audiencias; las responsabilidades y sanciones que se pueden aplicar si la persona citada no asiste a la diligencia o si no se presentase la demanda en el tiempo que fija el legislador después de desahogada la actuación ordenada. Las medidas prejudiciales cautelares, por su parte, han sido reguladas en el PCPC en el Capítulo 3º, del Título XII, artículos 195, 196 y 197. En el art. 195 se señalan los requisitos que deben acreditarse para su otorgamiento; en el 196 la forma como se tramitan; y en el 197 la responsabilidad que asume el peticionario de la medida si no presenta la correspondiente demanda dentro del plazo que el legislador establece, así como la caducidad de pleno derecho de la medida requerida. El PCPC, al igual que sucede con en el CPC, no permite que el futuro demandado pueda disponer de las medidas prejudiciales cautelares. Estas son de uso exclusivo del actor.

En este trabajo no abordaremos esta regulación que será objeto de un análisis separado y posterior.

3. Las medidas cautelares

En el Capítulo 2º del Título XII, intitulado *De las medidas cautelares*, comienza su reglamentación. En el Párrafo 1º, denominado *Reglas genera-*

les, artículos 171 al 179, se indica el objeto de estas medidas y una serie de principios relativos a su concesión.

3.1. Objeto de las providencias precautorias y forma de su concesión

El artículo 171 aclara el objeto que ellas persiguen:

“Las medidas cautelares tienen como objeto asegurar el cumplimiento de la eventual sentencia que se pronuncie aceptando la pretensión del actor o evitar los perjuicios irreparables que puedan producirse con motivo del retardo en su dictación”.

La redacción de esta norma no es clara para mí. Entiendo la finalidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia que acoja la pretensión del actor que es, como se sabe, la razón de existencia de este tipo de providencias. No me queda claro, sin embargo, por qué aparece como objeto el evitar los perjuicios irreparables que pueda ocasionar al actor el retardo en la dictación, entiendo, de la sentencia de fondo. Este es el tradicional *periculum in mora* que no es objeto de estas medidas sino un *presupuesto* de su concesión. Me parece más preciso el objeto que el Proyecto 2009 refería en el artículo 166:

“Las medidas cautelares tienen como asegurar los efectos de la sentencia que eventualmente acepte la pretensión del actor. Podrán, asimismo, anticipar total o parcialmente estos efectos cuando concurran los presupuestos y condiciones que se indican en este título”.

Se aceptaba aquí un objeto más amplio que el que ahora recoge el PCPC, según lo veremos más adelante, y no se confundía con el *periculum in mora*, presupuesto de concesión de toda medida cautelar.

En relación con el ámbito de aplicación de las medidas cautelares, el artículo 172 dispone:

“Las medidas cautelares pueden decretarse en cualquier procedimiento, solo por resolución pronunciada por el tribunal competente, a petición de parte, dando cumplimiento a los requisitos y asumiéndose las responsabilidades previstas en este Título”.

Se consagran algunos aspectos interesantes en esta disposición. En primer término, la facultad de utilizar estas medidas en cualquier procedimiento judicial. Si bien en la actual reglamentación de estas medidas (Libro II del CPC) nunca se ha cuestionado seriamente la posibilidad de aplicarlas en todo

tipo de procedimientos, resulta muy razonable que el legislador lo hubiere sancionado expresamente en esta oportunidad. Se evitan así problemas de interpretación y más de un dolor de cabeza. En segundo lugar, se señala que solo pueden ser decretadas por resolución de un tribunal competente. Son mandatos u órdenes que deben ser concedidos por jueces (públicos o árbitros) por la injerencia –mayor o menor– que tienen en la esfera de resguardo del demandado. Es oportuno, por tanto, dotar a estas medidas de la necesaria garantía de imparcialidad e independencia de que disfruta nuestra judicatura. En tercer término, se dispone que ellas son concedidas a petición de parte. El principio que rige en este ámbito es el dispositivo, por lo cual solo pueden adoptarse a iniciativa del actor. Se evita, de este modo, que las mismas puedan decretarse de oficio por el juez de la causa. Esta situación se reitera en el artículo 173 que analizaremos de inmediato. Finalmente, se indica que las medidas cautelares pueden generar algún tipo de responsabilidad para el peticionario de las mismas, lo que envía, desde luego, una señal clara en cuanto a que el legislador no desea que estas órdenes se transformen en armas abusivas y sin control en nuestro proceso civil. El peticionario de la providencia sabe desde un comienzo que puede asumir alguna responsabilidad con la petición y concesión de las mismas. Este último principio, en todo caso, es desarrollado algunos artículos más adelante.

De la mano con el artículo 172, y en la misma línea, el artículo 173 del PCPC señala:

“Las medidas cautelares pueden ser solicitadas por todo aquel que hubiere hecho valer una pretensión en el proceso o anunciare su interposición en etapa prejudicial.

No podrán ser decretadas de oficio por el tribunal, pero este podrá conceder una medida menos gravosa y perjudicial para el demandado a condición de que resguarde de igual modo la pretensión del actor”.

Estas providencias solo corresponden al sujeto activo de la relación procesal, sea el actor o el demandado reconvencional. Los dos tienen legitimación para pedir al tribunal la concesión de una o más de estas medidas. No es necesario que el futuro actor hubiese entablado ya la demanda. Se pueden solicitar previo a trabar la relación jurídica procesal como medida prejudicial, según lo disponen los artículos 195, 196 y 197 del PCPC ya aludidos. El futuro demandado, o quien hubiere sido ya demandado, no puede pedir una medida cautelar ni como cautelar propiamente tal ni como prejudicial precautoria, según lo hemos visto.

El inciso 2º del artículo 173 no permite la concesión oficiosa de estas medidas. Sí faculta al tribunal, en cambio, para otorgar una providencia menos gravosa y perjudicial para el demandado, siempre y cuando se resguarde de igual modo la pretensión del actor. Esta situación es muy razonable. Por un lado, evita que el juez pierda su imparcialidad y asuma facultades que pueden conducirlo por un camino errado; por el otro, sin embargo, le permite analizar bien las eventuales pruebas ofrecidas por ambas partes y los posibles perjuicios que la medida solicitada pueda causar (o esté ocasionando) en el demandado y, de esta manera, autorizar una menos gravosa para este último. Un buen ejemplo de la necesaria flexibilidad que estas medidas requieren lo encontramos en un fallo de la Corte Suprema que de manera muy temprana en el siglo XX sentó la siguiente regla:

“Que, por otra parte, el propósito claro del legislador, dentro de la institución jurídica de las medidas precautorias, es sólo el de asegurar prudentemente, pero sin ocasionar la ruina del deudor, los resultados de una acción seria y fundada, como puede serlo en este caso la de los demandantes: lo que significa que el juez, para conceder tales medidas, debe fijarse en cuáles son las que mejor cuadran con estos fines de la ley para escoger entre ellas, *aunque no sean las propuestas por los solicitantes, las que racionalmente basten para el objeto que se tuvo en vista al dictarlas*. Y dentro de este criterio imparcial respecto del derecho de demandantes y demandados, faltó el juez de letras al decretar el depósito o retención de las mercaderías que constituían el giro ordinario del comerciante [...], *paralizando o entorpeciendo así innecesariamente la marcha de su negocio y exponiéndolo, además, a las pérdidas provenientes de los cambios de precio de las mercaderías retenidas y a su menoscabo o deterioro por el mero transcurso del tiempo*; todo lo cual habría podido evitarse con el nombramiento de un interventor [...], complementando además esta medida, si no se la hubiere considerado suficiente, con la prohibición de enajenar o gravar sus bienes raíces, como reiteradamente lo solicitó aquél”⁹. (Énfasis añadido).

⁹ RDJ, t. XVII (1919), parte segunda, sec. 1ª, p. 159. Concluye el fallo en comentario que “lo expuesto en los considerandos anteriores y la adopción irregular y violenta de medidas que han podido causar un daño irreparable al litigante contra el cual se dirigieron, ponen de manifiesto que el juez letrado [...] no ha administrado justicia en este caso en las condiciones de imparcialidad, de rectitud y respeto a las leyes, que debe ser la norma constante e invariable de todos los que sirven tan elevadas funciones”. *Idem*, p. 160.

3.2. Principios

3.2.1. Proporcionalidad e idoneidad

El artículo 174 del PCPC contempla expresamente el principio de proporcionalidad y de idoneidad que deben servir de guía para la concesión de estas medidas:

“Proporcionalidad e idoneidad. Las medidas cautelares deberán mantener una estricta proporcionalidad con el objeto y naturaleza de la pretensión cuya tutela se requiere y ser idóneas para cumplir con la finalidad perseguida. El tribunal, al conceder una medida cautelar, tendrá siempre presente la gravedad y extensión que para el demandado represente la medida decretada”.

En el Proyecto 2009 se previó en el artículo 167 el principio de proporcionalidad sin mencionarse el de idoneidad. Dada la redacción de esta última disposición, me queda la impresión de que el PCPC lo tomó como modelo dividiéndolo en dos principios: proporcionalidad e idoneidad¹⁰. Sobre este punto es bueno recordar que el año 1871, BLEST GANA, en los inicios de nuestra codificación procesal civil, ya había conceptuado estas medidas como un mal indispensable. Refería este autor: “Estas *medidas son un mal indispensable*, cuyo origen es la necesidad de proteger la justa expectativa del litigante de buena fe; pero por su mismo carácter excepcional deben limitarse a lo estrictamente necesario, para huir del peligro de autorizar venganzas y persecuciones que no son raras en los pleitos [...] *puesto que todas las medidas precautorias producen un perjuicio más o menos directo y son por su naturaleza vejatorias*”¹¹. Por su parte, el gran teórico de estas medidas, PIERO CALAMANDREI, había advertido en 1935 que frente al dilema de hacer las cosas bien pero tarde, y mal pero rápido, las medidas cautelares se decantaban por el segundo binomio, y dejaban el primero para el desarrollo del posterior proceso ordinario. Por tanto, debemos ser

¹⁰ El aludido artículo 167 del Proyecto de 2009 disponía: “*Proporcionalidad*. Las medidas que trata este título se limitarán a los bienes necesarios para responder a las resultas del proceso. El tribunal al conceder una medida cautelar tendrá siempre presente la gravedad y extensión que para el demandado represente la medida decretada. El tribunal podrá, previo requerimiento de partes, analizar la conveniencia de mantener la medida decretada y de revisar los fundamentos que le llevaron a decretarla”.

¹¹ *Proyecto de Código de Enjuiciamiento*, Santiago, 1871, pp. VIII y IX (el destacado es nuestro).

conscientes de que las medidas cautelares siempre pueden producir graves perjuicios en el patrimonio del demandado. De allí que es conveniente que el juez pueda siempre revisar la oportunidad y conveniencia de mantener o alzar las medidas decretadas, y dar estricta aplicación a los dos principios que se consagran en el artículo 174 del PCPC.

En relación con el principio de proporcionalidad en esta materia, debemos tener presente que nuestra Corte Suprema confirmó un fallo en el que precisamente se planteó el sempiterno conflicto que existe cada vez que se solicita una medida cautelar. La resolución confirmada sin decirlo explícitamente sentó un muy buen precedente sobre cómo debe aplicarse este principio, aludiendo a una ponderada equidad:

“Que, si bien es de la mayor verdad que a todo demandante le asiste el derecho de asegurar el resultado de su acción, a cuyo fin tiende el instituto cautelar –entre otros medios– de las precautorias, también lo es que en los juicios y para las partes que contienden hay, naturalmente, un estado de incertidumbre respecto del resultado. Y, eso atendido, corresponde que el tribunal, aun cuando reconociendo y asegurando –como lo solicita el actor en este caso–, esa su facultad procesal, pondere también la gravedad y extensión de la tutela que está llamado a conceder, en términos de establecer una justa ecuación –con ponderada equidad– entre las partes, que en la especie se presentan como extremas”¹².

3.2.2. Provisionalidad y variabilidad

En el artículo 175 se consagra la que ha sido una característica constante de estas medidas en la legislación nacional y la que, para muchos, es su nota más peculiar: su provisionalidad.

“Provisionalidad. Las medidas cautelares son esencialmente provisionales. El tribunal podrá, a solicitud de parte y en cualquier tiempo, dejar sin efecto o modificar una medida cautelar, si hubiere desaparecido el peligro o variado las circunstancias que se tuvieron en vista para su concesión, o si contare con nuevos antecedentes”.

Lo mismo hace el artículo 301 del CPC y lo hacía el artículo 169 del Proyecto 2009. Es una característica que no presenta mayores inconvenientes

¹² *Fallos del Mes*, N° 384 (1990), p. 691.

en nuestro sistema. Como se sabe, la provisionalidad de las medidas cautelares viene dada porque ellas nunca constituyen un fin en sí mismas. Están a la espera de que en el proceso principal se dicte la sentencia que resuelva el mérito de la controversia, sea que se acoja o rechace la pretensión del actor. En uno y otro caso la medida dejará de existir. Es lo que se consagra en el inciso 1º del artículo 175. En su inciso 2º, en cambio, se refleja lo que en doctrina se suele denominar la *variabilidad* de estas medidas: ellas pueden ser dejadas sin efecto durante la tramitación de la causa (no al quedar firme la resolución que resuelve el litigio) si desaparece el peligro que tuvo presente el juez para concederlas; si hubieren variado las condiciones que llevaron a su otorgamiento; o si aparecieran nuevos antecedentes que hicieran aconsejable el alzamiento de la medida. Como se comprenderá estas tres situaciones son eventuales, pueden no ocurrir. Las medidas podrían, por tanto, mantenerse vigentes durante toda la sustanciación del pleito. No por ello dejan de ser provisionales. La *provisionalidad* mira a la sentencia de mérito; la *variabilidad*, a la tramitación del proceso.

De la mano con el carácter variable de estas providencias, el artículo 176 expresa:

“Posibilidad de sustitución. La parte afectada por una medida cautelar podrá solicitar su sustitución en cualquier tiempo, ofreciendo constituir para tal efecto otra que sea suficiente para responder de los resultados del proceso. Siempre podrá sustituirse la medida concedida por otra que importe retención de una suma de dinero de igual valor que los bienes que ella comprende. Con todo, podrá negarse la sustitución de la medida cuando esta recaiga sobre la especie o cuerpo cierto debido que sea objeto del proceso y las circunstancias del caso así lo aconsejaren”.

La regla pone en evidencia que la concesión de una medida cautelar, o su alzamiento, es en buena medida una cuestión económica. La pregunta parece ser la siguiente: ¿quién garantiza mejor los eventuales perjuicios que el otorgamiento de la medida, o su alzamiento, pueden provocar? Por un lado, podemos responder que el que la solicita y que debe otorgar una caución para resguardar el pago de estos perjuicios si en definitiva su pretensión es infundada; por el otro, sin embargo, podemos decir que el que soporta la medida y pide su sustitución por otra que sea suficiente para responder por los resultados del proceso. Por ello, en el Proyecto 2009 estos dos elementos eran tratados en una sola disposición: en el artículo 175,

que llevaba el título de *Caución y contracautela*¹³. En el PCPC, en cambio, se destinan dos normas a este tema. Adviértase que el inciso 1º del artículo 176 del PCPC no acotó esta *otra medida* solo a una suma de dinero o a una garantía real como sí lo hacía el Proyecto 2009. El demandado puede, por tanto, ofrecer en sustitución cualquier medida siempre que con ella se garantice los resultados del proceso judicial. La norma tiene la misma lógica que el artículo 173 inciso 2º que, como se recordará, permite al juez conceder una orden menos gravosa que la requerida por el actor.

Ahora bien, si esta *otra medida* fuere la retención de una suma de dinero, el juez debe acceder a la sustitución. En este evento, lo que debe vigilar el tribunal es que la suma ofrecida sea equivalente al *valor del bien* sobre el que recae la medida. Nótese que el dinero no debe ser equivalente al *monto de lo demandado*, sino al de los bienes sobre los que se concedió la providencia. El inciso 3º del artículo 176 contiene una excepción a esta última regla: “Con todo, podrá negarse la sustitución de la medida cuando esta recaiga sobre la especie o cuerpo cierto debido que sea objeto del proceso y las circunstancias del caso así lo aconsejaren”. La excepción es justificada. Lo que busca el actor en esta hipótesis es resguardar el bien mismo que se disputa, por ejemplo, por haber solicitado la prohibición de enajenar un inmueble que está intentando reivindicar. En este caso no parece aconsejable sustituir la medida de prohibición por una suma de dinero porque, en el ejemplo, lo que el actor quiere es el bien mismo y no una indemnización. En cambio, parece razonable acceder a esta sustitución si la prohibición sobre el inmueble, para seguir con el ejemplo, lo fuere por una demanda de daños y perjuicios por un hecho ilícito.

3.3. *Caución*

Los artículos 177 y 178 regulan la llamada caución de resultas, es decir, la garantía que suele exigirse al requirente de la providencia cautelar para

¹³ Artículo 175: “*Caución y contracautela*. La parte que solicite la medida debe previamente otorgar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella se ocasionen. La contraparte podrá obtener el alzamiento de la medida, otorgando contracautela suficiente para responder de los resultados del proceso. No podrá otorgarse una contracautela cuando el bien afecto a la medida fuere precisamente el objeto del proceso judicial. La caución y contracautela ofrecida sólo podrán ser en dinero efectivo o mediante una garantía real. Para fijar el importe de la garantía el tribunal podrá oír el parecer de un perito”.

cubrir los posibles perjuicios que la solicitud produzca en el patrimonio del demandado. En cuanto a la ubicación de estas dos disposiciones, llama la atención que lo hagan en el capítulo de las reglas generales y no en el de los presupuestos de adjudicación de estas órdenes. Tal vez lo anterior tiene como antecedente el hecho de que en el PCPC la caución no es un presupuesto *necesario* de concesión de toda providencia cautelar. De todos modos, me parece que la ubicación de estas dos normas era preferible en el capítulo siguiente y no como en definitiva se reguló.

Dispone el 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 del 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”.

3.3.1. Presupuesto de concesión de la medida cautelar

Como se recordará, en la actual regulación del CPC la caución no es, por regla general, un presupuesto que el juez deba tener presente al momento de otorgar una medida cautelar. Solo en dos casos excepcionales lo es: (i) tratándose de la petición de una medida prejudicial precautoria, según lo dispone el artículo 279 del CPC, y (ii) en los casos graves y urgentes que menciona el artículo 299 del CPC. Solo en estas dos situaciones la fianza o caución constituye un presupuesto de concesión de la medida solicitada. En el Proyecto 2009, por su parte, la caución constituía un presupuesto que había que acreditar respecto de cualquier medida cautelar, según lo sancionó el artículo 175 de la aludida regulación:

“La parte que solicite la medida debe previamente otorgar garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que con ella se ocasionen [...]”.

En el PCPC, por su parte, la caución no ha sido considerada como un presupuesto de toda medida cautelar, pese a que una primera mirada al inciso 1º del artículo 176 pudiere indicar lo contrario:

“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”.

El empleo del verbo *deberá* es el que puede llevar a confusión. Pero esta expresión se ve de inmediato matizada porque la norma señala que *deberá en los casos previstos por la ley*. En verdad la regla depende del momento procesal en el que se pida la orden para determinar la exigibilidad de la caución o no. Si lo fuere antes de que se hubiere iniciado el proceso judicial, esto es, como medida prejudicial cautelar la caución sí constituye un elemento que debe considerarse para otorgar la medida. La norma es diáfana: “Se deberá otorgar *siempre* caución previa para decretar medidas cautelares en forma prejudicial”¹⁴. Se mantiene, por tanto, la regla que hoy se aplica en este ámbito y que sanciona el artículo 279 numeral 2 del CPC. Si la medida se pide, en cambio, una vez que el proceso judicial ya se hubiere iniciado es el juzgador quien determinará en cada situación la procedencia o no de este presupuesto.

Dispone el inciso 2º del artículo 177:

“Tratándose de medidas cautelares solicitadas en el curso del procedimiento, *el tribunal exigirá o no caución* atendidas las circunstancias del caso [...]”. (Énfasis añadido).

Como se aprecia, queda a discreción del juez ordenar o no que el actor otorgue una caución de resultas al pronunciarse sobre la solicitud de la medida. Esto dependerá de las circunstancias concretas del proceso judicial en el que la medida se requiere. Un criterio que los jueces podrían seguir dice relación con los montos involucrados en la disputa y con la mayor o menor injerencia que la medida signifique para el demandado. Hay órdenes que importan una mayor intrusión en la vida y en el patrimonio del demandado

¹⁴ Lo mismo hace el artículo 195 inciso 1º del PCPC: “Requisitos que deben cumplirse para el otorgamiento de una medida prejudicial cautelar. En los casos en que la medida cautelar se pida con el carácter de prejudicial, deberá el solicitante expresar los motivos graves y urgentes para su concesión, dar cumplimiento en la solicitud a los demás requisitos previstos en el artículo 164 y en este Título, y *ofrecer caución suficiente*”. (Énfasis añadido).

y que, por tanto, deberían tener un resguardo mayor del juzgador. Lo mismo, por ejemplo, si el actor hace uso de la facultad que le entrega el artículo 181 del PCPC, esto es, pedir la medida en casos y graves y urgentes sin tener los antecedentes que se exigen por el legislador para su concesión. En estos ejemplos lo razonable es que el juez siempre exija la garantía.

Adicionalmente, la norma contiene una excepción en la que la caución derechamente no es requerida: cuando estemos frente a una medida cautelar conservativa nominada (nuestros conocidos secuestro, intervención judicial, retención y prohibición de celebrar actos y contratos, recogidos en el artículo 182 del PCPC) que afecte a los bienes materia del juicio. No me queda claro por qué razón se descarta de plano la procedencia de la caución en este evento. Da la impresión de que el legislador no ve mayor riesgo en este tipo de providencias, cuestión que es muy discutible. Con este tipo de órdenes se pueden paralizar diversas actividades económicas de la persona que padece el mandato. Que la medida en cuestión recaiga sobre el objeto litigioso no me parece razón suficiente para pensar que el actor va a ganar la disputa y, de este modo, se le dispense *siempre* de la caución. En mi parecer, la excepción no se justifica y es deseable su eliminación.

3.3.2. Monto, suficiencia y naturaleza de la caución

En cuanto al monto al que asciende la caución, este queda entregado a la discrecionalidad judicial.

Dispone el inciso final del artículo 177:

“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”.

Este es un punto sensible. No es fácil establecer este valor porque se trata de garantizar perjuicios futuros y eventuales. En la práctica no se han encontrado fórmulas mágicas que hubieren servido para ayudar la labor del tribunal que vayan más allá de su experiencia y mayor o menor sabiduría. Algunas fórmulas económicas todavía aparecen muy abstractas para ser útiles en este nivel. El artículo 177 establece como novedad que la caución se mantendrá vigente durante todo el proceso judicial y hasta el vencimiento de los plazos y gestiones regulados en el artículo 179, al que luego nos referiremos.

Por su parte, el artículo 178 del PCPC dispone en relación con la naturaleza caución lo siguiente:

“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”.

En cuanto a su naturaleza la caución puede ser real (una prenda o una hipoteca) o personal (una fianza). Las garantías reales suelen tener mayor efectividad porque conceden al acreedor el derecho de preferencia y de persecución. Con independencia de la garantía que el juzgador finalmente acepte, real o personal, esta debe ser suficiente. El inciso 1º del artículo 178 dispone que “[...] Para aceptar las cauciones que se ofrezcan, el tribunal procederá previamente a la calificación de su efectiva suficiencia”. Ya sabemos que en esta parte del Derecho Procesal, la voz *suficiente* significa que debe cubrir los posibles perjuicios que la medida ocasione en el patrimonio del demandado. Esto, según lo hemos avanzado, es complicado. En la práctica los jueces suelen fijar un monto más bien bajo, normalmente inferior a estos posibles perjuicios. Los criterios que establece el inciso 2º del artículo 178 –muy plausibles–, se comprenderá, buscan resguardar que la caución cubra la suma que el juez ya determinó, y es este último valor el que no es fácil de establecer. Basta con que la estimación fijada por el juez hubiere sido baja para que los resguardos tomados por el legislador no sirvan mucho.

Finaliza el artículo 178 con una disposición que puede causar más problemas que los que busca evitar. Dispone la norma que en los casos en que la caución consista en dinero efectivo consignado en la cuenta del tribunal u en otros instrumentos financieros de igual liquidez, se entenderá siempre apta, esto es, siempre suficiente. ¿Por qué? Comprendo la idea que está tras la disposición, pero el problema no es solo de mayor o menos liquidez de la garantía ofrecida, sino del *monto* consignado, que

suele ser, repito, bajo. Supongamos que en la construcción de una nueva central hidroeléctrica, cuyo valor asciende a los 500 millones de dólares, el mandante ha decidido cobrar las boletas de garantías entregadas por la empresa constructora debido a los constantes incumplimientos en los plazos de entrega de la obra. Dichas boletas suman 50 millones de dólares. La constructora, por su parte, se adelanta al cobro y obtiene del tribunal una medida prejudicial que prohíbe al mandante cobrar las garantías mientras no se resuelva el fondo de la disputa que pronto entablará. Ofrece como caución un vale vista a nombre del mandante por la suma de 10 millones de pesos. De conformidad con la literalidad del artículo 178 esta garantía debería ser considerada apta por el tribunal. Algo que en el ejemplo claramente no lo es.

3.4. Principio de responsabilidad

La última norma del Párrafo primero del Capítulo primero del Título XII, destinado a las reglas generales, es una extensa disposición, el artículo 179, que consagra explícitamente en este ámbito el denominado principio de responsabilidad.

Señala la norma en cuestión:

“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 contado 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 por acceder o denegar 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, o 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”.

En el inciso 1º del artículo 179 se despeja un tema que actualmente admite alguna discusión: establecer si el actor que pide una medida cautelar asume la responsabilidad de pagar los daños que la misma ocasione por el solo hecho de pedirla, caso en el cual estaríamos frente a una especie de responsabilidad estricta u objetiva, o si la responsabilidad surge por haber violado un deber de cuidado que tendría frente al demandado, situación en la que nos encontraríamos ante una responsabilidad por culpa. En atención a que nuestra mejor doctrina civil refiere que en el sistema chileno la regla general lo constituye el último modelo de responsabilidad, esto es, por culpa¹⁵ (probada o presumida, por ejemplo, la consagrada en el artículo 280 del CPC), y que para que nos encontremos frente a una responsabilidad estricta se requiere de una expresa previsión legal, debemos entender que la respuesta a la interrogante planteada es que el demandante responde por haber actuado con culpa, esto es, por haber abusado del derecho de pedir una medida cautelar. Pues bien, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 179, esta regla ha sido confirmada en el PCPC fijando el principio exactamente inverso al consagrado en el Proyecto 2009 en el artículo 168: “Los perjuicios que las medidas cautelares pudieren causar serán siempre de responsabilidad de quien las solicite”, donde se estableció una norma de responsabilidad estricta por mera causalidad.

Despejado el punto anterior, debemos analizar el procedimiento que el legislador diseñó para establecer la culpa del solicitante de la medida. El aludido procedimiento tiene dos fases: (i) en la primera, a solicitud del demandado se cita a una audiencia única en la cual se debe establecer si hubo dolo o abuso en la petición de la medida o no. En uno y otro caso hay apelación. (ii) La segunda etapa solo se activa si en la referida audiencia se declara por el juez *a quo*, o por el juez *ad quem*, la existencia de tal

¹⁵ Cfr. BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica, 2006, pp. 27 y ss.

abuso o el dolo. Con esta declaración se puede demandar en el respectivo proceso judicial la indemnización de daños y perjuicios. Veamos con mayor detalle estas dos fases. De acuerdo con lo establecido en el inciso 2º del artículo 179, una vez firme la sentencia definitiva que rechaza la demanda o la que pone término al proceso judicial (por ejemplo, la que declaró el abandono del procedimiento), el demandado tiene un plazo de dos meses para pedir al mismo tribunal que conoció de la causa y, por tanto, al que por regla general concedió la medida cautelar, para que declare que ella fue solicitada en forma dolosa o abusiva. Lo anterior es difícil. En primer lugar, pueden pasar muchos años desde la fecha en que se concede la medida y la fecha en que quede firme la resolución que deseche la demanda (no la que ordena el alzamiento de la providencia cautelar). Supongamos un proceso por responsabilidad contractual en el que en un otrosí de la demanda se solicita la prohibición de celebrar actos y contratos sobre un inmueble del demandado. El juez *a quo* concede la prohibición. La sentencia de primera instancia finalmente rechaza la pretensión del actor y ordena el alzamiento de la medida. El actor apela. La corte de apelaciones respectiva confirma la resolución del juez *a quo*. El actor casa en la forma y en el fondo esta segunda sentencia. La Corte Suprema declara inadmisibles ambas casaciones. La sentencia que rechazó la demanda se encuentra firme. Han pasado, digamos, diez años desde que se concedió la medida cautelar. ¿Después de este tiempo el demandado va a pedir al juez *a quo* que declare que la solicitud de la prohibición fue dolosa o abusiva? No lo veo tan claro.

En segundo lugar, supongamos –siguiendo el mismo ejemplo– que se declara el abandono del procedimiento en primera instancia después de que se dictó el auto de prueba y el actor no recurre en contra de esta resolución. La sentencia que puso término al proceso se encuentra firme, digamos ahora después de ocho meses desde que se otorgó la prohibición. Convengamos que va a resultar extraño que el mismo juez que analizó los elementos aportados por el requirente de la medida y que le permitieron, en su momento, concederla, determine ahora que en dicha solicitud hubo dolo o abuso. ¿Por qué en esta segunda oportunidad tendría mejores elementos para esta declaración? ¿Y si el que se equivocó fue el juez? ¿No podría haber *adicionalmente* responsabilidad civil por error judicial? ¿Qué sucede si la medida fue concedida por la Corte de Apelaciones conociendo de un recurso de apelación en contra de la resolución del juez *a quo* que

rechazó la petición de la orden? ¿Engañaron o abusaron de los ministros de la Corte? Muchas dudas (y litigios me temo) va a generar esta disposición si finalmente se aprueba tal cual está redactada. Ahora bien, si el demandado acude al tribunal, este deberá citar a las partes (los anteriores actor y demandado) a una audiencia donde se desahogará la prueba pertinente y se resolverá la petición formulada. El recurso de apelación procede en contra de la resolución que declare el dolo o el abuso o en contra de la que rechaza tal declaración. Aquí finaliza esta primera etapa.

Una vez firme la resolución que declaró abusiva o dolosa la petición de la medida cautelar (sea porque no se hubiere apelado; sea porque la apelación confirmó la resolución positiva del *a quo*) comienza a correr el plazo para activar la segunda fase. El peticionario tiene seis meses para demandar la indemnización de los perjuicios sufridos. Esta demanda se puede presentar ante el mismo juez que conoció del primer procedimiento o ante el que sea competente de conformidad con las reglas generales. El procedimiento que se aplica es el sumario. En él la prueba solo se va a referir a la existencia y monto de los daños y también, entiendo, a la relación causal. La declaración de abuso o dolo efectuada en la primera fase produce cosa juzgada refleja en el proceso sumario. Así lo dispone el inciso 3º del artículo 179:

“[...] 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”. (Énfasis añadido).

Esta segunda fase en teoría parece simple y ágil. Con todo, la experiencia a propósito de la reserva que puede formular el actor para discutir el monto de los daños y perjuicios en la ejecución de la sentencia, de acuerdo con la autorización prevista en el artículo 173 inciso 2º del CPC en relación con el artículo 235 numeral 6º del mismo Código, muestra que la fase declarativa en la que deben probarse dichos daños no es simple ni fácil y requiere, por regla general, de un tiempo más o menos prolongado. Surge aquí una duda: ¿va a pedir el ahora actor (antes demandado) una medida cautelar para garantizar el pago de su pretensión indemnizatoria?

Finalmente, el inciso final del artículo 179 dispone que si no se pide la declaración de abuso o no se demanda la indemnización de daños, en los respectivos plazos judiciales, caduca el referido derecho.

4. PRESUPUESTOS DE CONCESIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

4.1. Regla general: *fumus y periculum*

En el Párrafo 2º del Capítulo I, del Título XII del Libro I del PCPC se establecen los presupuestos generales de concesión de estas medidas, recogiendo los dos clásicos que debemos a la doctrina procesal italiana, bajo las palabras latinas *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. Como hemos avanzado, se excluyó de este párrafo la caución como el tercer elemento de concesión de estas medidas, lo que —hemos dicho— parece un error¹⁶. En el artículo 180 del PCPC se indica:

“Verosimilitud del derecho y peligro en la demora. Para ordenar las medidas de que trata este Título el solicitante deberá acompañar el o los antecedentes que hagan verosímil:

1. La existencia del derecho que se reclama.
2. El peligro de daño jurídico que entraña para su pretensión, el hecho de que no se conceda de inmediato la medida solicitada”¹⁷.

¹⁶ La Ley de Enjuiciamiento Civil española 1/2000 sí recogió este tercer elemento en el 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 que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. [...]. 2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios. 3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida. La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado tercero del artículo 529”.

¹⁷ Estos criterios también fueron recogidos por el Proyecto 2009. De este modo, en el artículo 173 se señaló: “*Fumus*. Para ordenar las medidas de que trata este título deberá el solicitante acompañar el o los antecedentes que hagan verosímil *prima facie* la existencia del derecho que fundamente su pretensión hecha valer en el proceso”. En el artículo 174, por su parte, se indicaba: “*Periculum*. Para ordenar las medidas de que trata este título deberá el solicitante acompañar el o los antecedentes que hagan verosímil *prima facie* el peligro de daño jurídico que para su pretensión entraña el que no se conceda de inmediato la medida solicitada”.

4.4.1. *Fumus*

El primer elemento alude al derecho reclamado por el actor en su respectiva demanda, es decir, el derecho sustantivo de fondo que lo ha llevado a requerir la intervención judicial, por ejemplo, la reivindicación del inmueble; el pago de alimentos; la resolución del contrato por el incumplimiento de las obligaciones de la contraparte; el pago de los daños y perjuicios por un hecho ilícito extracontractual, etc. Este derecho debe aparecer ante los ojos del juez como verosímil. La expresión es de Calamandrei. El profesor de Florencia en su momento expresó que “por lo que se refiere a la investigación sobre el derecho, la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud”¹⁸. La jurisprudencia chilena en algunas ocasiones ha acogido este criterio. Así, ha fallado que “por lo expuesto y los demás antecedentes hechos valer por las partes, por ahora la existencia del derecho reclamado en el juicio no aparece con fuertes probabilidades de verosimilitud en virtud de los comprobantes invocados por el sujeto activo de la gestión cautelar”¹⁹. El Tribunal Constitucional nacional también ha hecho suyo este parecer. Frente a la impugnación de un grupo de senadores del proyecto del Ejecutivo que busca modificar la Ley de Propiedad Industrial, señaló:

“Que el privilegio indebido que advierten los requirentes en la adopción de la referida medida precautoria, en realidad no es tal, pues este tipo de providencias procesales tiene precisamente por objeto asegurar el resultado de la acción deducida y, en el caso preciso de la que prevé el proyecto, impedir que se consume una infracción del derecho invocado por el actor. Esto es propio de toda medida precautoria de índole anticipatoria, *plenamente justificada por la verosimilitud del derecho invocado* y del riesgo de vulneración que se cierne sobre el mismo, de modo que su consagración en este caso mal podría configurar una discriminación arbitraria en beneficio del titular de la patente farmacéutica y en desmedro de los interesados en producir medicamentos similares que empleen el mismo principio activo del producto patentado” (c. 6º)²⁰. (Énfasis añadido).

¹⁸ *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 77.

¹⁹ *Gaceta jurídica* N° 123 (1990), p. 37.

²⁰ TC, Rol N° 2411-2013, 22 de marzo de 2013.

El legislador nacional también se encuentra familiarizado con este concepto. Así, por ejemplo, el artículo 22 de la Ley N° 19.968 —que creó los tribunales de familia— dispuso:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, *teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado* y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes [...]”. (Énfasis añadido).

Lo mismo tratándose del medio ambiente, el artículo 24 de la Ley N° 20.600, que creó los tribunales en esta materia, dice:

“Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado *y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada*, el tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento [...]”.

Lo mismo hace el artículo 25 del D.L. N° 211 tratándose de atentados a la libre competencia. Como se apreciaba, el PCPC ha echado mano de un concepto familiar en el sistema de medidas cautelares en Chile.

4.1.2. Perilucum

El segundo elemento, el peligro daño jurídico se hace recaer en la circunstancia de no concederse de inmediato la medida solicitada según lo dispone el art. 180 del PCPC. La tutela cautelar requiere para ser concedida la existencia de un peligro inminente de daño jurídico. A causa de esta situación la providencia debe ser expedida sin demora, porque de lo contrario el daño temido puede transformarse en un daño efectivo. Ahora bien, en este punto debe tenerse en cuenta que hay veces en que junto con esta demora se requiere para la real configuración del *perilucum* de una concreta actuación del demandado o una determinada situación de su patrimonio. De allí, por ejemplo, que el artículo 183 del PCPC disponga que será procedente el secuestro “en caso de que se entable una acción respecto de bienes muebles determinados, *y exista justo motivo de temer que se pierdan o deterioren en manos de la persona que los posea o tenga en su poder*”. (Énfasis añadido). O el artículo 186 del referido proyecto que señala:

“La retención de dinero o cosas muebles procederá respecto de bienes determinados del demandado, cuando sus facultades patrimoniales no ofrezcan

suficiente garantía o *haya justo motivo para creer que procurará ocultar sus bienes*. La retención de estos podrá hacerse en poder del mismo demandante, del demandado o de un tercero”. (Énfasis añadido).

Por su parte, el artículo 187 dispone:

“La prohibición de celebrar cualquier tipo de actos y contratos, o solo la de algunos determinados, podrá decretarse en relación con los bienes que son materia del proceso. También procederá respecto de otros bienes determinados del demandado, *cuando sus facultades no ofrezcan suficiente garantía para asegurar el resultado del juicio*”.

En estos casos, como se comprenderá, el peligro no solo comprende la demora en el dictado de la resolución cautelar, sino en los concretos peligros que las normas refieren.

Por ello la doctrina italiana ha puesto de relieve que la configuración de este *periculum in mora* es diferente según la función que desempeñe la medida cautelar²¹. En este sentido, se habla de *peligro de infructuosidad* y de *peligro de tardanza o de retardo*. En efecto, en algunas ocasiones lo importante es que la medida cautelar asegure de manera pronta la existencia de bienes o de la cosa objeto de la demanda en vista de la futura ejecución. En otras, en cambio, la medida cautelar lo que busca es acelerar provisoriamente la satisfacción de la pretensión deducida, porque de esperarse el completo desarrollo del juicio se pueden producir en el demandante perjuicios graves. Así, puede ocurrir que el sujeto activo esté dispuesto a esperar el largo y tedioso camino de la tutela ordinaria, pero quiere tener la certeza de que cuando llegue el momento de ejecutar su crédito exista un patrimonio donde cumplirlo o que la cosa reclamada no va a sufrir deterioro alguno. Hay otras situaciones, en cambio, en las que la sola espera del desarrollo completo del procedimiento puede ser la precisa causa del daño para el sujeto activo de la relación procesal. Piénsese,

²¹ PROTO PISANI señala a este respecto: “Per comprendere i molti contenuti che i provvedimenti cautelari possono assumere, occorre distinguere due diverse specie di *periculum in mora* che la tutela cautelare può essere chiamata a neutralizzare: a) il c.d. pericolo da infruttuosità del provvedimento a cognizione piena, b) il c.d. pericolo da tardività del provvedimento a cognizione piena”. *Lezioni di diritto processuale civile*, 2ª edición, Nápoli, 1996, p. 660. Tarzia, refiriéndose a la distinción de Calamandrei de peligro de infructuosidad y peligro de tardanza, ha observado que “si tratta, anche qui, di una distinzione che è divenuta patrimonio comune della nostra dottrina”. “La tutela cautelare”, en *Il nuovo processo cautelare*, a cura de Giuseppe Tarzia, Padova, 1993, p. XXVI.

por ejemplo, en situaciones dramáticas de violencia doméstica o de alimentos. En estas situaciones una medida cautelar que ordene la separación del agresor o el pago de alimentos mientras se discute el fondo de la materia (si hubo o no violencia doméstica o si se deben o no los alimentos) evitará el peligro de que la sentencia definitiva sea inútil por haberse producido perjuicios de difícil reparación. El artículo 180 del PCPC parece solo abarcar este último tipo de *periculum*. El primero parece quedar englobado en la regulación de cada medida en particular.

4.2. Excepción

El artículo 181 del PCPC contiene una excepción al primer presupuesto previsto en el apartado anterior. Dispone:

“Otorgamiento excepcional. En casos graves y urgentes, los tribunales podrán conceder una medida cautelar sin que se acompañen los antecedentes que hagan verosímil la existencia del derecho que se reclama, por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes.

Si no se solicita la mantención de la medida oportunamente, acompañándose dichos antecedentes, caducará de pleno derecho y se presumirá abusiva la solicitud original”.

La situación de excepción que aquí se prevé es la que actualmente recoge el artículo 299 del CPC. En estos casos temporalmente se suprime el *fumus* como elemento de concesión de la medida. La alteración solo puede ser temporal y encuentra su justificación en la gravedad y urgencia, cualificada entiendo, que afecta al actor. Los jueces, en todo caso, deben ser particularmente cautos frente a este tipo de peticiones. No es correcto ni normal otorgar las medidas cautelares si no existen antecedentes que justifiquen su concesión, por más que ello sea temporal. El legislador, en todo caso, ha adoptado los debidos resguardos para evitar el uso abusivo de esta posibilidad. En el inciso 2º del artículo 181 se establece la caducidad de pleno derecho de la medida concedida sin los comprobantes y se establece una presunción de abuso de la solicitud original. Sería conveniente, adicionalmente, que se prevea que en estos casos el juez *deberá* exigir una fianza u otra caución de resultas tal cual lo contempla el artículo 299 del CPC. Como se recordará de conformidad con la regulación que el PCPC ha hecho de la caución, esta solo se exige si el juez así lo considera. Sería oportuno que en estos casos siempre lo considere.

5. Medidas conservativas, innovativas y anticipativas

El último de los aspectos que voy a analizar en este trabajo se refiere al tipo de medidas reconocidas en el PCPC y la finalidad que el legislador les ha asignado. En esta materia es donde se producen las mayores discrepancias entre el PCPC, por una parte, y la actual regulación del CPC y la propuesta que realizó la Presidenta Bachelet en el Proyecto 2009, por el otro. En relación con el primer cuerpo normativo hay un avance; en relación con el segundo, un retroceso.

Al iniciar este ensayo señalé que la visión de estas medidas ha sufrido un cambio en la doctrina y en la legislación, nacional y comparada, en los últimos lustros. El cambio al que me refiero ha consistido en reconocer dentro de las medidas cautelares objetivos más amplios que los precautorios o conservativos. Esto ha llevado a admitir también fines innovativos y, en algunos casos, anticipativos de la pretensión del actor. Son estos últimos los que muestran mayor resistencia doctrinal, particularmente en España y en Chile. Es precisamente lo que sucedió en la discusión del proyecto del Código Procesal Civil en el país y que ha llevado, por el momento, a descartar del PCPC los fines anticipativos que habían sido recogidos en el Proyecto 2009²².

En la regulación del Proyecto 2009, en el Capítulo 6º, del Título XIII, bajo el rótulo de las *Medidas cautelares conservativas y anticipativas*, se estableció en el artículo 171 las tradicionales medidas conservativas²³ y en el artículo 172, las anticipativas.

En el PCPC, por su parte, se previó en el Párrafo 3º, intitulado *De las medidas cautelares conservativas e innovativas*, del Capítulo segundo del

²² De allí el elocuente título que el profesor René NÚÑEZ ÁVILA empleó en su trabajo “La tutela cautelar en el proyecto de Código Procesal Civil. ¡Salvemos la tutela anticipada...!”, en *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, N° 22 (2012), pp. 255-294.

²³ Artículo 171: “En cualquier etapa del proceso, incluso antes de su inicio, podrá el tribunal decretar una o más de las siguientes medidas, con el objeto de resguardar los resultados de la sentencia estimatoria de la pretensión, así como para mantener la situación de hecho existente: El secuestro en manos de un tercero de la cosa objeto de la pretensión;

La intervención judicial de bienes litigiosos;

La retención de bienes determinados;

4. La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados;

5. Cualquier otra medida conservativa que se estime idónea”.

Título XII, en el artículo 182, las medidas conservativas²⁴ y en el artículo 189, la medida cautelar innovativa.

En relación con las medidas conservativas, resulta lógico su reconocimiento y reglamentación en ambos proyectos. Son la base de toda la construcción dogmática que se ha hecho de ellas en Occidente. Nadie discute su utilidad y necesidad y nadie ha planteado jamás la idea de que las mismas deban desaparecer de este campo. La crítica apunta, en verdad, a que se contemplen medidas que cumplan fines *adicionales* a los conservativos. Incluso, en ambos proyectos se prevé una cláusula final que permite al tribunal dictar otras medidas conservativas más idóneas o suficientes que las clásicas nominadas de nuestro Derecho (el secuestro, la intervención, la retención y la prohibición) para resguardar la pretensión del actor. Este tipo de cláusulas pueden ser muy útiles, por ejemplo, en litigios contractuales, pues se podrían utilizar para impedir modificaciones unilaterales de contratos, lo que en nuestro Derecho permitiría, además, desincentivar la utilización del llamado recurso de protección en este ámbito.

Ahora bien, la mayor innovación del Proyecto 2009 tratándose de la tutela cautelar fue, como hemos avanzado, la aceptación expresa de medidas que anticipen total o parcialmente la pretensión del actor. En el mensaje de la Presidenta Bachelet que acompañó al proyecto de ley se señaló lo siguiente:

“Mención especial merece la inclusión de las medidas anticipativas. Con el fin de procurar una efectiva tutela durante todo el proceso y de evitar el riesgo de vulneración de los derechos, el Código señala que el tribunal podrá decretar fundadamente las medidas que anticipen total o parcialmente la pretensión del actor, cuando se haya de temer que no concederse de inmediato la anticipación requerida, se hará imposible o se limitará severamente la efectividad de la sentencia estimatoria de dicha pretensión, precisándose que solo procederán en los casos en que las restantes medidas fueren insuficientes para resguardar la eficacia de la pretensión hecha valer”²⁵. (Énfasis añadido).

²⁴ Artículo 182: “Medidas conservativas. Para asegurar el resultado de la pretensión, a petición de parte, podrá el tribunal decretar una o más de las siguientes medidas:

1. El secuestro en manos de un tercero de la cosa objeto de la pretensión.
2. La intervención judicial de bienes litigiosos.
3. La retención de bienes determinados.
4. La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados.

El tribunal podrá conceder otras medidas conservativas, cuando aquellas previstas en el inciso precedente no resulten idóneas o suficientes para el resguardo de la pretensión del actor”.

²⁵ *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, N° 22 (2012), p. 611.

De este modo el artículo 172 del Proyecto 2009 dispuso lo siguiente:

“Medidas anticipativas. En la oportunidad procesal señalada en el artículo anterior, el tribunal podrá decretar fundadamente medidas cautelares que anticipen total o parcialmente la pretensión del actor, cuando se haya de temer que de no concederse de inmediato la anticipación requerida, se hará imposible o se limitará severamente la efectividad de la sentencia estimatoria de dicha pretensión.

Estas medidas sólo procederán en los casos en que las señaladas en el artículo anterior fueren insuficientes para resguardar la eficacia de la pretensión hecha valer, lo que hará constar el juez en la resolución correspondiente.

El recurso de apelación que se interponga en contra de la resolución que otorgue una medida anticipativa gozará de preferencia para su vista, y se agregará extraordinariamente a la tabla, sin que las partes puedan ejercer el derecho de suspensión.

Los fundamentos de la resolución que concede la medida anticipativa, no importará un prejuicio sobre la pretensión del actor ni constituirán una causal de inhabilidad del juez que la concedió”.

Como se aprecia, el Proyecto 2009 se decantaba derechamente por regular en el ámbito cautelar medidas que anticiparan total o parcialmente la pretensión del actor. Esta es la tendencia comparada de la cual no deberíamos restarnos *a priori*. Si bien la propuesta constituía una novedad en el proceso civil en el país, no debemos olvidar que nuestro ordenamiento jurídico desde hace tiempo permite este tipo de órdenes solo que nunca se ha tomado debida conciencia de ello. Así, por ejemplo, tratándose de los alimentos provisionales, de la suspensión en la denuncia de obra nueva, del acceso provisional a la demanda en el llamado juicio sumario, encontramos medidas que de manera provisoria e instrumental anticipan la pretensión de fondo del actor. Adicionalmente, la evolución legislativa chilena en el ámbito cautelar en materia familiar, laboral, ambiental, de propiedad industrial y de competencia económica ha ido en esta dirección, aceptándose expresamente en estas parcelas medidas innovativas que permiten modificar el *satus quo* vigente. Las medidas anticipativas, asimismo, han sido reconocidas expresamente por el Tribunal Constitucional chileno. El paso, por tanto, dado en el Proyecto 2009 era el natural y lógico de acuerdo con el estado de avance que estas medidas muestran en el país. Sin duda que a su respecto deben tomarse especiales resguardos, porque aquí la injerencia en el patrimonio del demandado es máxima. De allí que, por ejemplo, se hubiera dispuesto

que ellas eran procedentes solo si las medidas conservativas no hubieren sido suficientes para resguardar la eficacia de la pretensión hecha valer, amén de la necesaria caución.

En el mensaje del PCPC, en cambio, nada se dijo al respecto y, en verdad, la referencia a las medidas cautelares es pobre, confusa y efectuada solo a propósito de las medidas prejudiciales²⁶. De este modo, el artículo 189 del PCPC señala:

“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”.

Como se aprecia en la regulación del PCPC, la llamada medida innovativa no es, en verdad, tan innovativa. Más bien se parece a una orden de *no innovar*, solo mantener el *satus quo*; dejar las cosas como estaban: reponer el estado de hecho o de derecho preexistente. Esta normativa no solo representa un retroceso si la comparamos con la regulación del Proyecto 2009, sino un importante repliegue si vemos la legislación familiar y medioambiental, por citar las materias más cercanas a la civil, relativas a la tutela cautelar. Obsérvese, por ejemplo, lo que establece el artículo 22 de la Ley N° 19.968 del año 2004:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del

²⁶ Se señala en el aludido mensaje: “Este Libro Primero sistematiza, igualmente, el tratamiento de las denominadas medidas prejudiciales, reconociendo positivamente la teoría general que sobre ellas ha elaborado la doctrina, en función de los diversos objetivos que pueden perseguir. Se establecen sus requisitos generales y específicos; aquellas [¿?] se regulan separadamente de las de naturaleza estrictamente precautoria, las que pueden ser en sede prejudicial o judicial, conservativas e incluso innovativas, con un tratamiento y requisitos diversos a los exigidos para las restantes”. Ministerio de Justicia, *Reforma procesal civil*, Proyecto de ley de nuevo Código Procesal Civil, pp. 31 y 32.

niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar”.

En materia familiar no hay una restricción *a priori* del contenido de las medidas innovativas, más allá de la necesaria urgencia en su concesión dado lo inminente del daño que se desea evitar. No se está pensando en medidas que solo repongan un estado de hecho o de derecho anterior, sino en las que el tribunal *estime procedente*. Tampoco se las considera excepcionales y subsidiarias de las conservativas como sí lo hace el PCPC en el inciso 2° del artículo 189. Más elocuente, incluso, es la legislación medioambiental. En efecto, el artículo 24 de la Ley N° 20.600, que creó los tribunales ambientales, señala lo siguiente:

“Con el fin de resguardar un interés jurídicamente tutelado y teniendo en cuenta la verosimilitud de la pretensión invocada, el Tribunal podrá decretar las medidas cautelares, conservativas o innovativas, necesarias para impedir los efectos negativos de los actos o conductas sometidos a su conocimiento. Son medidas conservativas aquellas que tengan por objeto asegurar el resultado de la pretensión, a través de acciones destinadas a mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida. *Son innovativas aquellas que, con el mismo objeto, buscan modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de la solicitud de la medida*”. (Énfasis añadido).

Se advierte que las innovativas en materia ambiental se aproximan a las anticipativas del Proyecto 2009: permiten modificar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo en que se pidió la medida. En otras palabras, autorizan al tribunal a alterar el *status quo* existente. Esta alteración en algunos casos puede significar anticipar provisionalmente la pretensión del actor. Las innovativas del PCPC, en cambio, se aproximan a las conservativas del artículo 24 anterior. Tienen prácticamente el mismo contenido con un nombre, teóricamente, opuesto: mantener el estado de hecho o de derecho existente con anterioridad a la solicitud de la medida. En definitiva, en este aspecto el PCPC constituye una clara regresión en cuanto a los fines que la tutela cautelar puede desempeñar. No solo prescindió de las medidas anticipativas en los términos que se regularon en el Proyecto 2009, sino que la reglamentación que hizo de la medida innovativa constituye un significativo retroceso en relación con el derecho positivo vigente en materia familiar y ambiental en Chile. De cara a una hipotética y deseable reanudación de

la discusión legislativa del PCPC, esta es una materia que va a requerir de una urgente revisión.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *La tutela cautelar en el proceso civil*, Thomson Reuters, Santiago, 2017.
- “Contribución al estudio de las medidas cautelares previas a la demanda en el proceso civil chileno”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, v. XXX, junio (2007), pp. 236-261.
- MARÍN G. Juan Carlos, *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno*, Editorial Jurídica, 2004.
- *Tratado de las medidas cautelares*, Editorial jurídica, 2ª edición, 2016.
- NÚÑEZ ÁVILA, René, “La tutela cautelar en el proyecto de Código Procesal Civil. ¡Salvemos la tutela anticipada...!”, en *Revista de Derecho Procesal*, Universidad de Chile, N° 22 (2012), pp. 255-294.
- QUEZADA MELÉNDEZ, José, *Medidas prejudiciales y precautorias*, Digesto, Santiago, 1997.
- PISANI, Proto, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2ª edición, Nápoli, 1996, p. 660.
- ROJAS RODRÍGUEZ, Mario, *Las medidas precautorias*, Concepción, 1965.
- TARZIA, Giuseppe, “La tutela cautelare”, en *Il nuovo processo cautelare*, a cura de Giuseppe Tarzia, Padova, 1993, p. XXVI.
- “La tutela cautelare”, en *Il processo cautelare*, a cura de Giuseppe Tarzia e Achille Saletti, 5ª edición, 2015, Wolters Kluwer-Cedam, pp. XXIII–XXXVII.